

**O NEOLIBERALISMO COMO FORMA DE FOMENTO DOS NOVOS
PARADIGMAS DO DIREITO CRIMINAL**
THE NEOLIBERALISM LIKE A PROMOTION'WAY OF THE NEWS PARADIGM
OF CRIMINAL LAW

Guilherme Gustavo Vasques Mota¹
Maria Nazareth da Penha Vasques Mota²

RESUMO: Atualmente, nas principais democracias ocidentais do século XXI, se vive os efeitos de uma “ordem de mercado” responsável pela mudança das noções do digno, indigno, tolerável, intolerável, justo e injusto, promovendo uma nova “forma de ser” do Direito. O presente artigo buscou verificar se a atual “forma de ser” resulta de transformações no Direito, decorrentes do neoliberalismo enquanto racionalidade política, partindo da percepção de que os objetivos e necessidades do liberalismo conduziram à transformações que resultaram na “forma de ser do Direito no Estado burguês”. Como metodologia, a análise de assuntos percorridos na visualização das relações de poder em Michel Foucault, como os “protocolos de verdade” no liberalismo, e neoliberalismo, além das mudanças nos papéis desempenhados pelo Direito, por meio de pesquisa bibliográfica. Ao final, será possível notar que diariamente nas Universidades, a insistência acadêmica de interpretar o homem e a sociedade pelo ultrapassado viés do “*contratualismo*” impede a percepção de que nos dias de hoje o mercado passa a ser o responsável pela criação da verdade, sendo o criador do Direito Público impedindo o alcance de um Direito “mais justo” principalmente na criação de da legislação e políticas criminais, em que o homem não é centro da preocupação. É necessário um novo Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Protocolos de verdade; neoliberalismo, direito criminal; contratualismo .

ABSTRACT: Nowadays, in the major western democracies in the twenty-first century, the effects of market order are experienced, responsible for changing notions of decent, unworthy, tolerable, intolerable, just and unjust, promoting a new approach of the Law. This paper aims to verify whether the current form of the law is linked to the Neoliberalism, based on the idea that the object and needs of liberalism led to changes that resulted as being the law in bourgeois state. As methodology, the analysis of subjects covered in the view of the relations of power in Michel Foucault, as the protocols of truth, liberalism, neoliberalism and performed by the change in Law, by

¹Mestre em Ciências Políticas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho e Graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Advogado e professor de graduação em Direito no Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) e na Faculdade Marta Falcão (FMF).

²Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Cândido Mendes. Advogada e Promotora de Justiça aposentada. Atualmente é professora na graduação em Direito no Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) e na Faculdade Marta Falcão (FMF), sendo também Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM).

bibliographic research. Eventually, you will observe that every day in colleges, academic insistence in interpreting man and society by an outdated notion contractualism prevents the creation of a fairer Law. A new Law is needed.

KEY-WORDS: Effective filing; Neoliberalism; Criminal Law; Contratualism.

ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Nos tempos atuais é comum ouvir acerca da existência de uma ordem de mercado que proporciona uma nova compreensão dos valores, determinando novas noções de “certo” e “errado”, alcançando a realidade social e promovendo uma transformação em nível de legitimidade “filosófica”, “social” e “jurídica”.

Considerando os valores propostos pelas filosofias oriundas do “liberalismo”, no período das revoluções burguesas e aderidos como “paradigmas axiológicos” do Direito moderno, se percebe que esses modelos – pautados nos diversos esquemas de *contratualismo e conservação da sociedade* - utilizados pelos juristas para decifrar o homem e a sociedade naquela época (século XVIII) se tornaram arcaicos, embora ainda difundidos pelos juristas, nas Universidades.

É possível verificar transformações no Direito após o liberalismo e principalmente no Século XX, com as teorias socialistas, transformações relacionadas ao alargamento da noção de cidadania que contribuíram para o desenvolvimento do “princípio democrático moderno” de contornos globais durante após mais de três séculos.

Contudo, nem todas as transformações da forma de ser do Direito tem se mostrado uma “evolução” do que já havia sido proposto nas revoluções liberais, uma vez que na seara criminal, diferentes fundamentos alteraram a concepção de delinquente e delito, o que promoveu mudanças na forma de tratamento do homem no sistema penal.

Em tempos de produção do Direito no neoliberalismo, transformações relacionadas à discussão da cidadania e da participação - discussões fomentadas pelo paradigma neoliberal de governo, como se verá –, são consideradas *continuidades* das idealizações do Estado Burguês e Estado Social, sempre no sentido da ampliação da cidadania.

Como professam os principais juristas brasileiros, O Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição de 1988, se mostra como “superação” dos modelos estatais anteriores – Liberal e Social – no sentido de alargar o conceito de cidadania, não pela mera inserção quantitativa de modalidades de direitos, mas principalmente, pelos

mecanismos que lança mão para garantir essa cidadania e os demais direitos fundamentais, que é a participação.

Cada um desses modelos partiu de uma concepção, um fundamento filosófico que determina a forma de ser daquele responsável pela produção do Direito, que é o Estado. Veja-se: o Liberalismo, enquanto política global influenciou a criação de um “Estado Liberal” adequado às suas necessidades, da mesma forma que o Socialismo proporcionou algo como o “Estado Social” e o que há em comum em ambos é o fato de que suas características foram “legitimadas” junto à sociedade e aos juristas, a partir de um protocolo de verdade manifestamente exposto, qual seja, Liberalismo e Socialismo.

Em que pese a interessante discussão crítica sobre os efeitos que essas filosofias quando colocadas em funcionamento garantiram na realidade, como por exemplo, o Liberalismo ao abraçar a visão *jusnaturalista* de liberdade, igualdade e propriedade garantiu a existência de um mercado, inviável na ausência de quaisquer destes valores, e o socialismo, ao defender a justiça social permitiu a melhoria qualitativa da matéria-prima do mundo industrial, o homem (e alguns chamam essa matéria prima de “clientela”) criando mediante a biopolítica (descrita por Michel Foucault) um média segura e necessária para os planejamentos industriais que incluam vida e destino das pessoas, a principal finalidade do presente artigo é investigar se o Estado Democrático de Direito é produto do Neoliberalismo, se este atende a uma ordem de mercado e de que forma determinou transformações no Direito, não só naqueles campos que sugerem uma *continuidade* como é o caso da cidadania, mas principalmente naqueles que sugerem uma *descontinuidade* como no direito criminal.

A importância da discussão ganha contornos ao notar-se de forma maciça que operadores do Direito continuam difundindo nas Universidades que o “fundamento ontológico do Direito” (a verdade que determina a forma de ser do Direito) é ainda, a das revoluções burguesas do Século XVIII, tendo como resultado uma incapacidade dos operadores em pensar qualquer mudança no Direito que não seja pautada nos velhos modelos liberais e socialista e pior, uma incapacidade de analisar criticamente as legislações e políticas criminais que invertem valores humanos reconhecidos pelas convenções internacionais e Cartas políticas modernas como as baseadas em políticas de “tolerância zero”.

Tendo como pressuposto a percepção de que o liberalismo influenciou explicitamente a forma de ser do Direito mediante a emergência do “Estado de Direito”, ou “Estado burguês” o que será demonstrado, se busca confirmar se os novos papéis do

Direito estão relacionados às exigências do neoliberalismo enquanto política global, questionando se o Estado democrático de Direito estaria ocultamente relacionado com esse novo paradigma político e econômico, trazendo a percepção sombria de que essa omissão, em mostrar seu próprio fundamento filosófico (neoliberal) é que permite a incapacidade em criticar transformações.

O tema percorre necessariamente a discussão das relações e influências entre Poder e Saber (Política e Direito), para problematizar se o papel desempenhado pelo Direito hoje é consequência de uma substituição de “paradigma ontológico”, sua fundamentação que antes estava relacionada à ascensão do Estado moderno em substituição ao Estado absolutista e a constituição de um novo paradigma de sociedade necessário para a implementação do sistema econômico capitalista e atualmente relacionado à ascensão de um mercado, questionando as mutações sofridas pelo conceito de Dignidade e Justiça.

O *contratualismo*, ensinado ao jurista nas Universidades ainda é apto para encerrar análises da realidade social e dos novos papéis do Direito? Qual a gravidade da manutenção do arcaico “paradigma ontológico” liberal do Direito moderno? De que forma a compreensão das necessidades políticas do neoliberalismo podem auxiliar na evolução de um Direito mais próximo do justo.

Como metodologia empregada no artigo, se propôs a genealogia de Michel Foucault o que engloba as análises dos “protocolos de verdade” e das políticas de governo que os determinam: no presente artigo, o Liberalismo e o Neoliberalismo.

Para isso se estruturou o presente em quatro tópicos: Inicialmente, busca-se proporcionar a compreensão dos conceitos de “protocolo de verdade” e sua relação com a forma de ser do Direito. No segundo momento será necessário colher na análise política o conceito de “racionalidades políticas”, e especificamente, comentários sobre as relações entre a construção do Direito moderno como produto do Liberalismo principalmente no que concerne à legalidade, aos direitos humanos e à construção dos delitos.

Essa análise percorre necessariamente os protocolos de verdade utilizados no período. Nesses momentos se perceberá como se fez a leitura da compreensão da sociedade a partir do *contratualismo* como fundamento ontológico do Direito, na missão de conservação da sociedade, e a leitura do modelo de indivíduo, a partir da exigência ética de normalidade, pelos saberes estatais utilizados como a psiquiatria e psicologia que orientaram a concepção do digno e do justo no Direito.

Em seguida, o objeto será a racionalidade política neoliberal, seus objetivos e necessidades, suas novas exigências éticas. Nesse momento será verificado se o novo Estado democrático de Direito está relacionado ao neoliberalismo e quais são as mudanças no paradigma ontológico do Direito a partir dessa ordem de mercado, seus novos papéis e a mudança nas noções de dignidade e justiça. Como se perceberá, o saber utilizado para aferição desses valores deixa de ser a psicologia ou a psiquiatria substituídos pelos saberes econômicos, de mercado.

Finalmente, buscou-se reunir elementos capazes de trazer uma reflexão sobre a gravidade de academicamente insistir em difundir um paradigma ontológico ultrapassado aos operadores do Direito nas Universidades, o que certamente impedirá a construção de um novo Direito que tenha seus papéis verdadeiramente (sinceramente) voltados para a consecução da justiça e não ao equilíbrio de um mercado.

METODOLOGIA

Quando se perquire sobre a noção de Dignidade e Justiça a partir da interpretação jurídica de uma sociedade, é necessário saber que essa análise percorre necessariamente a investigação do que se considera “verdadeiro” ou “falso” nesta mesma sociedade.

Nesse sentido, o presente artigo não tem como objetivo, uma investigação positiva da história sobre os conceitos de “dignidade” e “justiça”, da mudança acerca do entendimento e significado que engendram, em determinado períodos na literatura sobre filosofias, sociologias ou perspectivas jurídicas do Direito.

O que se pretende buscar não é algo como a “verdade das verdades” sobre esses conceitos, mas as práticas sociais e jurídicas que quando realizadas funcionam como um “protocolo de verdade” garantindo poder na sociedade. Em debate, a visualização do que orienta os processos que conduzem um determinado paradigma da noção de Direito à legitimidade a partir de uma comunidade política.

Essa opção metodológica se funda na visão crítica de Michel Foucault e parte do pressuposto de que multiplicidade de elementos discursivos desempenha diferentes papéis quando orientados por diferentes estratégias de poder. Foucault (1977) apresenta como critérios dessa utilização a “integração estratégica” e “profundidade tática”.

A partir da “integração estratégica” se questiona que conjunturas, quais relações de força, fazem com que determinado discurso seja entendido como necessário ou verdadeiro em determinado momento.

Mediante tal metodologia será possível identificar que relações de poder determinam a forma de ser do Direito no Século XXI e se tais “fundamentos ontológicos” do Direito são conseqüências das relações de poder engendradas pelo Neoliberalismo.

Pelas reflexões do exercício metodológico acima, mediante a “profundidade tática”, se investiga efeitos recíprocos de poder e saber, pela observação do que os discursos buscam garantir.

Se realmente a atual “forma de ser” do Direito derivar das relações de poder engendradas pelo Neoliberalismo, isso significa que o Estado Democrático de Direito, os recentes avanços no campo dos Direitos Fundamentais, e principalmente, as políticas criminais, ocultamente, buscam assegurar efeitos de poder na realidade diretamente relacionados a uma ordem de mercado.

1. DIREITO E PROTOCOLO DE VERDADE

O Direito comunica à sociedade sua forma de ser mediante discursos embutidos nas legislações. Em âmbito internacional, muito comumente, tais discursos são incluídos nos preâmbulos, sendo um exemplo dessa prática, o *jusnaturalismo* embutido nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos até os dias de hoje, a partir de dizeres como “*o homem nasce livre*” embora muitos digam que esses discursos que se fundam em uma natureza universal careçam de fundamentação.

Tais utilizações trazem curiosidade acerca do que esses discursos buscam garantir na realidade, quando se questiona acerca de uma possível estratégia política. Seria o Direito um expressão da política?

Foucault (1999) constatou que os discursos são resultantes das relações de poder e em “Verdades e Formas Jurídicas”, analisou o tema da verdade, no sentido de que esta não pode ser entendida como uma “derivação natural”, não sendo, portanto, algo instintivo, mas pelo contrário, uma “luta, um combate, o resultado do combate” (Foucault, 1999, p. 17).

A partir da visão Friedrich Nietzsche, a busca da verdade está mais relacionada ao exercício do “diagnóstico”, do que pela tentativa de se alcançar uma “verdade intemporal”, como os filósofos desde sempre proclamaram. Neste sentido, o trabalho

de “diagnóstico” é concebido na forma de criar uma história da verdade, indicando que existem interesses implícitos e inerentes à criação do verdadeiro e do falso.

Segundo Foucault, o suficiente não é realizar a história de uma determinada racionalidade e analisar a condução a uma determinada verdade, mas sim, buscar uma história da própria verdade em determinado período e analisar o que determina uma mudança com a transição política.

No Direito, é como se questionar se o *jusnaturalismo* traz realmente uma verdade universal quando parte de uma suposta natureza humana universal – o que marcou a literatura desde Sófocles à Rousseau, – mas pelo contrário, ao invés de verificar o quanto estes discursos se aproximam da verdade, verificar se essa verdade que o *jusnaturalismo* pretende comprovar consiste em uma determinada relação que discurso e o poder mantêm “consigo mesmo” questionando se essa relação “[...] não é, ou não tem ela mesma uma história” (Foucault, 2000-b, 233).

Como se vê o fundamento das intervenções ilícitas recentes em que os EUA cometeram crimes de Guerra perpetrados contra o Iraque e das intervenções “lícitas” da ONU, autorizadas pelo seu alto escalão, como exemplo a recente investida na Líbia, é o *Jusnaturalismo*.

Esse é o poder de um protocolo de verdade inserido nas práticas jurídicas que derruba qualquer argumento ou pretensão em contrário, uma vez que consolidado encerra discussões sobre a natureza justa e digna de tais ações, pois é tido como verdadeiro.

O que determina o reconhecimento da dignidade e da justiça como verdadeiros para o Direito hoje? Para Foucault, a verdade é um “[...] conjunto dos procedimentos que permitem pronunciar a cada instante e a cada um, enunciados que serão considerados como verdadeiros” (Idem).

Sobre as “histórias da verdade”, Foucault (1999) distingue uma “história interna da verdade”, que se atualiza a partir de seus próprios princípios de regulação e que é desenvolvida pela ciência.

Por outro lado, uma “história externa da verdade”, em que se determina “regras do jogo” emitidas pelos diversos governos, subjetividades, tipos de saberes e domínios, como se vê, por exemplo, nas práticas jurídicas.

Na análise da história interna da verdade sobre o fundamento do Direito no Liberalismo é possível identificar uma multiplicidade de discursos relacionados ao *contratualismo*. No Neoliberalismo é possível verificar teorias acerca da ampliação da cidadania e a busca pela qualidade de vida, que é ditada pelas regras de mercado. Em

comum, o fato de que ambos os momentos buscaram trazer novas significações do digno e justo.

No caso do modelo de Estado adotado no Brasil e que aqui recebeu a alcunha de “democrático de Direito”, de funções análogas ao que se vê nas principais democracias, tem-se como “história interna” a promoção da cidadania, contudo não se discute acerca de uma história externa dessa verdade e ela é produzida pelo Neoliberalismo.

Segundo Foucault (1999, p. 27), “[...] as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade”.

Nesse sentido é que serão analisados Liberalismo e Neoliberalismo para que, mediante a análise de suas relações de verdade, seja possível identificar as reais finalidades do Direito que se pratica no Século XXI.

1.1.PROTOCOLOS DE VERDADE NAS PRÁTICAS JURÍDICAS

Nas práticas jurídicas a obtenção da verdade surge das práticas do Inquérito. Esse é identificado como um dos primeiros “protocolos de verdade” (o inquérito) utilizado nas práticas jurídicas no mundo ocidental. No conto de Édipo, com Sófocles, é perceptível a utilização do Inquérito como prática que conduz a verdade sobre um fato, o que engendra relações de poder e saber.

Pelo ponto de vista da verdade interna dessas práticas o trabalho de Sófocles manifestou um exemplo da antiguidade que mostra como o poder político deixou de ser exercido por tiranos e passou a ser estabelecida a partir de leis e mediante ordenamentos como forma de preservar uma possível ordem, uma possível unidade social, o que sempre foi buscado pelos governos.

Na verdade externa, o texto está mais relacionado à história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam tratando-se de uma transformação política que pregou a luta contra tiranos, e principalmente da desvinculação do poder ao saber o que terá como consequência a expansão da filosofia, o que conduziu à busca do homem pela maioria.

Outro exemplo de práticas jurídicas que percorrem protocolos de verdade é o processo no período anterior ao Estado de Direito, em que para que fosse atingido o

reconhecimento da decisão como justa por ser pautada na verdade, se fazia necessárias a produção de provas.

Nesse momento anterior ao surgimento do Estado, essas provas de verdade estavam condicionadas aos juízos divinos, verdadeiros protocolos de verdade místicos pois a verdade seria trazida pela divindade. Na verdade interna daquele período, o discurso da natureza humana atrelada à divindade conduzia a uma decisão, justa, digna e verdadeira. Na verdade externa, a percepção de um período em que o governo das pessoas estava relacionado à crença na divindade.

O inquérito não é um conteúdo, mas uma forma de saber, situada em um tipo de poder que agrega um número de conhecimentos. Por ser uma forma política de gestão e exercício de poder por meio da forma judiciária, o inquérito é um protocolo de verdade.

Como já mencionado, na literatura jurídica, as vontades de verdade sobre a Justiça, se apoiaram sobre o natural, com o *jusnaturalismo*, sobre o verossímil, com os juízos divinos e sobre a ciência, com a legalidade, para conduzir aos “discursos verdadeiros”.

Essa imposição de determinados discursos ocorrem principalmente a partir do que Foucault chama de “vontade de verdade”; que é um sistema de exclusão (de outros discursos) que menos se comenta, como se os seus jogos estivessem englobados na própria verdade em seu necessário desenvolvimento, englobando o esforço para determinar um discurso ou alguns discursos como verdadeiros em detrimento de outros, apoiando-se sobre os suportes institucionais, as práticas pedagógicas, os sistemas de edição, as bibliotecas, os laboratórios, exercendo pressão ou coerção sobre os outros discursos.

Já as “políticas da verdade”, trazem a constatação de que a verdade é uma criação deste mundo e em virtude de múltiplas correções, possuem efeitos regrados de poder. A “política da verdade” se generaliza em cada sociedade e está relacionada ao discurso que essa sociedade aceita e faz funcionar como verdadeiros a partir de mecanismo que permitem a distinção do verdadeiro e do falso, a relação entre os discursos e os procedimentos que sugerem a possibilidade de obtenção da verdade.

Há assim uma “economia política” da verdade nas sociedades modernas, que se centra no discurso científico e nas instituições que as produzem mediante uma constante incitação política e econômica, sendo também objeto de difusão e consumo, produzido e distribuído sob o controle dominante de aparatos políticos e econômicos (Foucault, 2004).

2. DA FUNDAMENTAÇÃO ONTOLÓGICA DO DIREITO LIBERAL: HISTÓRIA DA VERDADE INTERNA DO LIBERALISMO

No ponto de vista da história interna, uma série de discursos surgiram apresentando novos fundamentos ontológicos do Direito para que fosse possível decifrar as pessoas e a sociedade a partir de um novo protocolo de verdade.

Caracterizada em obras do pensamento moderno esse novo fundamento ontológico foi desenvolvido, a partir de diversos campos de idealização do iluminismo, nas propostas de autores como Voltaire, John Locke, Stuart Mill e Kant, que apesar de seus diferentes pontos de vista, buscavam a “maioridade da liberdade de pensamento” (Oliveira, 2005, p. 199).

Pode-se apontar a visão de Voltaire em “Tratado da Tolerância”, de 1763, como começo oportuno. Nessa obra Voltaire propugnou a necessidade de adoção da tolerância, como forma de combater as perseguições de cunho religioso estimuladas pelos fanatismos.

Na mencionada obra, Voltaire critica o “erro no julgamento”, e suas propostas orientadas para a necessidade da realização de julgamentos por nenhuma outra autoridade, que não um Tribunal do Estado, e ainda, a desumanidade dos suplícios, propondo neste sentido, a “humanização dos castigos” baseada na constrição da liberdade em prisões propondo explicitamente um novo protocolo de verdade.

Reclamando a criação de uma racionalidade que garantisse o que denominou “julgamento justo”, Voltaire situou-se no “deslocamento do direito penal clássico para o direito penal moderno”. A partir deste último, as garantias jurídicas trariam um “processo justo” realizado por um tribunal, além do estabelecimento de garantias da punição humanitária o que legitimava a existência do Estado moderno, como soberano nas decisões de “justiça” e a separação entre Deus e Estado.

Voltaire propôs a possibilidade de conservação da sociedade, pelo alcance de seu bem físico e moral, o que seria possível pelo implemento da liberdade religiosa orientada pela tolerância, sem, contudo propor, separação entre comunidade política e religião entendida como uma espécie de freio a uma natureza humana considerada intolerável para os iluministas.

A felicidade conjugada ao duplo freio preventivo. O castigo da lei, o castigo divino. O freio da prevenção equacionado pelo cultivo da tolerância. A fixação de uma natureza para o que passa a qualificar-se de humano [...] Voltaire reafirma a guerra ao corpo, sobrepondo a ideia de homem e sua natureza fraca ao sondar e desenhar o intolerável na alma, o intolerável a ser contido pelo fortalecimento da razão (Oliveira, 2005, p. 197).

Voltaire buscou assim, delimitar essa “natureza humana universal³” como verdadeira e composta por “fraqueza” e “perversidade”, para que fosse possível propor o estabelecimento de um regime de “obediência-castigo”, buscando legitimar a utilização dos freios proporcionados pela ameaça de castigo divino, e legal, consolidando um novo protocolo e novas concepções do “digno” e do “Justo”.

Esse modelo proposto por Voltaire foi posteriormente adotado por Convenções Internacionais, desde o Século XVIII, até os dias atuais.

Assim, a Lei e o Direito receberão ainda uma nova utilização, a partir de um novo sistema de governo, que limita as ações do soberano e se implanta em meados do século XVIII, a partir de um novo projeto de racionalidade governamental, denominado por Foucault de “racionalidade moderna” em meio ao aparecimento de uma sociedade industrial. (Foucault, 1999, p. 14).

É justamente a “racionalidade política⁴” liberal que trará a proposta de que a legalidade em vez de governar pelo exercício arbitrário de soberanos ou exclusivamente, a partir de sua sabedoria (despotismo), o que desde sempre foi o objetivo dos liberais, no sentido de evitar medidas particulares e individuais que intervissem na liberdade:

Mas, na busca de uma tecnologia liberal de governo, veio à luz que a regulação pela forma jurídica constituía um instrumento muito mais eficaz do que a sabedoria ou a moderação dos governantes [...] Foi na "lei" que o liberalismo buscou essa regulação, não por um juridicismo que lhes seria natural, mas porque a lei define formas gerais de intervenções que excluem medidas particulares, individuais, excepcionais, e porque a participação dos governados na elaboração da lei, num sistema parlamentar, constitui sistema mais eficaz de economia governamental (Foucault, 2008, p. 436).

2.1. DA HISTÓRIA DA VERDADE EXTERNA DO LIBERALISMO: OBJETIVOS E NECESSIDADES POLÍTICAS DETERMINANDO A FORMA DE SER DO DIREITO.

³Voltaire destacou assim, a “peste da alma”, que seria essa tendência do ser humano de ser “fraco”, por sempre cometer erros, e “perverso”, por castigar seus semelhantes mediante suplícios, mediante julgamentos desprovidos de qualquer “certeza jurídica” e fundados na mera “intolerância religiosa”. A educação para a tolerância seria para Voltaire, o único remédio para essa “peste”, abrandando os “costumes dos homens” e prevenindo a intolerância pelo estabelecimento de direitos e castigos (Oliveira, 2005).

⁴Neste sentido: “[...] quando algumas pessoas tentam racionalizar alguma coisa, o problema essencial não é saber se elas se conformam ou não com os princípios da racionalidade, mas descobrir a que tipo de racionalidade elas recorrem”. (Foucault, 2003, p. 356).

Para se assegurar a unidade social ou ordem que possibilitasse implementar uma sociedade industrial no século XVIII, o uso estratégico que se fez das leis, da liberdade e do direito certamente foram fundamentais.

Seus usos variaram de acordo com a racionalidade política dos governos. Considerar os usos que os governos fizeram da lei, da liberdade e da punição, a partir da Idade Média implica visualizardiferentes estratégias de administração dos homens.

Para Proudhon, foi oriunda da “economia política”, a visão de que a relação entre o poder e o indivíduo poderia ser mais lucrativa, se não houvesse o confisco de bens, riquezas, do corpo e do próprio sangue, e assim, buscaram afastar o excesso administrativo do “Estado de polícia”.

O objetivo do Liberalismo de contemplar a população, considerada não mais como soma de pessoas, como se verifica nas teorias jurídicas, mas como entidade biológica, é governá-la para produzir riquezas e bens. “[...] O descobrimento da população é, ao mesmo tempo em que o descobrimento do indivíduo é o outro núcleo tecnológico em torno do qual, os procedimentos políticos do ocidente, se transformaram” (Idem, p. 114).

Ao mesmo tempo em que se dá o que Foucault denomina de descobrimento da população, surgem novas tecnologias que guardam coerência com novos objetivos, que eram a população, mas a população produtiva e, portanto, viva, o que é perceptível nas teorias do direito e teoria política dos séculos XVII e XVIII em que se buscou retirar do soberano, o poder de “fazer morrer ou deixar viver” que se substitui pelo poder de “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 1999-b, p. 214-215).

A partir da “economia política”, percebeu-se no Liberalismo que seria mais lucrativo investir na vida da população, mas não como se fez na “razão de Estado”, em que se buscou com isso o enriquecimento e expansão do próprio Estado, mas de usar tal conhecimento, para governar a população em um determinado sentido, em que possibilitasse utilizá-la para produzir e criar riquezas.

Tais objetivos e necessidades do Liberalismo trarão mais uma transformação no Direito, no que concerne ao regime de tolerância, garantido pelo direito, que buscou humanizar a punição e que conforme se confirmará, era um modelo adequado aos objetivos do liberalismo enquanto racionalidade política, exposto nas linhas de Beccaria em “dos delitos e das penas”.

A identidade entre Deus e o Estado chegou ao fim com o estabelecimento da Democracia e derrocada do regime absolutista, estabelecendo um novo regime de tolerância, bem explicitado nas palavras de Oliveira (2005, p. 198) abaixo:

[...] a tolerância na política moderna provocou embates, libertações, aprisionamentos e reacomodações da prevenção geral. Afirmou-se a liberdade de pensamento e não se apartou do julgamento, tampouco da educação pelo medo. Recriou, no campo discursivo moderno, a zona de domínio que alicerça a política do castigo contemporâneo.

O direito passa a se manifestar a partir de um uso puramente liberal, como “princípio de limitação” da “razão de Estado”, o que em outras palavras funciona como “[...] ponto de apoio para toda pessoa que quiser de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de Polícia” (Foucault, 2008, p. 11).

Assim pode-se dizer que jaz aí a autorização para a possibilidade de oposição de “direitos fundamentais” contra atos do próprio Estado, não na constatação da verdade proposta pelo *jusnaturalismo* e teorias “*contratualistas*” que defendiam uma relação entre governante e governado, representando mais uma etapa nesse processo de retirada de poder excessivo dos governantes e reativação dos antigos conceitos de liberdade, igualdade e cidadania, concebidos na modernidade com nova roupagem.

Segundo Passeti (2003), no campo penal, as necessidades políticas do liberalismo conduziram à mudança desses objetivos de governo no século XIX, redimensionaram também a punição como vigilância, a ameaça do castigo por meio da intensa troca de saberes disciplinares e com a substituição do terror do suplício corporal público, pela persuasão fundamentada na prevenção geral.

Paralelamente a essas mudanças no século XVIII, a noção de utilidade da lei irá criar uma transformação na sociedade e também no direito penal, o que ocorrerá em países ocidentais, que sofrerão reformas na forma de castigar. Essa reforma do Direito Penal consistiu no aparecimento de teorias “utilitárias” que inspiraram o estabelecimento de um “cálculo econômico” de atos reputados “crimes”.

Em *Vigiar e Punir*, fica explícito que o “projeto liberal” teve que resolver o problema das ilegalidades em demasia, que eram cometidas pelo soberano e pelas classes, que por vezes se juntaram em protesto em resposta às ilegalidades do próprio soberano. Segundo Foucault (2008-b) a partir das necessidades de adequação, de criação de uma

ordem em que o capitalismo⁵ pudesse se desenvolver, foi necessária a introdução de um sistema penal que pudesse servir de base para administração de qualquer pessoa que investisse contra o patrimônio ou contra determinados valores fundamentais para a existência consolidação de governos liberais, resultando no advento da tão festejada condição de “sujeito de direito”.

Assim a “humanização” representou uma moeda de dois lados: na verdade interna, a humanização jusnaturalista adotada pelo “Estado de Direito” em favor do homem, algo que foi ensinado aos juristas, nas universidades – de outro, a sensibilidade advinda da humanização das penas trouxe consigo “[...] um princípio de cálculo.

O corpo, a imaginação, o sofrimento, o coração a respeitar não são na verdade, o do criminoso que deve ser punido, mas a dos homens que tendo subscrito o pacto”, tem o direito de exercer contra ele, a punição (2008-b, p. 77).

A orientação da “economia política” permitiu aos governos perceberem onde deveriam “buscar o princípio de verdade de sua própria prática governamental” o que gerou profundas mudanças no Direito e nas legislações, no regime de tolerância e punição, pois essa verificação é que permitiria que, mesmo de forma secundária, determinar mecanismos jurídicos ou a ausência deles (Idem, p. 45).

Assim, na realidade, o que fará com o governo se “auto-limite” não será o direito fundamental dos homens, mas a a “economia política” que reflete sobre as próprias práticas governamentais, não interroga em termos de direito para saber se são legítimas ou não.

Neste sentido, é possível afirmar que a legalidade, no período em questão, cumpriu dois objetivos principais, para fins do presente artigo que foi o “sistema dos direitos do homem” e o “sistema de independência dos governados.

3. O NEOLIBERALISMO E O NOVO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DO DIREITO.

⁵ “A riqueza dos séculos XVI e XVII era essencialmente constituída pela fortuna das terras, por espécies monetárias e por letras de cambio que os indivíduos podiam trocar. No século XVIII aparece uma nova forma de riqueza que é agora investida em mercadorias, estoques, máquinas, oficinas, matérias primas [...]”. E o nascimento do capitalismo ou a transformação e aceleração da instalação do capitalismo vai se traduzir neste novo modo de fortuna. (Foucault, 1999, p. 100).

Considerando as finalidades propostas no presente artigo, será necessário compreender os objetivos da “racionalidade política neoliberal para que se possa decifrar a “nova forma de ser” do Direito.

Contudo antes de iniciar tal verificação, parte-se da seguinte constatação: apesar de haver acesso, pelo jurista, às informações relacionadas à “verdade interna” e “externa” do Liberalismo já analisadas, e mesmo, do socialismo (que não foi objeto do presente), traz surpresa o fato de que não há, nem no campo da literatura considerada “jurídica”, nem mesmo nos conteúdos programáticos das Universidades de Direito, perspectivas do Neoliberalismo, seja de sua verdade interna quanto externa, o que impossibilita que o jurista desenvolva qualquer pensamento crítico acerca das transformações experimentadas pelo Direito no século XXI, nos dias de neoliberalismo.

O neoliberalismo foi alvo dos estudos de Michel Foucault em “Nascimento da Biopolítica” em que o autor estuda o surgimento do Neoliberalismo na Alemanha e nos Estados Unidos.

3.1.SURGIMENTO DO NEOLIBERALISMO NA ALEMANHA E EUA: A VERDADE INTERNA DO NEOLIBERALISMO.

Para Foucault, é possível a percepção de certa “ponte” fundamental entre os modelos alemão e estadunidense: a identificação de um inimigo comum, do “[...] adversário doutrinal maior que é Keynes”.

Neste sentido pode-se dizer que o surgimento do neoliberalismo, enquanto doutrina de governo se dá como resposta à crise do liberalismo o que se manifestou por motivos, contextos históricos, políticos e sociais diversos em cada país (Foucault, 2008, p. 94).

Ambos os modelos manifestam-se como formas de renovação do liberalismo que se mostrava em crise quando da passagem para o socialismo, fascismo e nacional-socialismo. Esses modelos criaram formas de intervenções econômicas que regularam a liberdade econômica, sendo que na Alemanha isso ocorreu antes e depois da guerra, e posteriormente nos Estados Unidos. O neoliberalismo irá se opor a qualquer tipo de dirigismo econômico (Idem).

Ambas as formas de neoliberalismo partem da visualização de uma nova forma de ser do mercado - a concorrência -, o que irá influir também nas formas de ser dos mecanismos jurídicos, do Direito, da participação e das práticas de governo que envolve a vida, incluindo a punição (Idem, p. 163).

Segundo Foucault, enquanto na Alemanha o neoliberalismo surge da necessidade de legitimar um Estado inexistente, nos Estados Unidos o neoliberalismo nasce de interesses puramente liberais, relacionados à oposição aos programas de *WelfareState* implantados em administrações democratas como as de Kennedy e Truman. Naquele país o liberalismo está tão enraizado que se constitui como um verdadeiro “pensamento vivo” (Foucault, 2008, p. 107).

Enquanto Liberais do século XVIII buscavam entregar o mercado a si mesmo e deixar que este mesmo se tornasse um princípio de enriquecimento (atingindo um maior Estado, com menos governo); o problema alemão do século XX era justamente o inverso, ou seja, como legitimar antecipadamente um Estado que não existia, pela liberdade de mercado (Idem, p. 140).

Necessitava-se criar uma nova ordem. Ao contrário do liberalismo que tinha como objetivo criar uma nova ordem a partir de uma nova ordenação jurídica voltada para o futuro, o objetivo que determinou o surgimento do neoliberalismo foi justamente a necessidade de se criar uma ordem pelo uso de institutos jurídicos, mas que alcançasse essa legitimidade após a inserção de uma economia de mercado.

Um dos elementos da resposta ordoliberal foi basicamente a compreensão de que os efeitos destruidores tradicionalmente atribuídos à liberdade que foi concedida ao mercado no século XVIII, não deveriam trazer necessariamente uma intervenção Estatal na economia, no sentido que o mercado enquanto instância de verificação deveria dar ao Estado, um comando para interferir, mas de outro modo, deveriam ser atribuídas as culpas, “[...] imputadas ao Estado e suas defectibilidades intrínsecas” (Idem, p.158).

Então o raciocínio deixa de ser a visualização de uma economia de mercado que o Estado devia vigiar para que pudesse limitá-la de forma que seus efeitos fossem menos nocivos, mas pelo contrário, que o Estado fosse vigiado pela economia, adotando a liberdade de mercado como princípio organizador e regulador do Estado, “[...] desde o início de sua existência à última forma de suas intervenções” (Idem, p. 158).

As críticas ao Estado desde sempre existiram, e logo a questão deixou de referir-se aos efeitos nocivos da liberdade de mercado e passaram a ser a reflexão a possibilidade da economia de mercado poder efetivamente exercer um poder de formalização, tanto

para o Estado, quanto para a sociedade trazendo aí, toda a sua inversão em relação ao liberalismo.

Não se trata apenas de deixar a economia livre. Trata-se de saber até onde vão poder se estender as poderes de informação políticos e sociais da economia de mercado. Eis o que está em jogo. Pois bem, para responder ‘sim’ a economia de mercado pode efetivamente enformar a Estado e reformar a sociedade, ou reformar o Estado e enformar a sociedade’ (Idem, p.160).

Conforme teses de estudo dos ordoliberais alemães, a reflexão de que o mercado deve operar relações de concorrência ao invés da troca é notado nas críticas tecidas sobre a idealização dos economistas do século XVIII, no sentido de que o troca que ocorreria nas relações de mercado, era algo natural e que o Estado deveria assegurar somente a vigilância, supervisão e bom funcionamento do próprio mercado que consistia nesse sentido, em assegurar a liberdade das trocas e deixar a natureza funcionar.

O que se deveria ter como princípio para os liberais do século XVIII, não era uma intervenção no interior da economia, mas uma intervenção na produção, isto é na propriedade individual, sendo o mercado, de certa forma, livre e desimpedido no estabelecimento de um espaço.

Em outro sentido, para ordoliberais alemães, o que estava em jogo não era mais o *laissez-faire*, uma vez que o mercado não mais era visto como um dado natural, um jogo dos instintos, mas sim, um princípio de formalização (Idem, p. 163).

Não haverá o jogo do mercado, que se deve deixar livre, e, depois, a área em que o Estado começará a intervir, já que precisamente o mercado, ou antes, a concorrência pura, que é a própria essência do mercado só pode ser produzida senão por uma governamentalidade ativa. [...] A economia de mercado não subtrai algo do governo. Ao contrário, ela indica, ela constitui o indexador geral sob o qual se deve colocar a regra que vai definir todas as ações governamentais (Idem, p. 165).

Os ordoliberais sugerem assim, que seria um erro, insistir na crença dos liberais do século XVIII, de que haveria um espaço para a economia que o Estado juridicamente deveria assegurar, pois o mercado, sendo um dado natural iria se auto regulamentar, e a liberdade de mercado traria naturalmente uma regulação pelo *laissezfaire* .

Assim, a questão da revitalização do liberalismo consistia no entendimento de que o mercado não era um dado natural e se houvessem resultados negativos em razão dos processos econômicos, estes deveriam ser atribuídos à ausência de uma intervenção

estatal apropriada que não deveria atingir normas econômicas, mas realizar intervenções no ambiente, criando uma regular crítica à atuação do Estado.

Nos Estados Unidos o neoliberalismo surge em 1934, a partir do texto de Simons, “Um programa positivo para o *laissez-faire*”. O movimento surge na Escola de Chicago a partir da oposição a três principais elementos que consolidaram suas orientações teóricas: a crítica ao “New Deal”, política a que Foucault “a grosso modo” denomina de Keynesiana; a oposição ao “Plano Beveridge”, que consistia em uma política dos países de economia planificada, em que o Estado interveem para buscar igualdade de condições; o crescimento da administração federal em razão do intervencionismo do Estado, a partir de políticas sobre pobreza, educação e segregação. (Foucault, 2008, p. 298-289)

Foucault comenta que apesar desse contexto de oposição ao planismo comum aos três modelos neoliberais (ALE – FRA – EUA), todos os três apresentam diferenças. No caso dos Estadunidenses, há íntima relação ao surgimento e desenvolvimento do liberalismo nos Estados Unidos, em seu começo no Século XVIII, nas revoluções da independência, ocorreu a partir da mesma proposta do surgimento do neoliberalismo alemão no século XX, em que o sistema econômico foi o fundador do Estado e não o contrário.

A partir de tais pressupostos, se desenvolveu uma história da verdade interna sobre o neoliberalismo, no sentido de que este se organiza a partir da percepção do economistas de que o capitalismo em si não é nocivo, contrariando a posição dos socialistas, visão esta, responsável pela criação de um novo modelo de Estado que foi o Estado social, tendo deixado, por onde foi adotado, o legado da crise econômica.

Para os socialistas, nocividade do capitalismo se mostrou como causa e consequência da adoção do *welfare state*, visto que foi essa “Nocividade” a responsável pela mudança dos papéis estatais, deteminando a intervenção dos Estados na Economia, com também pode-se dizer que essa concepção é a utilizada ainda hoje pelos socialistas que buscam um retorno ao Wellfare.

Como se viu, para os neoliberais, não há problema com o capitalismo e o responsável pelas crises econômicos do início do Século XX foram justamente as intervenções do Estado na Economia para “assegurar a justiça social”, pois sendo o capitalismo um sistema de “concorrência”, a desigualdade é tida como inerente para o seu desenvolvimento, estando no tipo de intervenção que o Estado realiza, a causa para as crises econômica.

Assim essa é a história interna da verdade do neoliberalismo: mudança nos papéis do Estado. No Direito, somente em um campo, essa noção é estudada: nos fenômenos de delegação e concessão de serviços públicos a iniciativa privada. Isso ficou claro no Brasil, a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso, em que se viu um forte movimento de vendas de empresas estatais e terceirização, promovendo uma mudança nos papéis do Estado, que deveria somente regulamentar, as transações mediante agências reguladoras.

Traz surpresa o fato de que a racionalidade política neoliberal, predominante como estratégia de governo das principais potências democráticas do Século XXI só seja mencionada ou estudada, para possibilitar a compreensão do fenômeno jurídico, em Direito Administrativo, não havendo qualquer menção no âmbito do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Criminal, as áreas que mais se aproximam do preocupação do os valores da humanidade.

Cabe ressaltar que a criminologia faz algumas relações entre direitos humanos, direito criminal e neoliberalismo, entretanto, em muitas Universidades, esta é sequer disciplina obrigatório do estudo do jurista. Não se percebe uma preocupação com o tema também na área da sociologia jurídica.

Como já se mencionou não existe em qualquer manual de Direito Constitucional a menção sobre o fundamento ontológico do Estado democrático de Direito, que não seja valores universais genéricos e frutos das discussões do liberalismo e socialismo. Assim, o que determina a mudança de papel trazida pelo Estado democrático de Direito no Brasil, foi um termo que encerra uma obrigação que é a participação como forma de garantir direitos fundamentais, postura que remonta à visão de Kelsen de que o Direito resulta do próprio Direito, negando o fato de que o Direito decorre das estruturas sociais e necessidade políticas.

A seguir se objetiva esclarecer a verdade externa do neoliberalismo e sua consequente transformação do Direito, seja no campo do Direito Constitucional, seja no campo do Direito Criminal, trazendo a percepção de que o mercado é agora, o criador do Direito Público.

3.2.VERDADE EXTERNA DO NEOLIBERALISMO: O MERCADO COMO CRIADOR DO DIREITO PÚBLICO.

Os objetivos do neoliberalismo observam um projeto mediante o qual, as utilizações que se faz da Lei e do Direito, buscarão “enformar” a sociedade, isto é

proporcionar condições, uma unidade social que permita o jogo entre empresas e decorrente implementação de uma ordem de mercado que controle a vida da população, que passa a ser visto como multiplicidade de empresas. Como esse é fundamento da ampliação da cidadania proposta pelo Estado Democrático de Direito.

Segundo Michel Foucault, a utilização do sistema meramente “normativo-disciplinar” do século XVIII encontra no século XIX, alguns problemas na atuação legalista e normalizante: a falta de autonomia e ação destes espaços individualizantes onde se buscava a disciplina e a incompatibilidade terminal entre as formas de legalidade e as formas da normalização da sociedade.

Foi necessário assim elucidar a função da lei sem confundi-la com sua forma, que era a proibição a coerção. A função da lei passará a ser, a de regra de jogo, e assim deve-se permitir uma maior participação, que atraia cada vez mais pessoas para o jogo econômico.

Tal reflexão fica evidente nas palavras de Foucault (Idem, p. 356):

[...] e pelo fato de que, se se quiser não sair da lei e não desviar sua verdadeira função, o de regra do jogo, a terminologia a utilizar não será a disciplina-normalização, será a ação sobre o ambiente. Modificar a distribuição das cartas do jogo, não a mentalidade dos jogadores [...] Temos aí uma radicalização do que os ordoliberalistas alemães já haviam definido a propósito de uma ação governamental : deixar o jogo econômico o mais livre possível e fazer uma *Gesellschaftspolitik*. Os Liberais americanos dizem: essa *Gesellschaftspolitik*, se se quiser mantê-la na ordem da lei, deve ver cada um como urna jogador e só intervir sobre um ambiente em que ele poderá jogar (Foucault, 2008, p. 356).

As naturezas de intervenção passariam assim a se dar sobre a sociedade trazendo a concepção de *Gesellschaftspolitik*, ou “política de sociedade” e atuação proposta pelos alemães será no que denominam “*die soziale Umwelt*”, no ambiente social onde se instalará o mercado.

O estabelecimento de uma concorrência, que não deveria buscar uma igualdade, em diversos aspectos, mas principalmente na condição de renda dos indivíduos sociedade, e a intervenção, com a “política da sociedade” na trama social, no tecido social, não era para colocá-la em contato com a natureza, mas para constituir uma trama social sob as bases da forma de “empresa”, trazendo assim a visualização do *homo economicus*, não mais como o homem da troca, o consumidor. Surge aí o homem da empresa e da produção (Idem, p. 201).

Segundo Foucault, a partir da visualização da sociedade toda como multiplicidade de empresas, *o homo economicus* será o princípio de regulação entre o poder e o indivíduo, sendo este a interface do governo e do indivíduo (Foucault, 2008, 346).

A *Gesellschaftspolitik*, segundo Foucault englobou dois importantes eixos: “a formalização da sociedade com base no modelo empresa” e a “redefinição da instituição jurídica e das regras de direito”, o que remete à orientação que regularia respectivamente, o exercício do poder político no sentido da busca do estabelecimento de uma economia concorrencial de mercado; o que traria mais uma vez a visualização do “problema do direito” (Idem, idem).

Os termos que melhor dão contornos para compreensão do neoliberalismo alemão são *Gesellschaftspolitik* e *Vitalpolitik*. Em relação ao primeiro, é importante compreender que se trata de uma política que buscará generalizar a forma de mercado no tecido do corpo social, ou seja, irá “desdobrar o modelo econômico, o modelo “oferta e procura”, o modelo “investimento-custo-lucro”, para dele fazer um modelo das relações sociais, um modelo de existência uma forma de relação do indivíduo consigo mesmo”, que se verá visto como uma empresa, em todos os aspectos da vida, como família, grupo, futuro, pois agora é uma empresa.

Atualmente isso está na mentalidade das pessoas e pode ser notado na própria educação, que como vários outros fatos sociais, são decifrados agora em nível de mercadoria: o professor universitário é uma mercadoria, a formação intelectual é uma necessidade de qualificação para o mercado: algo típico de uma empresa, que como se sabe, possui uma única finalidade – se vender ao mercado.

Para assegurar tal projeto político da *Gesellschaftspolitik* de “enformar a sociedade num modelo de empresa”, onde seja possível uma livre concorrência entre indivíduos vistos na forma de empresa, a lei e o direito, são utilizados para assegurar o consenso e a unidade social, e pelo que se pode verificar, traz uma nova importância para participação.

Tal objetivo é intensificado em uma nova roupagem que se dá ao *Rule of Law* ou “Estado de Direito”. No século XVIII e primeira metade do século XIX, o Estado de Direito surge como forma de luta contra o despotismo e buscando criar um sistema em que qualquer atuação do Estado, só poderia se fundar na lei e os atos que fossem oriundos da soberania que eram “medidas universalmente válidas” seriam diferenciados dos atos administrativos particulares.

Na segunda metade do século XIX surge uma nova conotação de Estado de Direito que se relaciona à outra problemática, a da intervenção do Estado nos processos

econômicos que eram realizadas nos governos de economia planificada como o *New Deal* americano e o planismo inglês que permitiam a condição do poder público ser o tomador de decisões no campo econômico, o “sujeito universal de saber na ordem econômica”.

Na menção da obra de Hayek, que buscou problematizar como introduzir o Estado de Direito na ordem econômica, buscou-se pensar o Estado de Direito ou *Rule of Law*, mas nessa reformulação entende-se que o Estado de Direito seria aquele onde as intervenções da lei na economia seriam formais no sentido de somente trazer regulamentação, de forma que o Estado seja cego aos processos econômicos, vendo a economia como jogo, devendo se limitar a criar regras de jogo e não a intervenção com objetivos particulares na liberdade e na economia. Regra de jogo econômico e não controle social econômico desejado. Além disso, seria um sistema onde se garantiria aos indivíduos recursos contra decisões do poder público que poderiam ser julgadas pelo próprio judiciário.

A dominação neoliberal da sociedade se buscará a partir do consenso, pois a instituição neoliberal deixa os indivíduos agir e falar, e “basicamente falar que está certo deixá-las agir”, criando assim, a legitimação jurídica, o “[...] consenso permanente, é o crescimento econômico, é a produção de bem-estar que vai simetricamente à genealogia [...] um circuito instituição econômica de adesão global da população, a seu regime, a seu sistema” (Idem, p. 115).

Esta é a natureza oculta (para os juristas) do Estado Democrático de Direito, que é explicado no campo da dogmática jurídica como sendo aquele que se apresenta como inovação dos outros modelos anteriores de Estado (Liberal e de “bem-estar social”) por ter como característica a possibilidade de recurso às decisões do Estado no Judiciário, o que conforme menciona Foucault, não é adotado na França e em sua opinião é um pressuposto para identificar um país como aderente a racionalidade política neoliberal.

Mais uma vez, pelos usos que se faz da lei, buscou-se atingir uma ordem necessária para estabelecer o sistema capitalista. No capitalismo renovado, a utilização da lei busca estabelecer uma ordem baseada no poder público como fornecedor de regras para o jogo econômico, em que os únicos participantes são indivíduos enquanto empresa, da forma que haja “um jogo de empresas regulado no interior de uma moldura jurídico-institucional garantida pelo Estado”.

Assim a ampliação da cidadania promovida pelo Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada ao neoliberalismo e representa uma forma de controle das

ações do Estado tendo como finalidade o equilíbrio de uma ordem econômica, apesar de ser apresentada pelo Direito e autoridades como evolução dos Direitos Humanos.

Segundo Foucault, antes mesmo de se compreender o movimento lei e ordem, como um movimento de política criminal, “lei e ordem” consiste na medida “oculta” de governo do neoliberalismo. Significa que se a lei observar a intervenção formal – em outras palavras, se limitar à função de criar regras de jogo econômico e intervenção no tecido social para permitir condições de instalação de uma ordem de mercado – será possível alcançar uma ordem de mercado que é ao mesmo tempo fundamento e consequência de sua existência.

Assim, para Foucault, *Law and order* é:

[...] O Estado, o poder público, nunca intervirá na ordem econômica a não ser na forma da lei, e se no interior dessa lei, se efetivamente o poder público se limitar a essas intervenções legais, que poderá aparecer algo que é uma ordem econômica, que será ao mesmo tempo o efeito e o princípio da sua própria regulação (Foucault, 2008, p. 289).

Com isso, apesar de todo o humanismo declarado, o Direito na prática visa ao alcance dos objetivos do neoliberalismo: a ordem de mercado.

4. NOVAS FORMAS DE SER DO DIREITO: DECIFRANDO AS FUNÇÕES DO DIREITO A PARTIR DAS EXIGÊNCIAS DA POLÍTICA NEOLIBERAL.

Discutida a natureza do Estado Democrático de Direito e suas duas verdades: o “alargamento da cidadania como forma de garantir direitos fundamentais” e sua verdade externa, em que este modelo é o adequado para que se tenha uma ordem onde o mercado vigia o Estado e determina suas formas de intervenção, sendo ocultamente neoliberal, passa-se à análise das transformações na lógica do Direito.

Se analisa agora as transformações no Direito que subvertem a própria ordem declarada explicitamente pelo Direito (verdade interna), sendo o campo em que os juristas de formação acadêmica demonstram incapacidade em compreender, decifrar e propor soluções e que como se verá, poderá ser facilmente decifrada a partir dos objetivos do neoliberalismo enquanto racionalidade política.

Por motivos didáticos, serão analisadas inicialmente as transformações que se apresentam como evolução do Estado de Direito, ou seja, apresentam uma justificativa teórica (verdade interna), como por exemplo, a legalização da maconha e da prostituição, fenômenos que subverteram valores mas que possuem uma explicação oficial em comum: a tolerância com as minorias.

Após tal visualização, serão verificadas as transformações na legislação criminal que utilizam como justificativa algo que vai diretamente de encontro ao Direito moderno, pelo menos aos princípios de dignidade ensinados nas Universidades e proposto nas constituições políticas: a intolerância.

4.1.LEGALIZAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO NA ALEMANHA E LEGALIZAÇÃO DA MACONHA NOS ESTADOS UNIDOS.

Após todo o exposto já é possível analisar algumas das recentes transformações da forma de ser do Direito no final do século XX até os dias atuais mostrando uma construção de verdades a partir das exigências políticas do modelo de governo neoliberal.

Já foi demonstradas as explicações para alargamento da cidadania e da participação e agora se passa a visualização da tolerância com as minorias, justificativas oficiais para legalização das drogas e da prostituição (na Alemanha)

Como se sabe, a tolerância com as minorias tem surgimento nas Convenções internacionais de Direitos Humanos, e cartas políticas em âmbito interno, a partir da implementação dos chamados direitos coletivos, e em específico, os Direitos difusos.

Estes são direitos que pertencem não somente a um indivíduo pois são transindividuais, não podem ser fracionados, e apesar de somente alcançar alguns, passa a ser considerado, em razão da vontade política de alargamento da tolerância para abarcar as minorias.

Os marcos histórico das propostas de inclusão desses direitos se intensifica com as discussões sobre o “patrimônio comum da humanidade” quanto aos recursos dos fundos oceânicos, defendida pelo “Grupo dos 77” – número originário do bloco dos países terceiro-mundistas, articulado dentro da ONU, nos anos 70, a Conferência de Argel, em 1976, um grupo de países do Sul proclamou a “Declaração dos Direitos dos Povos”.

Corroborando com tais assertivas, o “Simpósio de especialistas sobre o tema dos direitos de solidariedade e direitos dos povos”, convocado pela UNESCO, em San Marino (1984), concluiu que os direitos proclamados (através da ONU) são os direitos dos povos à sua existência, à livre disposição dos recursos naturais próprios, o direito ao patrimônio natural comum da humanidade, à autodeterminação, à paz e à segurança, à educação, à informação e à comunicação, a um meio ambiente são ecologicamente equilibrados.

Estes formaram os pressupostos da verdade interna que fundamentou o “direito das minorias”, na qual é possível identificar o usuário de drogas e as pessoas que se prostituem, que por quase todo século XX sofreram controle por parte da legislação criminal. No Brasil, somente não existe a legalização da profissão daquele que vende o corpo.

Causa espanto o fato de que apesar do sistema internacional de proteção de direitos humanos, e mesmo, a política anti drogas da ONU tenha por décadas declarado a “guerra às drogas”, surja um movimento de legalização das drogas nos Estados Unidos. De outro lado, em relação à questão da prostituição, sabe-se que aceitar a sua legalização e atribuir a ela o status de profissão legalizada como ocorreu na Alemanha, vai de encontro à noção Kantiana de dignidade tão celebrada e festejada pelos Tribunais modernos.

Haveria aí uma contradição? Essa transformação do Direito pode ser decifrada a partir das propostas e exigências do neoliberalismo? A resposta é sim. Conforme já demonstrou Michel Foucault, junto com a política neoliberal, se propôs também uma lógica social que fosse capaz de fortalecer o jogo de mercado. Esse diagrama social foi denominado por Deleuze de “sociedade de controle”.

Segundo Foucault nessa sociedade se busca:

a “[...] imagem ou a ideia ou o “tema-programa” de uma sociedade na qual haja “otimização” dos sistemas de diferença em que o terreno ficaria livre para os processos oscilatórios, em que haveria uma tolerância concedida aos indivíduos e as práticas minoritárias, na qual haveria uma ação, não sobre os jogadores do jogo, mas sobre as regras do jogo (Foucault, 2008, p. 354).

É neste sentido uma superação do diagrama anterior, em que se buscava a normalização necessária para a implementação do capitalismo, a normalização do homem para que estes trabalhassem nas fábricas e o decorrente moralismo.

Agora o que está em jogo, como já demonstrado, não é a mentalidade do jogador, mas as cartas do jogo. Isso significa que para uma política neoliberal, a “política da sociedade”, só há uma preocupação – criar uma sociedade de empresas – assim, não existe preocupação com padrões de normalidade das pessoas, mas sim, questionar se tal pessoa se comporta como um produtor, uma empresa que é lucrativa e fomenta o jogo econômico aumentando a sensação de tolerância, a partir desse alargamento.

Não é benéfico para um sistema pautado no mercado limitar a participação de pessoas. Deve assim, pelo contrário, fomentar a participação – fórmula do Estado democrático de Direito.

Se afastam preconceitos morais contra pessoas que usam drogas ou mesmo, que são “homo afetivas” ou que se “prostituem”, pois o saber utilizado para decifrar quem terá tratamento digno ou não, não é mais a medicina ou a psiquiatria, saberes “estatais”, mas sim a economia transformando o conceito de dignidade, uma vez que se trata de uma ordem de mercado que determina a atuação do Estado e portanto, orienta a criação do Direito, influenciando em sua forma de ser ao passo que conforma a sociedade (tolerância) para conceber condições de implementação e consolidação de uma ordem de mercado.

Surge com lógica do sistema, a seguinte regra: se alguma atividade é lucrativa, o Direito – esse novo direito neoliberal – só irá regulamentar tal atividade. No caso da maconha nos EUA, o Estado passou a regulamentar o comércio da maconha em parceria com a iniciativa privada, sendo atualmente um dos mais lucrativos mercados, quase maciçamente adotado pelos Estados.

Certamente, nessa “campanha de legitimação” será papel dos meios de comunicação, convencer as pessoas da legitimidade desse mercado e dos professores nas Universidades de Direito, convencer futuros juristas de que o Direito, a partir das doutrinas das minorias, já esposadas, determinou essa mudança na sociedade, e não o mercado.

Para o neoliberalismo o que importa não é se uma pessoa se apresenta como normal, mas sim, se esta é bem sucedida no mercado. Contudo a noção de dignidade em uma sociedade pautada no modelo de mercado será nula, quando se tratar de uma pessoa

que está fora do jogo econômico do mercado. Nesse sentido, como se sabe atuação do Direito não deve visar igualar essa pessoa, mas aplicar a regra do jogo econômico para expurgar este efeito nocivo do jogo econômico.

4.2. A LÓGICA NEOLIBERAL DA TOLERÂNCIA ZERO COM A CRIMINALIDADE

Finalmente, ao passo que o neoliberalismo gera alargamento da tolerância, algo que se apresenta como uma *continuidade* do fundamento moderno do Direito, existem transformações decorrentes da política neoliberal que subvertem completamente os valores universais enfatizados em Tratados Internacionais e Constituições políticas.

Como pode, em meio a um Sistema Internacional de Direitos humanos globalizado e capitaneado pela ONU, responsável por toda essa difusão da tolerância por quase um século haver a adoção maciça de políticas de tolerância zero por alto número de Estados, entre os quais Estados Unidos e Brasil?

A teoria do capital humano representa dois processos principais que são a incursão da análise econômica em campos, até então, não explorados e a possibilidade de reinterpretar em termos econômicos, todo um campo que se considera não econômicos.

Para Robbins, outro autor neoliberal apontado por Foucault como um dos fundadores do neoliberalismo alemão: “[...] a economia é a ciência do comportamento humano” trazendo a proposta da visualização do trabalho a partir da análise do comportamento humano e da racionalidade interna desse comportamento humano.

Neste sentido, a economia deixa de ser a lógica histórica de processo para ser a análise da racionalidade interna da “programação estratégica da atividade dos indivíduos” (Idem, p. 307).

Tais considerações configuram esse aspecto do neoliberalismo estadunidense, como um retorno ao *homo economicus*, mas não em sua concepção clássica como o homem da troca, o parceiro dos processos de troca idealizado pelas teorias da utilidade na necessidade de reorganização da sociedade no século XVIII, a partir da economia política.

No neoliberalismo estadunidense, o *homo economicus* é um “empresário de si mesmo”, que é em si mesmo seu próprio capital, sendo também o seu próprio produtor. Até mesmo a pessoa que é mera consumidora, que faz uma troca monetária para obter

produtos, é vista como produtora de si, por produzir sua própria satisfação, perspectiva que faz qualquer visão sociológica da “sociedade de consumo” e do “consumo de massa” perder importância (Idem, p.317).

Dessa forma, o criminoso representa um obstáculo à implementação de uma sociedade de empresas, por não representar em si mesmo, um capital humano, não poderá se comportar como uma empresa. Dessa forma, não é mais função do Direito questionar as atuações do Estado em termos de legitimidade, uma vez que o Direito deve se limitar à função de regra de jogo econômico.

Não haverá dúvida: sendo o crime uma atitude antieconômica, o Estado deverá intervir para aplicar a regra do jogo econômico, sem questionar em momento algum, a justiça de tal atitude ou o crime como fenômeno social relacionado à pobreza.

De forma completamente esquizofrênica – para a visão de um jurista não prevenido - um Estado democrático de direito que pune por qualquer deslize, seria claro violador da dignidade da pessoa humana, sendo tal atitude inconcebível, uma vez que deve se centrar também nos objetivos de justiça social, considerando assim as condições sociais e de ausência dos Estado como elementos que influíram para a criminalidade.

Finalmente o presente cumpre suas finalidades, afinal a formação despreocupada de juristas terá como legado análises dos juristas atuais similares àquelas que datam de mais dois séculos no estudo da criminologia.

Como diriam os clássicos: a intolerância como o criminoso é justa, afinal houve o descumprimento do contrato social, ou então, a proposição socialista e romântica de retorno ao Welfare, pois o direito abandonou o socialismo e a justiça social. Enquanto isso, o mercado se consolida.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou responder se a forma como o Direito se manifesta atualmente, seus papéis e principalmente, concepções de dignidade e justiça seriam derivações de necessidades e programas de governo neoliberal, considerando que anteriormente o Direito teve seu perfil totalmente pautado em aspectos do Liberalismo, até hoje ensinado nas Instituições de Ensino Superior.

Como se demonstrou, essa discussão é pouco explorada no meio acadêmico, uma vez que dificilmente algum Manual de Direito buscou mostrar como o Estado

democrático de Direito, a participação, a tolerância com as minorias, a legalização das drogas ou mesmo a intolerância com pessoas nocivas ao interesse de mercado estão relacionadas com as relações de poder colocadas pelo Neoliberalismo.

Após quase um século da superação do Liberalismo, a manutenção do ensino do Direito a partir de um “fundamento ontológico do Direito”, ultrapassado como é o caso do *contratualismo* é algo que traz surpresa.

Dessa forma, a inspiração desse trabalho foi a premissa de que o jurista não terá capacidade para pensar e criticar a atual forma de ser do Direito, nem mesmo propor uma nova forma de Direito, se não atentar para as necessidades e exigências políticas das racionalidade de governo que são os elementos que vão determinar a essência jurídica.

Em busca de tais respostas problematizou-se a forma que o Direito se apresenta hoje, questionando seus papéis atuais como consequência da ascensão de uma ordem de mercado proporcionada pelo neoliberalismo, verificando se este primado político seria determinante para as mudanças nas concepções de dignidade e justiça na presente época.

Essas inquietações foram satisfeitas pelas análises teóricas e metodológicas inspiradas na visão crítica de Foucault e a partir da conjugação das concepções oriundas das discussões específicas levantadas em cada item permitiram a aferição de uma possível explicação.

Inicialmente, a constatação da verdade como construção desse mundo, e a impossibilidade de alcançar algo como uma verdade universal ou uma verdade intemporal, mas sim, a criação de discursos que devem ser entendidos como verdadeiros para garantir efeitos de poder na realidade.

O que é determinado como verdadeiro em uma sociedade está diretamente relacionado às relações de poder e para que seja considerado como tal deve cumprir protocolos de verdade inseridos principalmente nas práticas jurídicas. Dessa forma é que surgem novos papéis para o Direito e novas verdades sobre o que é considerado justo e digno.

Na análise do liberalismo enquanto racionalidade política foi possível notar que as transformações nos papéis do Direito estiveram relacionadas às necessidades e os

objetivos de reorganização de uma sociedade para adequação em um modelo industrial produzindo novas verdades e protocolos que inseridos nas práticas jurídicas no Século XVIII resultaram no surgimento dos Direitos Humanos modernos e da punição humanitária, produzindo novas noções de dignidade e justiça.

Apesar da “história interna” da verdade liberal mostrar uma luta contra o *ancién regimen* a ser combatida pelas diversas formas de *contratualismo*, a história externa dessa verdade mostra uma outra faceta: o da aplicação das técnicas da “economia política” com vias à criação de um novo sistema em que a maior riqueza a ser explorada era o próprio homem.

Nesse sentido o direito se transformou; a pena de morte, a pena sobre o corpo, a tortura, a escravidão e outras formas de punição cruel, rapidamente deixaram ser consideradas justas, uma vez que o corpo passava a ser necessário nas fábricas.

Constatando que as exigências políticas liberalismo, mediante discursos, alteram a concepção do verdadeiro e falso em uma sociedade causando transformações no Direito se buscou decifrar a atual forma de ser do Direito a partir da compreensão do neoliberalismo.

Na visualização do Neoliberalismo foi possível ver identificar que as principais renovações do Direito, consideradas como ampliação ou evolução, principalmente relacionadas aos Direitos Humanos e exercício da lei penal não podem ser explicadas a partir do discurso que o Direito busca legitimar como verdade, o humanismo, a defesa da sociedade, uma vez que esses já são em si paradigmas antigos, fundamentos ontológicos arcaicos, uma vez que já se sabe que essas “evoluções” no campo jurídico tem como objetivo principal, difundir uma verdade que garanta o equilíbrio de um mercado.

Ao contrário do que é dito e ensinado nas Universidades, o paradigma para decifrar os significados do Direito não pode mais ser o *contratualismo*, mas os saberes econômicos que realizam análises econômicas e buscam impor uma grade de inteligibilidade econômico sobre a sociedade e o indivíduo.

Se a análise dos campos não econômicos é realizada pelos saberes econômicos a verdade sobre as coisas é oriunda do mercado, a sociedade deve se organizar como um jogo econômico de empresas, o Direito passa a atuar como regra de jogo econômico, e o

homem é decifrado como Homem econômico. Hoje o Direito se apresenta como regra de jogo econômico, tendo como consequência, o fato de que o Direito público passa a ser uma produção do mercado.

Assim apesar de passar despercebido pelos juristas, atualmente, o que é justo para o Direito é o que é justo para o mercado, o que é digno para o Direito é o que é digno para o mercado, e pensar uma nova forma de Direito é pensar um Direito em seja possível identificar o que é valor humano e o que é valor de mercado para que possa ser garantido àqueles que estão fora do jogo econômico, uma dignidade que não pode ser aferida em termos econômicos e de mercado.

O homem não é uma mercadoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. “Em defesa da sociedade: curso no *Cóllege de France*”. Tradução Maria Ermantina Galvão, Editora Martins Fontes, São Paulo/SP, 1999-B.

_____. “Omnes et Singulatim”: uma Crítica da Razão Política” in *Ditos e Escritos IV: Estratégia, Poder-Saber*. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. “Nascimento da Biopolítica: curso dado no *Collège de France* (1978-1979)”. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo/SP, 2008.

_____. “A hermenêutica do sujeito”. Martins Fontes, São Paulo, 2004.

_____. “A ordem do discurso”: Aula inaugural no *College de France*, pronunciada em 2 de Dezembro de 1970”. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. Edições Loyola, São Paulo/SP, 2004.

_____. “Microfísica do Poder”. 15 Ed. Editora Graal, 2010.

_____. “Os anormais”, Tradução: Eduardo Brandão, Martins Fontes, São Paulo/SP 2002.

_____. “Vigiar e punir: nascimento da prisão”. Editora Vozes. Petrópolis/RJ, 2008-b

_____. “Território, governo e população”. 2008-c

_____. “**A história da sexualidade**”, Vol. I: “A vontade de saber”. Graal, Rio de Janeiro/RJ, 1977.

_____. “Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento” *in* Ditos e Escritos II. Org. De Manuel Barros de Motta: Forense Universitária, Rio de Janeiro/RJ, 2000-b.

_____. “A verdade e as formas jurídicas”. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. Ed. Nau, Rio de Janeiro/RJ, 1999.

_____. ”O sujeito e o poder”. *In*: Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow. Coleção Biblioteca de Filosofia. Coordenação editorial: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. “O poder psiquiátrico”. Tradução Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo/SP, 2006.

_____. “As palavras e as coisas”. Tradução Salma Tannus Muchail. 8ª. Edição, Martins Fontes, São Paulo /SP, 1999-c.

HAYEK, F.A. “O caminho da servidão”. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “A genealogia da moral”. Tradução Joaquim José de Faria. São Paulo, Centauro, 2002.

PASSETTI, Edson. “Anarquismos e Sociedade de Controle”, Editora Cortez, São Paulo 2003.

PROUDHON, Pierre. “Sistemas das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria”. Tradução de J.C.Morel. São Paulo: Ícone, 2003.

