



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

David de Vasconcelos Silva

**A funcionalidade do neoconstitucionalismo ao neoliberalismo no Brasil**

Rio de Janeiro

2022

David de Vasconcelos Silva

**A funcionalidade do neoconstitucionalismo ao neoliberalismo no Brasil**



Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Ricardo Falbo

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586

Silva, David de Vasconcelos.

A funcionalidade do neoconstitucionalismo e o neoliberalismo no Brasil  
/ David de Vasconcelos Silva. - 2022.

192 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Falbo.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Neoliberalismo - Teses. 2. Positivismo - Teses. 3. Jurisdição - Teses.  
I. Falbo, Ricardo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de  
Direito. III. Título.

CDU 32(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

David de Vasconcelos Silva

**A funcionalidade do neoconstitucionalismo ao neoliberalismo no Brasil**

Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Aprovada em 08 de março de 2022.

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Ricardo Falbo (Orientador)

Faculdade de Direito – Uerj

---

Prof. Dr. Alexandre Fabiano Mendes

Faculdade de Direito – Uerj

---

Prof. Dr. Felipe Mello da Silva Brito

Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2022

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que me apoiaram e me deram suporte emocional nessa empreitada. Com destaque, para os colegas, as colegas e professores do PPGD-UERJ. Os momentos de troca foram inesquecíveis.

Em especial, a amiga Maíra Moreira, que, num momento de incertezas, sugeriu-me o início do Mestrado. Sem ela, este trabalho não existiria.

Ao professor Ricardo Falbo, que me orientou desde o primeiro dia no PPGD-UERJ, e nunca me deixou em dúvidas sobre o caminho a ser seguido. Continua sendo um exemplo de compromisso com a educação pública, com o ensino crítico e um verdadeiro companheiro de luta.

Aos inúmeros e as inúmeras colegas, amigas e amigos, que, durante este período de pesquisa e trabalho, não me deixaram desanimar ou vacilar na turbulência da vida. Carinho imenso a Dmitri Pugliese, Fernanda Bahia, João Muruci, Julia Fortuna, Natasha Reader, Raquel Szlachta e Tatiana Melamed.

E com carinho especial ao papai e à mamãe, Ildebrando Crisóstomo da Silva Filho e Ilda Pires de Vasconcelos Silva, e ao meu irmão, Daniel Crisóstomo de Vasconcelos Silva.

## RESUMO

SILVA, D. de V. *A funcionalidade do neoconstitucionalismo ao neoliberalismo no Brasil*. 2022. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A pesquisa parte do pressuposto de que o neoconstitucionalismo se tornou hegemônico enquanto teoria e prática no ambiente jurídico brasileiro. Desde os anos 1990, suas técnicas operam a transformação do direito brasileiro com a introdução do pós-positivismo, defesa da prevalência do Poder Judiciário e o direito jurisprudencial como modelo, além da centralização da Constituição Federal como norma aplicável e interpretativa de todo o direito. Buscou-se analisar criticamente tal fenômeno jurídico a partir de Foucault, Laval, Dardot e Garapon. Tais autores têm como objeto de análise social do neoliberalismo enquanto sistema normativo. Na relação estabelecida entre os dois objetos, se concluiu que o neoconstitucionalismo é funcional ao neoliberalismo no Brasil tendo em vista que introduziu na produção e aplicação do direito o modelo concorrencial e a diminuição da soberania popular, tendo como resultado a judicialização da vida e da política e o incremento do controle sobre o Poder Executivo e Legislativo pelo Sistema de Justiça.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Neoliberalismo. Constitucionalização. Modelo concorrencial. Funcionalidade.

## RESUMEN

SILVA, D. de V. *La funcionalidad del neoconstitucionalismo al neoliberalismo en Brasil*. 2022. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

La investigación asume que el neoconstitucionalismo se ha vuelto hegemónico como teoría y práctica en el entorno jurídico brasileño. Desde la década de 1990, sus técnicas operaron la transformación del derecho brasileño con la introducción del pospositivismo, la defensa de la prevalencia del Poder Judicial y el derecho jurisprudencial como modelo, además de la centralización de la Constitución Federal como norma aplicable e interpretativa de toda ley. Buscamos analizar críticamente este fenómeno jurídico desde Foucault, Laval, Dardot y Garapon. Estos autores tienen como objeto de análisis social el neoliberalismo como sistema normativo. En la relación establecida entre los dos objetos, se concluyó que el neoconstitucionalismo es funcional al neoliberalismo en Brasil, considerando que introdujo el modelo competitivo en la producción y aplicación del derecho y la reducción de la soberanía popular, resultando en la judicialización de la vida y la política, y el aumento del control sobre los Poderes Ejecutivo y Legislativo por parte del Sistema de Justicia.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo. Neoliberalismo. Constitucionalización. Modelo concurrencial. Funcionalidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CONPEDI	Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
EC	Emenda Constitucional
FMI	Fundo Monetário Internacional
ISI	Industrialização por Substituição de Importações
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
ONG	Organizações não governamentais
PBF	Programa Bolsa Família
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PIB	Produto Interno Bruto
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNP	Programa Nacional de Publicização
PP	Partido Progressista
Prouni	Programa Universidade para Todos
PT	Partido dos Trabalhadores
STF	Supremo Tribunal federal
TRF	Tribunal Regional Eleitoral
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	10
1	<b>O NEOCONSTITUCIONALISMO OU O NOVO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL.....</b>	28
1.1	<b>Delimitação Conceitual.....</b>	28
1.1.1	<u>A relação com o constitucionalismo.....</u>	28
1.1.2	<u>Por que um novo constitucionalismo?.....</u>	30
1.1.3	<u>Os elementos estruturantes do neoconstitucionalismo.....</u>	32
1.1.3.1	O pós-positivismo.....	33
1.1.3.2	A supremacia constitucional e a proteção de direitos fundamentais.....	35
1.1.3.3	Constitucionalização do Direito.....	37
1.1.3.4	Preponderância do Poder Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional.....	39
1.1.3.5	Interpretação informal .....	40
1.1.3.6	A força normativa dos princípios.....	43
1.1.3.7	Moralização do Direito.....	47
1.1.4	<u>A construção da disputa pelo conceito.....</u>	48
1.1.5	<u>A relação com o novo constitucionalismo latino-americano.....</u>	52
1.2	<b>Quadro histórico e situação prática.....</b>	56
1.2.1	<u>Quadro histórico.....</u>	56
1.2.1.1	Redemocratização do Brasil.....	56
1.2.1.2	O processo de reformas constitucionais e legais após 1988.....	60
1.2.2	<u>Situação Prática.....</u>	63
1.2.2.1	Arbitrariedades judiciais.....	63
1.2.2.2	O ativismo judicial.....	67
1.2.2.3	Judicialização da política.....	71
1.3	<b>A subjetividade neoconstitucional.....</b>	77
2	<b>O NEOLIBERALISMO OU O NOVO LIBERALISMO NO BRASIL.....</b>	90
2.1	<b>Delimitação do conceito.....</b>	90
2.1.1	<u>O neoliberalismo como sistema normativo.....</u>	90
2.1.2	<u>A origem do debate.....</u>	91

2.1.3	<u>A superação da teoria de acumulação.....</u>	94
2.2	<b>A relação com o liberalismo.....</b>	97
2.2.1	<u>Crise do liberalismo e nascimento do neoliberalismo.....</u>	97
2.2.2	<u>O colóquio Walter Lippmann ou a reinvenção do liberalismo.....</u>	97
2.2.3	<u>O ordoliberalismo ou o liberalismo da ordem.....</u>	101
2.3	<b>Quadro histórico e situação prática.....</b>	103
2.3.1	<u>Quadro histórico.....</u>	103
2.3.1.1	Internacional.....	103
2.3.1.1.1	Antecedentes.....	103
2.3.1.1.2	A ruptura.....	105
2.3.1.1.3	A consolidação e atualidade.....	109
2.3.1.2	Nacional.....	110
2.3.1.2.1	Antecedência.....	110
2.3.1.2.2	Ruptura.....	113
2.3.1.2.3	Consolidação: anos 2000: o neoliberalismo sob o Partido dos Trabalhadores.....	117
2.3.1.2.4	O esgarçamento e a restauração da ortodoxia.....	119
2.3.2	<u>Situação prática.....</u>	120
2.3.2.1	Governo empresarial.....	120
2.3.2.2	A reforma do Estado.....	124
2.3.2.3	A reforma do Judiciário.....	129
2.4	<b>A subjetividade neoliberal.....</b>	133
3	<b>O NEOCONSTITUCIONALISMO É FUNCIONAL AO NEOLIBERALISMO.....</b>	144
3.1	<b>A subjetividade neoliberal jurídica.....</b>	144
3.1.1	<u>Hayek e a defesa do Estado e Direito mínimos.....</u>	145
3.1.2	<u>Direito como instrumento do mercado concorrencial.....</u>	151
3.1.3	<u>A justiça empresarial.....</u>	154
3.1.4	<u>O neoliberalismo e o interesse.....</u>	157
3.2	<b>O neoconstitucionalismo expressa a subjetividade neoliberal jurídica.....</b>	158
3.2.1	<u>Um sistema de controle judicial.....</u>	158
3.2.2	<u>Pós-positivismo.....</u>	161
3.2.3	<u>A nova ética neoliberal universal.....</u>	163

3.2.4	<u>A efetividade da constituição contra o direito legislado.....</u>	165
3.3	<b>O neoconstitucionalismo é funcional ao neoliberalismo.....</b>	167
3.3.1	<u>O direito empresarial concorrencial.....</u>	168
3.3.2	<u>Controle maior sobre o Estado.....</u>	171
3.3.3	<u>Menos democracia.....</u>	176
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	180
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	186

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objeto o neoconstitucionalismo e sua relação com o neoliberalismo, no Brasil. O neoconstitucionalismo será investigado e dissecado com o intuito de demonstrar que, no Brasil, ele é funcional ao neoliberalismo.<sup>1</sup> Nestes termos, a hipótese da pesquisa é a de que o neoconstitucionalismo é uma teoria jurídica constitutiva de uma nova racionalidade jurídica indispensável para a implementação e normalização do neoliberalismo no Brasil.<sup>2</sup> Trata-se, portanto, de uma espécie de racionalidade jurídica neoliberal.

Este tema foi escolhido a partir da constatação da crescente importância que a temática ganha no cenário jurídico brasileiro. Além das teorias e práticas consideradas elementos do neoconstitucionalismo, aplicadas comumente, a concepção em si enquanto teoria guarda-chuva é reconhecida como hegemônica e difundida. Hoje, o neoconstitucionalismo é considerado de forma ampla como vigente no Brasil, de modo a fundamentar questões práticas de todo jurista brasileiro em seu dia a dia laboral.

Pessoalmente, o neoconstitucionalismo está presente na formação deste autor desde o começo dos estudos jurídicos na graduação. Os principais pensadores e ideólogos do neoconstitucionalismo são professores da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde o autor se graduou. Dentre eles: Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcelos, Gustavo Binbenbujm e Gustavo Tepedino. Ao longo de todo o curso, há a difusão do neoconstitucionalismo e de suas novas ideias e técnicas, tanto no curso de direito constitucional como nos demais, em que as teses neoconstitucionais já foram incorporadas. Sem dúvida se trata de um centro de produção da racionalidade neoconstitucional.

Assim, o ensino jurídico, naquele espaço, pressupõe a correspondência entre o neoconstitucionalismo e o direito constitucional vigente e consensual, a partir da redemocratização e com mais intensidade a partir dos anos 2000. Grande parte da grade curricular da UERJ adota também os princípios e técnicas neoconstitucionais. Assim, não há como dissociar a formação acadêmica do autor do neoconstitucionalismo.

No que se refere à escolha do tema para a dissertação, esta se deu no momento de estudos para concurso público, especificamente para o cargo de Defensor Público. A maioria das apostilas, manuais e material de estudo para concurso discutem o tema e o cobram em provas. Há questões sobre a diferença entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo ou

---

<sup>1</sup> DE BRUYNE, Paul; HERMAN, Jacques; DE SCHOUTETHEETE. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais**. Francisco Alves Editora. 5. ed. 1991. p. 143.

<sup>2</sup> Ibid., p. 143.

sobre as características do neoconstitucionalismo de forma difusa.<sup>3</sup> De forma específica, o tema chegou a mim como maior impacto, nos estudos para fase oral do concurso da Defensoria Pública do Maranhão em que me questionaram qual a diferença entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo. A partir da falta de conhecimento da resposta e com estudos posteriores, houve a constatação que havia um debate consolidado, com nível elevado de consenso, sem mínimas rupturas críticas. Construiu-se, assim, uma necessidade por realizar um estudo crítico sobre o tema.

A perspectiva crítica segue a linha adotada na monografia da graduação, última pesquisa acadêmica produzida por este autor. Embora os temas não tenham relação aparente, uma vez que o objeto da dissertação foi sobre direitos dos animais, houve a tentativa naquele trabalho de desvelar a origem liberal da teoria hegemônica dos direitos dos animais no Brasil. Através da análise crítica do direito com base no marxista Evgeni Pachukanis, houve a revelação dos mecanismos subjacentes ao discurso de proteção dos animais.

Nesta pesquisa, embora o referencial teórico seja outro, a crítica está presente em relação ao real funcionamento das técnicas e práticas do neoconstitucionalismo a partir de um olhar referenciado no tempo, no espaço e na empiria que serão especificados em seguida.

Há uma difusão inesgotável de produção acadêmica sobre o tema, bem como a aplicação prática de suas teorias e técnicas. Como se verá adiante, o neoconstitucionalismo passa a fundamentar decisões judiciais, influenciar mudanças legislativas, altera o vocabulário jurídico e político, transformando de fato a subjetividade jurídica no Brasil. O neoconstitucionalismo pode ser considerado hegemônico. Desde manuais para concurso público até acórdãos do Supremo Tribunal Federal, o neoconstitucionalismo tem destaque entre as teorias constitucionais.

Ao seu lado, o neoliberalismo, enquanto sistema normativo ressurgiu nos debates acadêmicos, com mais intensidade após o fim do ciclo de governos petistas, no Brasil. Há uma nova gama de intelectuais nacionais e estrangeiros utilizando o neoliberalismo como objeto de estudo ou se referenciando nele para estudar temas correlatos. Em que pese haver divergências sobre a sua conceituação, enquanto sistema de acumulação simplesmente, ou

---

<sup>3</sup> A título de exemplo, no concurso público para o cargo de Defensor Público da Bahia, no ano de 2021, organizado pela Fundação Carlos Chagas, foi questionado: Por neoconstitucionalismo entende-se: A) As normas constitucionais que se originam das expectativas sociais quanto ao regramento estatal das liberdades. B) A liberdade de interpretação do texto constitucional, com o objetivo de lhe dar eficácia, afastando-se de sua característica retórica em busca de seu caráter axiológico. C) A ênfase ao caráter hierárquico da norma, seu aspecto eminentemente superior em grau de importância formal. D) A efetivação de um estado democrático de direito por meio da aplicação de normas formalmente constituídas por processo legislativo diferenciado. E) O fortalecimento do caráter normativo retórico e histórico dos textos constitucionais, visando sua supremacia no ordenamento jurídico.

sistema normativo social, há certo consenso sobre a sociedade contemporânea ser neoliberal. A partir daí, o estudo trará contribuições relevantes e indispensáveis para realizar uma abordagem crítica sobre o neoconstitucionalismo que é visto como hegemônico no ambiente jurídico numa sociedade neoliberal.

No debate entre neoconstitucionalismo e neoliberalismo, estar-se-á trabalhando um debate clássico entre direito e sociedade. Esta relação é uma relação que não traduz, genericamente falando, uma novidade. Não há nenhum ineditismo em relacionar economia e direito. Ou a influência da economia no direito de forma ampla. Embora, não seja uma novidade propriamente dita, as mudanças nessa relação ocorrem continuamente, o que gera necessariamente elementos para novos debates a partir de novas questões e problemas.

Esta relação exige aprofundamento para manter uma análise crítica sobre a realidade social e jurídica de forma permanente, a fim de que a análise crítica social não fique desatualizada e presa no tempo. A sociedade transforma-se ao mesmo tempo que o direito. Há uma relação dialética em que o direito se transforma, a sociedade também, e ao seu tempo, o direito é transformado pela sociedade.

A abordagem da pesquisa, embora tenha como proposta explorar essa relação, será diferente em seu método. Não se nega que o direito moderno seja produto do capitalismo e de que estamos inseridos neste sistema econômico. Entretanto conforme a dinâmica própria do capital em diversas partes do planeta, há, tanto geograficamente, como temporalmente, diferenças significativas em relação à forma jurídica, mesmo que ela se mantenha com características comuns.

O objeto desta pesquisa não será a análise da estrutura do capitalismo e do direito, nem, a título de exemplo, a função dos direitos subjetivos individuais para a circulação de bens como já foi realizado pela teoria crítica do direito com referência em Pachukanis<sup>4</sup>. Neste trabalho, de outro forma, haverá uma investigação sobre a racionalidade ou subjetividade operadora do direito em nosso tempo e o modo pelo qual o direito foi modificado a fim de cumprir com mais otimização esse novo papel que lhe é imposto. Nesta parte da pesquisa haverá uma investigação minuciosa sobre o sistema jurídico nos tempos de neoliberalismo de forma a extrair um retrato dessa nova aparência do direito, para em seguida compará-lo com a subjetividade ou a razão neoliberal.

A tentativa da pesquisa será a incessante busca por especificar os objetos realizando um deslocamento da generalidade. Em que pese a dificuldade material pela pesquisa ter sido

---

<sup>4</sup> PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmico, 1988.

produzida durante a Pandemia de COVID-19, buscar-se-á a referência no mundo empírico para problematizar a abstração e idealização dos conceitos, teorias e práticas consideradas neoconstitucionais. A pesquisa será relativamente bem-sucedida se a generalidade for especificada de forma que a tese seja comprovada, num processo verdadeiramente dialético e empírico.

A reflexão da dissertação gira em torno da constatação de que o econômico liberal no Brasil depende de um enquadramento jurídico e esse próprio enquadramento jurídico é resultante desse econômico que, como o jurídico, está numa relação de intimidade, de reciprocidade da qual chamamos de dialético. De forma mais específica, lidar-se-á com a sociedade do ponto de vista econômico. De forma ainda mais específica, estar-se-á trabalhando não com um direito qualquer, mas com o direito constitucional brasileiro. E também não se trata de a economia brasileira de forma genérica que será objeto de pesquisa, mas a economia brasileira historicamente situada, num momento que vem sendo definida conceitualmente como neoliberal. Quando se afirma neoconstitucionalismo e neoliberalismo, afirma-se, portanto, campos de reflexão e campos de ideias referentemente a campos históricos e sociais bem determinados na sociedade brasileira.

Esta visão do mundo traduz uma razão ou racionalidade e é marcada pela reciprocidade, uma vez que é dialeticamente mudada pela realidade, formando uma relação complexa, onde o produto também é processo.

Para tal, como referencial teórico, deve-se recorrer ao filósofo que inaugurou uma nova forma de interpretar o neoliberalismo: Michel Foucault. O filósofo francês será a condição de diálogo entre os capítulos. Do primeiro ao segundo, dos dois em relação ao terceiro. A relação entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo será garantida pela teoria da governamentalidade de Foucault e pelo método genealógico.

Foucault é imprescindível porque alterou o debate sobre o poder. Em vez de discutir o poder enquanto objeto, como se o poder pudesse ser possuído ou manejado, Foucault, através do novo conceito de governamentalidade, limitou-se a problematizar como o poder funciona. Problematizou as relações que o conformam, os domínios que o envolvem, os efeitos de legitimidade a ele relacionados.<sup>5</sup> Supera-se, assim, a noção jurídica clássica de poder como uma coisa, substância ou essência, um objeto dado, natural a ser representado de modo

---

<sup>5</sup> CANDIOTTO, Cesar. **A governamentalidade em Foucault**: da analítica do poder à ética da subjetivação. p. 92. Disponível em: [http://oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf\\_articles/OQNFP\\_31\\_6\\_cesar\\_candiotto.pdf](http://oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf_articles/OQNFP_31_6_cesar_candiotto.pdf). Acesso em: 06 jan. 2022.

unitário, numa analogia entre poder e bens, poder e riqueza.<sup>6</sup> Como se alguns tivessem e outros não. Foucault propõe um outro olhar. Ele reconhece poderes circulares, em redes de micropoderes locais no interior do corpo social, dificilmente localizáveis e difusos.<sup>7</sup>

Foucault explica:

Não tomar o poder [na verdade, as relações de poder] como um fenômeno de dominação massivo e homogêneo – dominação de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras –; ter bem em mente que o poder, exceto ao considerá-lo de muito alto e de muito longe, não é algo que se partilhe entre aqueles que o têm e que o detêm exclusivamente, e aqueles que não o têm e que são submetidos a ele. Creio que o poder tem que ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está entre as mãos de alguns, jamais é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. O poder se exercer em rede, e nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de serem submetidos a esse poder e também de exercê-lo. Jamais eles são o alvo inerte ou consentidor do poder, são sempre seus intermediários. Dito de outra maneira, o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a ele.<sup>8</sup>

Foucault inaugura o conceito de governamentalidade, reconhecendo que:

[...] governo se refere a modalidades de poder mais ou menos sistematizadas, reguladas e refletidas, como uma tecnologia, que vão além do exercício espontâneo do poder sobre os outros, e que seguem uma forma específica de raciocínio (uma racionalidade) que define o *telos* da ação e os meios adequados para alcançá-la.<sup>9</sup>

Assim, a governamentalidade é reconhecida como o conceito operatório mais genuíno e profícuo da analítica do poder foucaultiano. A governamentalidade proporcionaria uma visão sobre o poder para além de uma perspectiva centrada no consenso ou na violência; estabelece o vínculo entre técnicas de si com as tecnologias de dominação, a constituição do sujeito para a formação do Estado; finalmente, ela ajuda a diferenciar entre poder e dominação.<sup>10</sup>

O poder, assim, desdobra-se. Desdobra-se no governo dos outros (governo político, doméstico, religioso, educacional), e no governo de si mesmo (autodomínio, autocontrole).

---

<sup>6</sup> CANDIOTTO, p. 95.

<sup>7</sup> Ibid., p. 96.

<sup>8</sup> FOUCAULT, M. **Il faut défendre la société**. Cours au Collège de France. 1975-1976. Édition établie par François Ewald et Alessandro Fontana, para Mauro Bertani e Alessandro Fontana. Paris: Gallimard/Seuil, 1997. p. 26.

<sup>9</sup> LEMKE, T. Marx sin comillas. Foucault, la Gubernamentalidad y la crítica del neoliberalismo. In: LEMKE, T. et al. **Marx y Foucault**. Buenos Aires, Nueva Visión, 2006. p. 5-20. (Col. Claves). p. 5.

<sup>10</sup> Ibid., p. 57.



Há diversas tecnologias de dominação, exteriores e interiores. As interiores, como técnicas de si, produzem uma nova ética do sujeito, definido pela relação de si para consigo.<sup>11</sup>

Reconhece-se o nascimento de um novo sujeito, o sujeito ético. A ética torna-se condição da política tanto para quem governa quanto para quem resiste a ser governado.<sup>12</sup> Trabalha-se no campo das liberdades e dos desejos. As relações de poder passam a ser “jogos estratégicos entre liberdades”. Assim, as políticas, de modo geral, e as biopolíticas, de maneira específica, tentam, recorrentemente, coordenar e finalizar as potências da liberdade de tal maneira que as resistências sejam quase inoperantes ou desvantajosas.<sup>13</sup>

Para Foucault, o debate sobre o poder é deslocado do Estado para outras esferas da vida social. Existiriam outras instituições em que o poder atuaria, além àquelas tradicionais do Estado. Assim, a família, a escola e a fábrica passam a ser reconhecidas como centros de poder nos quais o poder é exercido, sem excluir ou diminuir a importância do Estado. O poder assim não emanaria somente do Estado, mas seria difuso com outras formas de existir e de se manifestar.

Nesta linha, leva-se em consideração o crescimento do poder do Estado através da arte de governar. O ponto de vista tradicional sofre uma quebra de paradigma pois o poder do Estado e das instituições podem ser considerados por outras formas. Como exemplo, do ponto de vista do Estado, a prisão traduz o modo pelo qual os meios legais são usados e exercidos. Além de a prisão traduzir o exercício do direito, a prisão é uma forma de controle e dominação de natureza burguesa bastante específico de modo a fragilizar as formas e os meios de cooperação do proletariado. A crítica do pensamento de Foucault revela que o poder do Estado e instituições podem ser considerados por outras formas. Há manifestações diversas.

Assim, o Estado deixa de ser o poder central. Não é somente a polícia ou o exército que impõe ordem e disciplina, mas também diversas instâncias, inclusive privadas, o que não necessariamente é menos eficiente. Sendo assim, teoria clássica do poder estatal perde sua centralidade. Essa perspectiva do pensamento foucaultiano assentada no estruturalismo, permite considerar os indivíduos com foco no que lhes é extraído. Além de bens e riquezas, em Foucault, há uma indicação, uma orientação normativa, de forma a perceber uma vigilância contínua dessas pessoas. O Poder é analisado sobre outra perspectiva. O debate

---

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. *L'herméneutique du sujet*. Cours au Collège de France, 1981-1982. Édition établie par François Ewald et Alessandro Fonta, para Frédéric Gros. Paris: Gallimard/Seuil, 2001. (Coll. Haute études). p. 241-242.

<sup>12</sup> CANDIOTTO, p. 105.

<sup>13</sup> Ibid., p. 106.

deixa de ser centrado na mais valia e passa a abordar outros aspectos da sociedade como o poder de vigilância e controle, assim como a questão de justiça social ou o direito da soberania do estado. Analisa-se a afirmação do poder segundo outra visão que permite considerar o poder do ponto de vista microfísico quanto outras a instituições diferentes à do Estado.

Desse modo, o trabalho utilizará Foucault para compreender como as estruturas de poder são utilizadas no sistema de justiça, inclusive em oposição ao próprio Estado. De que modo, o direito, e suas variantes formas e práticas, alteram a forma que o poder é exercido e distribuído na sociedade brasileira.

Desse modo, o interesse da pesquisa no neoconstitucionalismo é justamente avaliar de que modo há uma transformação na estrutura do poder, especificamente no ambiente jurídico e mais especificamente no direito constitucional no que se refere a teoria que é considerada fundamental ao direito constitucional. Como a inovação, as novas ideias e práticas, alteram a distribuição de poder no sistema jurídico brasileiro a partir dos anos 1990. E por qual motivo e com que finalidade. Tentar-se-á avaliar quem serão os prejudicados e os beneficiados dessa nova estrutura.

A abordagem buscará ser dialética. Buscar-se-á, ao máximo, uma abordagem genérica, a fim de ampliar o debate, mas, mantendo, intimidade com as questões específicas. Assim, buscar-se-á sempre estabelecer reciprocidade entre o genérico e específico, numa relação íntima e orgânica e não de forma dicotômica. A especificidade é fundamental para dar concretude a elementos abstratos que podem ou não condizer com a realidade. Buscar-se-á assim dar atenção à prática jurídica e, na medida do possível, especificar as práticas exemplificativas da teoria crítica aqui defendida, de modo que a crítica também não reproduza a abstração da teoria neoconstitucional.

Assim, serão analisadas decisões judiciais que representam a aplicação concreta das teorias neoconstitucionais, assim como será realizada uma abordagem de outros estudos que reconhecem efeitos concretos da aplicação da teoria neoconstitucional como ativismo judicial e judicialização da justiça. A pesquisa, todavia, não terá um objeto específico como elemento empírico, uma vez que optou-se em dar ênfase à estrutura funcional do neoconstitucionalismo. Buscar-se-á uma pesquisa dialética entre a generalidade e especificidade, reconhecendo-se de antemão os limites impostos pela falta de pesquisa empírica profunda e vasta. A empiria, assim, será difusa e, na maior parte, extraída de outros estudos sobre o tema. As limitações materiais de produzir a pesquisa durante os períodos de

isolamento social na pandemia também devem ser levadas em consideração, uma vez que deslocamentos físicos, acessos a bibliotecas e órgãos públicos estão limitados.

O método utilizado por Foucault e, que aqui será aplicado, é o genealógico<sup>14</sup>, através do qual se busca lidar com as diferentes práticas. As teorias, enquanto saberes, são fundamentais, mas somente e, na medida, em que se constituem na relação com práticas políticas e econômicas. Eis a preocupação no método genealógico: não ficar preso ao mundo das ideias, de forma deslocada da realidade. Deve haver uma interação entre a teoria e prática a fim de extrair elementos satisfatórios da pesquisa.

A pesquisa não se propõe a fazer uma sociologia do conhecimento, nem a análise histórica das ideias tanto no que se refere ao neoconstitucionalismo quanto ao neoliberalismo. A abordagem histórica realizada terá como único objetivo a contextualização política, econômica e social do pensamento de modo que venha à luz a fundamentação material e concreta das ideias e teorias apresentadas. Isto, todavia, não implica a reconstrução detalhada de todos embates teóricos e pessoais realizados com o fim de reconstruir cronologicamente o pensamento neoliberal e o pensamento neoconstitucional.

A proposta desta pesquisa, portanto, será a de investigar, através do método genealógico e dialético, a subjetividade gerada pelo neoconstitucionalismo em relação ao do neoliberalismo, de modo que a relação entre direito e economia seja novamente debatida mas, agora, através de um olhar específico sobre o neoconstitucionalismo, que delimita o objeto do direito.

Esses dois grandes mundos, fenomenicamente, estão numa relação complexa, que definem relações de conflito, contradições e de paradoxos. Desse modo, deve-se estar atento para que esses mundos conceitualmente definidos apresentados não sejam apresentados como conceitualmente definidos como homogêneos, abstratos, como um espelho que não reflita a imagem real do mundo das suas complexidades.

Deve-se estar atento à realidade, através da empiria. O fundamento que articula conceitos pressupõe empiria, porque o empírico fenomênico histórico e social é o que vai mostrar como o neoconstitucionalismo se constitui e o como neoliberalismo se desenvolve. E no desenvolvimento dos dois, a concepção de cada uma não pode romper com a complexidade que existe no mundo. Vai-se enfrentar o problema do empírico através do enfrentamento dos dois mundos no capítulo 3.

---

<sup>14</sup> MORAES, Marcos Vinicius Malheiros. Genealogia – Michel Foucault. In: **Enciclopédia de Antropologia**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2018. Disponível em: <http://ea.fflch.usp.br/conceito/genealogia-michel-foucault>.

A constituição de cada capítulo revelará preocupação de definir o conceito. Mas em relação com o concreto, histórico e social de forma específica. É o que vai revelar de fato conflitos, contradições e diferenças. É por isso que o neoliberalismo concebido no Brasil dentro de um contexto de governos declaradamente neoliberais como o de Fernando Henrique Cardoso ou Fernando Collor revela as suas especificidades. Mas também podemos ver aquilo o que é atribuído a um governo neoliberal como propostas e políticas públicas em parte de um governo que se propõe a ser alternativa ao neoliberalismo como os governos do Partido dos Trabalhadores (Lula da Silva e Dilma Rousseff). A dialeticidade impõe avaliar o que existe de social num governo que tem a etiqueta de neoliberal, e vice-versa. Porque, no mundo da política, vamos reconhecer que haverá social no liberal e liberal no social. O social e o liberal relacionam-se e têm elementos em comum. Posturas adotadas por um mundo são utilizadas por outro. Como o conceito é necessário traduzir a sua historicidade, escorado em sua sociabilidade, escorando o conceito com práticas de modo a avaliar quais são as práticas reais que permitem pensar os conceitos. Tentar-se-á não adotar um discurso apologético, como um discurso genérico, abstraído da realidade.

Para esclarecer a relação entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo, a pesquisa será dividida em três partes. De início, o neoconstitucionalismo será dissecado. Seus elementos constitutivos serão detalhadamente estudados, dentre eles: o pós-positivismo, a supremacia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais, a constitucionalização do Direito, a preponderância do Poder Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional, a interpretação informal, a força normativa dos princípios, a moralização do direito. Nessa linha, ainda haverá espaço para a apresentação da relação entre neoconstitucionalismo e o constitucionalismo, e porque de ser reconhecido como um novo constitucionalismo. Abordar-se-á a construção e disputa pelo conceito e a relação com o novo constitucionalismo latino-americano. Também será apresentado um breve quadro histórico e a sua situação prática, que engloba as difundidas arbitrariedades judiciais, o ativismo judicial e a judicialização da política. E para concluir a primeira parte, haverá o momento crucial de debater a subjetividade neoconstitucional.

Na segunda parte da pesquisa, será a vez do estudo sobre o neoliberalismo. Na delimitação do conceito, abordar-se-á o fenômeno neoliberal como sistema normativo, discutindo sua origem e a superação da teoria da acumulação. Será ainda estabelecida a relação deste sistema com o liberalismo, a respectiva crise e o nascimento daquele. O colóquio de Walter Lippmann ganha certa importância, bem como as diferentes modalidades do sistema, incluindo o ordoliberalismo. Como situação prática abordar-se-á a transformação dos governos em governos empresariais e as correlatas reformas do Estado e do Judiciário. Do

mesmo modo que o objeto anterior, haverá espaço para uma breve abordagem histórica do tema e do que é considerada a subjetividade neoliberal.

Antes do fim, na terceira parte, será o momento de estabelecer a relação entre estes dois primeiros objetos. Em primeiro lugar, haverá uma abordagem detalhada da subjetividade neoliberal jurídica com a apresentação das teorias de Hayek e a defesa do Estado e Direito mínimo, a tese de que o direito deve ser visto apenas como um instrumento do mercado concorrencial, a relação entre o neoliberalismo e o conceito de interesse, e a transformação da justiça numa justiça empresarial. Depois, reconhecer-se-á que o neoconstitucionalismo expressa a subjetividade neoliberal jurídica, através do estabelecimento de um sistema de controle judicializado, com o pós-positivismo, uma nova ética neoliberal universal e do reconhecimento da efetividade da constituição contra o direito legislado. Para finalizar a terceira parte, haverá a exposição da relação de funcionalidade entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo. Para tal, a discussão sobre o direito empresarial concorrencial, o controle maior sobre o Estado e a nova realidade menos democrática serão tratados como explicação e fenômenos desta relação.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo não poderá mais ser encarado a partir de teorias abstratas como produto de boa vontade de seus idealizadores sem estabelecer a relação necessária com o sistema econômico e social, com a realidade social. Se a pesquisa for bem-sucedida e a relação ficar patente, haverá material qualificado para uma abordagem crítica do neoconstitucionalismo e de seus instrumentos, dentro dos limites impostos pelo material empírico trabalhado. Deve-se reconhecer de início que a pesquisa não é definitiva sobre essa relação. Ela pode ser considerada definitiva com base no pequeno objeto empírico que será trabalhado, de modo que qualquer conclusão não pode ser considerada absoluta, mas sim relativa ao objeto pesquisado. O trabalho, ainda que limitado, poderá servir de crítica de outros fenômenos jurídicos do neoliberalismo mesmo que não reconhecidos como englobados no neoconstitucionalismo. Por enquanto, no entanto, ainda devemos detalhar melhor os elementos a serem trabalhados.

O neoconstitucionalismo é o objeto desta pesquisa por se apresentar como um conjunto de ideias cuja proposta é transformar o direito brasileiro radicalmente. João Bezerra Filho conceitua o neoconstitucionalismo como “uma nova forma de pensar a ciência jurídica”.<sup>15</sup> Em artigo de referência no tema: “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização

---

<sup>15</sup> BEZERRA FILHO, João. **O processo de constitucionalização do Direito Brasileiro:** repercussões do neoconstitucionalismo no âmbito jurídico. Direito e garantias fundamentais II, organização

do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”<sup>16</sup>, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso afirma que o neoconstitucionalismo é: “uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.”<sup>17</sup>

Com a amplitude e potência deste conceito e de das diversas propostas de seus pensadores, o neoconstitucionalismo passou nos últimos anos a influenciar decisivamente a produção acadêmica brasileira. No banco de dados do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), foram relacionados desde de 2015 trinta e três artigos sobre o tema, além de inúmeros que utilizam elementos expressos de sua proposta, como a constitucionalização do direito, abordagem principiológica ou o pós-positivismo. No sistema de busca da rede de biblioteca da UERJ, com a palavra-chave “neoconstitucionalismo” foram encontrados 5.333 resultados de possíveis produções acadêmicas.<sup>18</sup>

Entretanto, como já afirmado, “não se pode falar em neoconstitucionalismo sem ter em mente que ele é plural, que, na realidade são neoconstitucionalismos.”<sup>19</sup> Daniel Sarmento sustenta que a expressão denomina uma corrente jurídica que, desde de 2003, ano de publicação do livro Neoconstitucionalismo(s)<sup>20</sup>, tem se revelado significativamente recorrente nas produções acadêmicas brasileiras, possuindo adeptos declarados autores nacionais como Lênio Luiz Streck, no início dos seus escritos, Antônio Cavalcanti Maia, Ana Paula Barcellos, Écio Otto Ramos Duarte e Luís Roberto Barroso.<sup>21</sup> Santos afirma que o prefixo neo, atrelado ao termo constitucionalismo, é empregado há pouco tempo no léxico jurídico. Sua utilização, em termos históricos, é recentíssima, tendo sido utilizado, de início, pela doutrina jusfilosófica italiana: Susanna Pozzolo em 1997. O autor ainda reconhece que este novo constitucionalismo assumiu diversas formas e alçou voos que transcenderam fronteiras geográficas, linguísticas e conceituais. Daí que Pietro Sanchís afirma que não há uma posição única de pensamento, mas diversas.<sup>22</sup>

---

CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Batira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2005. p. 3. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 19 nov. 2020.

<sup>17</sup> Ibid., p. 3.

<sup>18</sup> Rede Sirius – Bibliotecas da UERJ. Disponível em: <https://www.rsirius.uerj.br>. Acesso em: 19 dez. 2020.

<sup>19</sup> SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. p. 19.

<sup>20</sup> Trata-se da coletânea de artigos publicado por Miguel Carbonell: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>22</sup> Ibid., p. 18.

Nestes termos, se faz necessário delimitar o neoconstitucionalismo que será investigado nesta pesquisa uma vez que, em seu amplo conceito, qualquer proposta de um novo direito constitucional ou de uma nova hermenêutica constitucional poderia ser incluída nesse conceito. O neoconstitucionalismo aqui trabalhado será aquele estruturado didaticamente e defendido, em especial, por Luís Roberto Barroso e, de forma não expressa, por Daniel Sarmento.<sup>23</sup>

Segundo Barroso, no mesmo artigo citado, o neoconstitucionalismo possui três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, seria o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização. O marco filosófico do novo direito constitucional seria o pós-positivismo com a superação da dicotomia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, a partir da reintrodução de valores morais no direito, e a preponderância de princípios sobre normas positivadas (regras). Por fim, o terceiro marco seria o plano teórico, com três grandes transformações que teriam subvertido o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: *i*) o reconhecimento de força normativa à Constituição; *ii*) a expansão da jurisdição constitucional; e; *iii*) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>24</sup>

Santos reconhece na proposta neoconstitucional de Barroso uma ideologia. Para ele o neoconstitucionalismo passou a ser uma convicção filosófica e política sobre como deve ser o direito.<sup>25</sup> As proposições da ideologia, em suas palavras, se resumiriam em alguns pontos:

(I) existência de uma “conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo; (II) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios e a distinção destes para com as regras; (III) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios; (IV) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (V) no ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição.<sup>26</sup>

Desse modo, a pesquisa terá como objeto este neoconstitucionalismo que propõe uma transformação do direito constitucional brasileiro e, de forma mais ampla, a transformação do direito brasileiro. Uma das suas principais propostas é a expansão da jurisdição constitucional

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>24</sup> BARROSO, p. 6.

<sup>25</sup> SANTOS, 2017, p. 23.

<sup>26</sup> Ibid. p. 24.

e a releitura dos outros ramos do direito pelos valores e princípios constitucionais, o que se passou a chamar de constitucionalização do direito. Hironaka, por exemplo, afirma que;

[...] as relações negociais sofreram uma verdadeira reestruturação jurídica, assim como o direito privado em geral, diante das profundas transformações sociais ocorridas no século XX, com o contrato de massas verificou-se que o sistema jurídico teria que se amoldar a incorporação de novos valores, princípios e consciência moral ao ordenamento jurídico, tudo consequência da força normativa da Constituição, que traz a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como vetor interpretativo e axiológico do ordenamento jurídico como um todo.<sup>27</sup>

A partir desta passagem, fica mais claro como o neoconstitucionalismo teve capacidade de influenciar outros ramos do direito, tradicionais, até como o direito processual civil. Há quem afirme ter surgido com as transformações um novo direito processual: o neoprocessualismo, visto que;

[...] o neoconstitucionalismo irradiou suas características, permitindo falar-se em uma nova fase do direito processual civil: o neoprocessualismo, o qual vem para construir um conceito mais amplo de processo, divorciado da prisão da jurisdição, que respalda a necessidade de expansão da criatividade judicial e a utilização de institutos processuais que proporcionem segurança e celeridade do processo.<sup>28</sup>

De qualquer modo, na delimitação do objeto da pesquisa, ainda deverá ficar claro que não trataremos de outro fenômeno recente da teoria constitucional que veio a ser denominado de novo constitucionalismo, um novo movimento constitucional em alguns países da América do Sul, a partir de processos políticos que culminaram em reformas constitucionais, impulsionados por cenários de intensos conflitos socioeconômicos e políticos. O produto dessas lutas sociais foi uma nova concepção teórico-política e um novo paradigma constitucional na América Latina, principalmente no Equador (2008) e na Bolívia (2009) com a concretude textual das noções de pluralismo jurídico indígena e de Estado plurinacional.<sup>29</sup>

A opção em não trabalhar o denominado novo constitucionalismo latino-americano se dá por este ser incipiente no cenário brasileiro sem alcançar capacidade de influência relevante, como o neoconstitucionalismo aqui retratado. A proposta desta pesquisa é

<sup>27</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Obrigações: caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 65, 1º maio 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4094>. Acesso em: 5 maio 2014.

<sup>28</sup> HERZ, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição – Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. 2012. (Dissertação) Mestrado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis/SC, 2012.

<sup>29</sup> DE OLIVEIRA, Maria Angélica Albuquerque Moura. **Delimitações sobre o Novo Movimento Constitucional na América Latina: Diferenças e Aproximações em Relação ao Neoconstitucionalismo; Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] CONPEDI; UFMG; FUMEC; Dom Helder Câmara (org.). MEYER, Emilio Peluso Neder; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; REPOLES, Maria Fernanda Salcedo (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.**



justamente realizar uma análise crítica de um conjunto de ideias que alteraram o direito brasileiro nos últimos anos e que ainda possui potência para expansão. Estamos a tratar não somente de uma proposta, mas da implementação contemporânea dessa proposta.

A segunda parte desta pesquisa debruçar-se-á sobre o neoliberalismo. Há o reconhecimento de que o sistema econômico tem influência decisiva no sistema jurídico, assim como em outros sistemas sociais. Somente com o detalhamento das transformações sociais e econômicas pelas quais o Estado e a sociedade brasileira passaram e passam, ter-se-á a capacidade de interpretar o Direito do início dos anos 2000, em especial, o fenômeno do neoconstitucionalismo.

O neoliberalismo além de ser uma ideologia ou uma forma de pensar, é uma necessidade sistêmica. Sendo assim, faz-se necessário reconhecer que o advento de teorias, teses e a respectiva divulgação e implementação política foram necessários para dar respostas à realidade econômica imposta.

Há, todavia, diferentes formas de se pensar o neoliberalismo. Por exemplo, para Saad Filho e Moraes, o neoliberalismo seria o sistema de acumulação dominante ou o estágio atual do capitalismo contemporâneo. Este sistema de acumulação, segundo eles, teria quatro características principais:

[...] a financeirização da produção, da ideologia e do Estado; a integração internacional da produção (“globalização”); um papel proeminente do capital externo na integração global da produção e na estabilidade do balanço de pagamentos; e uma combinação de políticas macroeconômicas baseada em políticas fiscais e monetárias contracionistas e em metas de inflação, na qual a manipulação das taxas de juros se torna a principal ferramenta de política econômica.<sup>30</sup>

Reconhecer o neoliberalismo como estágio atual do capitalismo não exclui uma interpretação mais complexa como a de Laval e Dardot. Tais autores se ancoram em Foucault para reconhecer o neoliberalismo como um sistema normativo, composto de práticas políticas e econômicas. Além uma ideologia, também um conjunto claramente definido de políticas tais como privatização, liberalização financeira e das importações ou ataque coordenado ao Estado de bem-estar social.<sup>31</sup> Embora seja inspirada no liberalismo clássico, o neoliberalismo tenderia a responder a outras questões em outra realidade espacial e temporal.

---

<sup>30</sup> DE OLIVEIRA, 2015, p. 97.

<sup>31</sup> SAAD FILHO, Alfredo, MORAIS, Lecio. **Brasil: neoliberalismo versus democracia**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 24.

Os referidos autores reconhecem no neoliberalismo uma normatividade prática.<sup>32</sup> Para eles vigeria um sistema normativo dotado de certa eficiência, isto é, capaz de orientar internamente a prática efetiva de governos, das empresas e, para além deles, de milhões de pessoas que não têm necessariamente consciência disso.<sup>33</sup> O neoliberalismo não promoveria somente uma destruição programada de regulamentações, instituições, de regras e de direitos, mas também produziria certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver e certas subjetividades, que são fundamentais para definir a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos.<sup>34</sup>

Haveria uma transformação do sujeito produtivo, disciplinado, produto da revolução industrial e da mercantilização social, emancipado de das relações tradicionais, de raízes, apegos familiares e fidelidades pessoais<sup>35</sup>, para um novo tipo de sujeito, o sujeito empresarial. Este novo sujeito se reconhece como uma empresa em uma sociedade de concorrência e incertezas. Como tal deve ser “guiado”, “estimulado”, “formado”, “empoderado” para cumprir seus “objetivos”, como uma entidade em competição e que, por isso, deve maximizar seus resultados, expondo-se a riscos e assumindo inteiras responsabilidades por eventuais fracassos.<sup>36</sup> A empresa definiria uma nova ética<sup>37</sup> de gestão, de autonomia, de autogestão, de risco, de competição e, enfim, de uma nova forma de liberdade, a forma neoliberal.

Com a contribuição desses autores, há um salto qualitativo e quantitativo da capacidade de análise dos fenômenos sociais relacionados ao neoliberalismo, o que será fundamental nesta pesquisa. Desse modo, embora o futuro trabalho passe por uma breve análise histórica e teórica do neoliberalismo focará mais na nesta racionalidade e de suas práticas normativas. O neoliberalismo será reconhecido como um sistema normativo, cuja racionalidade tende a estruturar e organizar os mais diversos sistemas sociais, inclusive o jurídico.

Antoine Garapon, jurista francês, reconhece uma racionalidade neoliberal similar a que será aqui estudada. Segundo ele há um novo desenho das regras do direito. Na era neoliberal, o direito transforma-se na regra do jogo econômico somente. O sujeito empresarial entende de fato que a intervenção jurídica do Estado se limita a lhe fornecer uma regra de jogo que lhe permite se portar como um sujeito racional, ou seja, de maximizar suas funções

---

<sup>32</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 24.

<sup>33</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 24.

<sup>34</sup> Ibid., p. 24.

<sup>35</sup> Ibid., p. 323.

<sup>36</sup> Ibid., p. 328.

<sup>37</sup> Ibid., p. 332.

de utilidade.<sup>38</sup> A economia, assim, é um jogo, e a instituição jurídica que enquadra a economia deve ser pensada como regra do jogo econômico. O Estado se limita a ser a regra do jogo, onde os participantes são os empresários.<sup>39</sup>

A razão neoliberal procede a partir de uma inversão: a energia não nasce mais da instituição Estado (que não deixa de ser reconhecida como ineficiente economicamente) mas da empresa, que tem propriamente capacidade de fazer valer os interesses.<sup>40</sup> Nas palavras do autor:

[...] o neoliberalismo elimina todo horizonte externo, toda razão de excesso, toda visão coletiva (considerada ideológica), e desassocia os elementos do sistema de pensar antigo irremediavelmente fechados. Os meios são separados do fim, a eficácia supera a finalidade, a modernidade se dessolidariza da democracia, o direito considera-se sem justiça, o indivíduo é liberado de um território, e, enfim, a circulação de bens determina-se independentemente do status das pessoas.<sup>41</sup>

Nota-se que Garapon reconhece a transformação do direito francês pela subjetividade neoliberal a partir da ampliação da empresa para todos os sistemas sociais, inclusive o jurídico. O direito passa a ser e tem como modelo um direito eficiente, individualista, competitivo, efetivo e prático. Não se funda mais abstrata e teoricamente na democracia, na representação popular, na soberania, no império da lei ou na política.

O objeto desta pesquisa não será a análise da estrutura do capitalismo e do direito, nem, a título de exemplo, a função dos direitos subjetivos individuais para a circulação de bens, como já foi realizado pela teoria crítica do direito com referência em Pachukanis.<sup>42</sup> Neste trabalho, de outro forma, haverá uma investigação sobre a racionalidade ou subjetividade operadora do direito em nosso tempo e o modo pelo qual o direito foi modificado a fim de cumprir com mais otimização esse novo papel que lhe é imposto. Nesta parte da pesquisa haverá uma investigação minuciosa sobre o sistema jurídico nos tempos de neoliberalismo de forma a extrair um retrato dessa nova aparência do direito para em seguida compará-lo com a subjetividade ou a razão neoliberal.

A hipótese da pesquisa é a de que o neoconstitucionalismo é um conjunto de propostas de alteração do direito brasileiro para adaptá-lo e funcionalizá-lo ao neoliberalismo que se

<sup>38</sup> FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**. Paris: Dits et écrits. II., 1979. p. 226.

<sup>39</sup> GARAPON, Antoine. **La Raison du moindre État**. Le néolibéralisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010. p. 29.

<sup>40</sup> Ibid., p. 24.

<sup>41</sup> Ibid., p. 25.

<sup>42</sup> PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmico, 1988.

consolida no Brasil a partir dos anos 1990.<sup>43</sup> Trata-se, portanto, de uma espécie de racionalidade jurídica neoliberal que será abordada devidamente no terceiro capítulo.

Considerando que o neoliberalismo além de ser uma política econômica e uma ideologia, também é uma prática normativa construtiva de instituições, direitos, regras e formas de pensar e viver, o direito necessariamente foi e continua sendo alterado por essa nova fase do capitalismo. O direito deste momento histórico, no Brasil, mesmo não sendo monolítico e sendo objeto de transformações constantes passa a ter nas duas últimas décadas uma influência significativa de determinada forma de pensar o direito, a forma neoliberal.

Será, portanto, estabelecido, no final da pesquisa, um paralelo entre o sistema jurídico representado por esse novo direito que foi proposto e se consolida efetivamente, e o sistema econômico especificado pela era neoliberal que também se torna hegemônico no mundo e no Brasil a partir dos anos 1990. Do paralelismo e da amostra de relações poder-se-á reconhecer a similitude de ambos sistemas a fim de reconhecer que o neoconstitucionalismo no Brasil apesar de propor a efetivação de direitos fundamentais e a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, representa e promove uma racionalidade neoliberal e é funcional à implementação e consolidação do neoliberalismo.

Tendo como referência a crítica já realizada por outros pesquisadores e em relação a objetos específicos mas diferentes, poderemos concluir o trabalho e estabelecer a relação em relação ao nosso objeto, tendo objetivo de dissecar a subjetividade jurídica neoliberal. Os estudos de Friedrich Hayek serão a referência de base do pensamento neoliberal sobre o Direito. Haverá um debruçamento sobre o pensamento hayekiano com a intenção de extrair dele uma linha de racionalidade que é utilizada expressamente ou não de forma difundida.

Com a análise profunda sobre a subjetividade jurídica neoliberal ou a forma de pensar neoliberal sobre o direito, e com a extração de elementos constitutivo dessa forma de pensar, haverá a comparação com os elementos neoconstitucionais de forma a avaliar de que modo e porque o neoconstitucionalismo pode ser reconhecido como funcional ao neoliberalismo.

A proposta da pesquisa é justamente reconhecer a crítica feita a determinadas práticas e teorias e apresentar uma nova interpretação destes fatos. Vários efeitos de uma sociedade neoliberal no ambiente jurídico serão relacionados a fim de estabelecer uma dialeticidade explicativa satisfatória. A preponderância de juízes não eleitos, as respectivas decisões politicamente orientadas, o uso de precedentes e o uso discursivo dos direitos humanos poderão ser reconhecidos como resultados práticos de propostas teóricas do

---

<sup>43</sup> DE BRUYNE; HERMAN; DE SCHOUTETHEETE, 1991, p. 143.

neoconstitucionalismo que ao longo dos últimos anos foram de fato implementadas a partir de uma exigência econômica da fase neoliberal do capitalismo.

A ideia, portanto, surge a partir da constatação de que vários elementos do chamado neoconstitucionalismo podem ser reconhecidos como funcionais ao neoliberalismo. A pesquisa se propõe, portanto, a avaliar cada elemento fundante do primeiro a fim de avaliar e comparar com o segundo bloco de subjetividades e racionalidades. Espera-se que duas perguntas principais sejam respondidas: a primeira, porque podemos considerar o neoconstitucionalismo funcional ao neoliberalismo, e, em segundo lugar, de que modo a relação entre esses dois sistemas se estabelece.

Será, portanto, estabelecido, no final da pesquisa, um paralelo entre o sistema jurídico representado por esse novo direito, que foi proposto e se consolida efetivamente, e o sistema normativo especificado pela era neoliberal que também se torna hegemônico no mundo e no Brasil a partir dos anos 1990. Do paralelismo e da amostra de relações, poder-se-á reconhecer a similitude de ambos sistemas a fim de reconhecer que o neoconstitucionalismo no Brasil apesar de propor a efetivação de direitos fundamentais e a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, representa e promove uma racionalidade neoliberal e é funcional à implementação e consolidação do neoliberalismo. Com a conclusão, não se espera somente o estabelecimento de uma relação temporal e histórica entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo, mas a possibilidade de reconhecer nas propostas teóricas do primeiro instituto funcionalidades práticas para o segundo. Espera-se que tais relações se tornem mais claras e que esta tenha sido útil para se ter uma nova interpretação dos fatos sociais e jurídicos aqui abordados.

# 1 O NEOCONSTITUCIONALISMO OU O NOVO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

## 1.1 Delimitação Conceitual

### 1.1.1 A relação com o constitucionalismo

Esta pesquisa propõe-se a analisar criticamente o que é considerado neoconstitucionalismo no Brasil. O primeiro passo, indispensável para a compreensão do fenômeno, é a delimitação do objeto com a sua conceituação e apresentação das suas principais características. A primeira parte da pesquisa, portanto, será definida pela análise do que é entendido como neoconstitucionalismo no Brasil.

De início, é imprescindível avaliar a relação estabelecida entre o conceito do neoconstitucionalismo e o do constitucionalismo. O constitucionalismo apresentado como novo não o ignora ou rechaça mas é constituído como uma adaptação evolutiva de um conceito anterior estável, o constitucionalismo moderno.<sup>44</sup> O neoconstitucionalismo, inclusive considerando a sua própria denominação, constitui-se de elementos da tradição jurídica constitucional anterior, como novos elementos e sentidos.

Guilherme Peña vincula constitucionalismo à noção de dar importância à Constituição, na medida em que é por meio dela que aquele movimento pretenderia realizar o ideal de liberdade humana, com a criação de meio e instituições necessárias para limitar e controlar o poder, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época ou lugar. Seria, portanto, uma proposta teórica, ideológica e metodológica de limitações dos poderes do governo nas mãos dos governados, de modo a resguardá-los do arbítrio. Luís Roberto Barroso, de forma sucinta, também vê no constitucionalismo limitação de poder.<sup>45</sup> Assim, como Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira Souza Neto que determinam a limitação jurídica do poder político, em favor dos direitos dos governados, como característica determinante do constitucionalismo.<sup>46</sup> José Joaquim Gomes Canotilho define, por sua vez, o constitucionalismo como uma teoria que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização política social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representaria uma técnica específica de limitação do poder com fins garantistas.

---

<sup>44</sup> SANTOS, 2017, p. 21.

<sup>45</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. 2010. p. 17.

<sup>46</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 67.

O constitucionalismo teria, portanto, duas noções básicas que o identificariam:

- 1) A organização do Estado e a conseqüente limitação do poder estatal.
- 2) Proteção e promoção de direito e garantias fundamentais.<sup>47</sup>

Embora, estes autores se referenciem histórica e filosoficamente em experiências políticas ocidentais anteriores de constitucionalismo, como experiências na Antiguidade, há o reconhecimento de que a modernidade definiria o advento paradigmático de um modelo de limitação jurídica de poder do Estado em favor indivíduos. Tratar-se-ia de um processo histórico de superação do Estado Absolutista, no qual os monarcas não teriam seu poder limitado juridicamente de nenhum modo. A ascensão da burguesia seriam em classe hegemônica, o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas legadas pelo Iluminismo seriam as causas determinantes historicamente deste processo.<sup>48</sup>

Sarmento e Pereira Neto sintetizam o conjunto de valores e ideias sobre o constitucionalismo da seguinte forma:

[...] passou-se a valorizar o indivíduo, concebido com um ser racional, titular de direitos, cuja dignidade independia do lugar que ocupasse no corpo coletivo. Evoluiu-se para o reconhecimento de direitos universais, pertencentes a todos. A sociedade não mais era concebida como um organismo social, formado por órgãos que exerciam funções determinadas (clero, nobres, vassalos). Ela passa a ser concebida como um conjunto de indivíduos, como uma sociedade “atomizada”, formada por unidades iguais entre si. As atividades sociais (trabalho, por exemplo) passam a decorrer da vontade livremente declarada pelos indivíduos. O contrato se torna o instituto por excelência de formalização de vínculos sociais.<sup>49</sup>

O constitucionalismo é compreendido, portanto, como a estrutura jurídica do Estado moderno ocidental. Funda-se num conjunto de normas, legais ou constitucionais, capazes de garantir direitos individuais e a participação política no Estado. Ele pressupõe a separação dos poderes, o controle efetivo de legalidade e constitucionalidade pelo Poder Judiciário, normas rígidas produzidas pelo Poder Legislativo, e, de fato, a valorização dos direitos individuais de forma ampla. Nestes termos, seria um conjunto de mecanismos jurídicos, fruto das revoluções burguesas, contra o Estado autoritário do Antigo Regime, temporalmente situado no final do século XVIII até promulgação das constituições pós-bélicas no século XX.

---

<sup>47</sup> DE MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 71.

### 1.1.2 Por que um novo constitucionalismo?

A superação do constitucionalismo teria ocorrido com o fim da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, vigeria sua adaptação evolutiva que poderia ser chamada de novo constitucionalismo. Bruno Aguiar afirma ser o novo constitucionalismo uma tentativa de superar o fracasso da experiência totalitária europeia da metade do século XX, por dentro do sistema jurídico, visto que o constitucionalismo não teria cumprido as suas funções.<sup>50</sup>

O Direito não teria sido capaz de democratizar o Estado e impedir violações de direitos individuais, em especial, quando se analisa que, na Europa, duas guerras dizimaram grande parcela da população civil e Estados totalitários contrários ao sistema de direitos individuais se tornaram modelos. Luís Roberto Barroso, por exemplo, expõe que:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e, ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.<sup>51</sup>

Nestes termos, teria havido uma necessidade conjuntural para a revisão dos postulados do constitucionalismo na Europa. No Brasil, entretanto, o marco histórico seria posterior, após o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.

Barroso reconhece que:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.<sup>52</sup>

Haveria, portanto, de forma não paralela nem simultânea, dois marcos históricos com consequências sociais que teriam alterado a estrutura do Estado de modo a exigir uma nova

---

<sup>50</sup> SANTOS, 2017, p. 21.

<sup>51</sup> BARROSO, 2005, p. 3.

<sup>52</sup> Ibid., p. 4.



interpretação do constitucionalismo, na Europa e no Brasil. As características anteriores já não seriam mais condizentes com a realidade. O neoconstitucionalismo se constituiria, portanto, a partir da necessidade e construção de um novo constitucionalismo.

Pietro Sanchíz corrobora tal visão. Segundo ele, as distintas manifestações ou formas de entender o neoconstitucionalismo apresentam um substrato comum, que é justamente o modelo de Estado constitucional de Direito, principalmente na versão que se desenvolve na Europa a partir da Segunda Guerra Mundial e em alguns países ibero-americanos durante a última década do século passado.<sup>53</sup>

O marco histórico do novo direito constitucional seria, portanto, na Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. E o processo de redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988, no Brasil.<sup>54</sup>

Neste momento, não é determinante o reconhecimento sobre a justeza de tal pensamento ou interpretação dos fatos históricos, econômicos e jurídicos abordados. Importante é esclarecer como o neoconstitucionalismo se diferencia do constitucionalismo para ser afirmado como algo novo. Estabelecido os fatores sociais determinantes para a superação do constitucionalismo, passa-se a delimitação das características deste novo constitucionalismo.

Para além do marco histórico, Luís Roberto Barroso reconhece como marco filosófico do novo direito constitucional o pós-positivismo, com a superação da dicotomia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, a partir da reintrodução de valores morais no Direito, e a preponderância de princípios sobre normas positivadas (regras). O terceiro marco seria o que ele define como plano teórico, três grandes transformações que teriam subvertido o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>55</sup>

Santos, de modo similar, resume o neoconstitucionalismo em alguns pontos, na mesma linha do idealizado por Barroso, com:

(I) existência de uma “conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo; (II) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios e a distinção destes para com as regras; (III) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios; (IV) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (V) no

<sup>53</sup> SANCHÍZ, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo e Positivismo**. Espanha: 2016. p. 264. (Tradução livre).

<sup>54</sup> BARROSO, 2005, p. 6.

<sup>55</sup> Ibid., p. 6.

ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição.<sup>56</sup>

Já Sarmiento e Souza Neto reconhecem no neoconstitucionalismo mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. Há o reconhecimento de que este novo constitucionalismo estaria associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática, que poderiam ser assim sintetizados:

a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio: ponderação, tópica, teorias de argumentação etc. c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e f) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.<sup>57</sup>

Após essas três passagens, pode-se extrair de forma clara a similitude nas características principais do que é considerado no Brasil o neoconstitucionalismo. Em que pese haver diversos elementos mais ou menos semelhantes entre os diversos e diversas autoras, pode-se reconhecer de modo satisfatório uma sintonia propositiva do que é o neoconstitucionalismo enquanto conjunto de fenômenos no sistema jurídico.

### 1.1.3 Os elementos estruturantes do neoconstitucionalismo

Extrai-se dois grandes blocos de características do neoconstitucionalismo. Em primeiro lugar, há a constatação propositiva de um direito que supere o positivismo jurídico. O neoconstitucionalismo, nestes termos, é reconhecido como pós-positivista, já que defende a força normativa dos princípios jurídicos, além da moralização do direito, e de uma hermenêutica não formalista. Ao lado, há a defesa da preponderância do Poder Judiciário a partir da constitucionalização de todos os ramos do direito com a consequente expansão da jurisdição constitucional. Em seguida, serão apresentados cada um desses elementos para ter uma conceituação satisfatória do fenômeno.

---

<sup>56</sup> SANTOS, 2017, p. 22.

<sup>57</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012., p. 202.

### 1.1.3.1 O pós-positivismo

No tocante a relação entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo, Daniel Sarmento afirma que as teorias neoconstitucionalismos buscam construir novas grades teóricas em substituição àquelas do positivismo tradicional. Para ele, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedicaria à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitiriam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito.<sup>58</sup>

O pós-positivismo é visto como a transformação das estruturas básicas do constitucionalismo clássico. Nas palavras de Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto, seria caracterizada pela separação entre Direito e Moral:

A teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizara movimentos em direção à secularização, à positivação e sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Nessa perspectiva não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar sua compatibilidade com as normas morais. A justiça ou injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria tema afeto a Ciência do Direito.<sup>59</sup>

O pós-positivismo é reconhecido, portanto, como uma designação provisória e genérica de um ideário difuso de reaproximação entre Direito e Moral. Haveria uma “nova hermenêutica constitucional”, em relação a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana, com a utilização de valores, princípios e regras no mesmo patamar hierárquico. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos reconhecem como parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética a valorização dos princípios e sua incorporação pelos textos constitucionais. Marca fundamental do pós-positivismo seria também reconhecimento pela ordem jurídica de normatividade dos princípios.<sup>60 61</sup>

Barroso ainda afirma que:

<sup>58</sup> SARMENTO, 2009, p. 3

<sup>59</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 200.

<sup>60</sup> BARCELOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

<sup>61</sup> Note-se que neste artigo Barroso não faz menção expressa ao neoconstitucionalismo, entretanto reconhece-se que o pós-positivismo a qual faz menção no artigo anterior supracitado seja composto pelos elementos aqui exposto e dessa forma relacionáveis ao que ele compreende por neoconstitucionalismo.

[...] a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas [...] O pós-positivismo busca entrelaçar, sob uma nova roupagem, jusnaturalismo e juspositivismo, em que o comando normativo não mais prepondera dissociado de conteúdo moral externo.<sup>62</sup>

Parte-se da análise histórica de que o positivismo jurídico vigente no início do século XX foi incapaz de conter o autoritarismo, genocídio e as duas grandes guerras. Calixto e Carvalho afirmam que o cometimento de barbáries no período correspondente à Segunda Guerra Mundial decorreram da aplicação estrita da legalidade sem a observância dos aspectos morais do direito.<sup>63</sup> Sebastian Borges Albuquerque de Mello é da mesma opinião ao afirmar que se prevalecer o culto à lei, independente da ideologia política, com a universalização de seus ideais através da legislação, teria havido legitimidade, em nome da soberania popular, para atrocidades e violação de direitos fundamentais. O autor afirma então que sob o império da lei surgiram sistemas totalitários, como o nazismo e o fascismo, que emergiram sob a sombra de uma hermenêutica constitucional avalorativa.<sup>64</sup>

Depois do pós-guerra, teorias do Direito que procuram religar as esferas do Direito e da Moral ofereciam alternativas às abordagens positivistas. Haveria, todavia, dois objetivos centrais: procurar superar a separação entre Direito e Moral preconizada pelo positivismo e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica.<sup>65</sup>

Num primeiro momento teria havido o resgate do jusnaturalismo como defesa contra a barbárie. Exemplar teria sido a conferência de Gustav Radbruch intitulada *Cinco minutos de Filosofia do Direito*, proferida em 1945.<sup>66</sup> Os autores, entretanto, alegam que o jusnaturalismo foi em seguida, rejeitado tendo em vista a necessidade de fundamentações metafísicas e a respectiva insustentabilidade em sociedades plurais, nas quais vigoram múltiplas concepções acerca do bem, inúmeras identidades particulares, diversos projetos de vida.

O pós-positivismo seria, então, justamente a superação do positivismo sem a adesão total ao jusnaturalismo. Sarmiento e Souza Neto afirmam ser características do pós-positivismo a busca da ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais seria reconhecido pleno caráter normativo. Não

<sup>62</sup> BARROSO, 2005, p. 04-05.

<sup>63</sup> CALIXTO, Angela Jank; DE CARVALHO, Luciani Coimbra. **O pós-positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo**. Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Curitiba, 2016. p. 134.

<sup>64</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13. n. 101. out. 2010/jan. 2012. p. 489-517.

<sup>65</sup> CALIXTO; DE CARVALHO, op. cit., p. 140.

<sup>66</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Martins Fontes, 2010. p. 415-418.

haveria fundamentação na metafísica, mas sim na argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal. Por fim, sobre a temática, ambos afirmam que o pós-positivismo liga-se diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas com a designação por diversos autores como neoconstitucionalismo.<sup>67</sup>

O pós-positivismo é reconhecido, portanto, como determinante para a caracterização de um novo constitucionalismo. Em seguida, os elementos que o compõe serão analisados de modo a exemplificar e caracterizar a superação do positivismo jurídico.

### 1.1.3.2 A supremacia constitucional e a proteção de direitos fundamentais

O neoconstitucionalismo eleva a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, e a capacita para expandir sua influência e seu poder normativo para toda ordem jurídica. Daniel Sarmento enfatiza que, no lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. Para ele, em vez de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.<sup>68</sup>

Pietro Sanchís reconhece ser o núcleo duro do neoconstitucionalismo “a concepção de uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, imediatamente aplicável por todos operadores jurídicos, capaz de se impor, frente a qualquer outra norma [...]”<sup>69</sup>. Mello reconhece na supremacia da Constituição não somente uma fonte das fontes, mas a fonte com eficácia e aplicação direta, de modo que sua força vinculante não depende da existência de nenhum ato jurídico ou lei que atribua a força vinculante que emana do próprio texto constitucional.<sup>70</sup>

Luís Roberto Barroso é mais enfático ao afirmar que a supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação

---

<sup>67</sup> RADBRUCH, 2010, p. 202.

<sup>68</sup> SARMENTO, 2009. p. 4.

<sup>69</sup> SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. p. 35.

<sup>70</sup> MELLO, 2012, p. 101-109.

ao modelo de supremacia do Parlamento.<sup>71</sup> Para ele, com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. O principal traço distintivo da Constituição seria a sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição, desse modo, seria dotada de supremacia e prevaleceria sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral, porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional.<sup>72</sup> Como consequência nenhuma lei ou ato normativo, nenhum ato jurídico, poderia subsistir validamente se incompatível com a Constituição. Para assegurar essa superioridade, a ordem jurídica teria concebido um conjunto de mecanismos destinados a invalidar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade. Para o autor, associado à superlegalidade da Carta Constitucional, existe um sistema de fiscalização judicial da validade das leis e atos normativos em geral.<sup>73</sup>

A virada de sentidos seria o reconhecimento de que o Estado não deve somente se abster de violar direitos individuais, vigente durante a concepção estritamente liberal de direito, mas reforçar os aspectos democráticos que, contemporaneamente, não são visto somente como promoção da vontade política da maioria, mas a prevalência dos direitos fundamentais e interesses da minoria. Cunha Júnior, nestes termos, reconhece que a soberania legislativa cederia ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, assentando na democracia e nas garantias fundamentais. Assim, a Constituição contemporânea imuniza-se contras as próprias maiorias, quando estas tendem a sufocar as minorias ou afastar-se da realização dos direitos fundamentais.<sup>74</sup>

Seguindo este raciocínio, Peñá Freire entende que a democracia não deve ser confundida com a regra da maioria, considerando que numa democracia verdadeira a liberdade das minorias fica resguardada através de uma Carta Escrita, que não poderia ser modificada ao talante do parlamento para a realização de determinadas políticas.<sup>75</sup> Mello reconhece que o neoconstitucionalismo permite que o juiz decida contra a vontade formal da maioria, que é a lei presumivelmente soberana, pois a efetividade dos direitos constitucionais não se submeteriam a critérios de oportunidade, discricionariedade ou submissão à vontade do “povo”, já que a preservação da Constituição através da atividade judicial não é a eleição nem

---

<sup>71</sup> BARROSO, 2010, p. 341.

<sup>72</sup> BARROSO, 2010, p. 341

<sup>73</sup> Ibid., p. 341.

<sup>74</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Edições JusPodivm, 2006. p. 42.

<sup>75</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 31.-65, jul./dez. 2003. p.23.

plebiscito.<sup>76</sup> Dessa maneira, a supremacia constitucional ultrapassaria o formalismo juspositivista, superando a vontade legal. Haveria poderes para contrariar os Poderes Executivos e Legislativo, e mesmo a vontade da maioria da população.<sup>77</sup> O autor ainda cita Duarte e Pozzolo que estabelecem uma relação íntima entre a Constituição rígida e direitos fundamentais, determinando a superioridade da norma em relação à lei, veiculando um sistema de valores protegidos contra abusos da maioria.<sup>78</sup>

Para Peña Ferreira os direitos fundamentais são imprescindíveis ao neoconstitucionalismo e ocupam o espaço que antes era destinado à limitação legal ao poder estatal. Para ele:

O neoconstitucionalismo seria a ideologia específica dos atuais Estados constitucionais democráticos e poria o esforço na defesa dos direitos fundamentais. No neoconstitucionalismo, a limitação do poder não seria já um fim em si, basicamente porque o poder, ao ser democrático, deixa de ser visto com desconfiança e estranheza, mas interessaria como mecanismo útil para a defesa dos direitos fundamentais.<sup>79</sup>

### 1.1.3.3 Constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito faz com que as normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, se irradiem para todos os ramos do ordenamento, intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade.

Luís Roberto Barroso afirma que a constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, como força normativa, para todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. O autor reconhece efeitos deste fenômeno em relação aos particulares e em relação aos outros poderes do Estado. No que se refere ao Legislativo haveria: (I) limite à discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (II) imposição de determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante ao Poder Executivo, além de também limitar a discricionariedade, impõe (II) dever de atuação e (III)

<sup>76</sup> MELLO, 2012, p. 496.

<sup>77</sup> MELLO, 2012, p. 499.

<sup>78</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

<sup>79</sup> MELLO, op. cit., p. 502.

fornece fundamento de validade da prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário (I), serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado, bem como (II) condiciona a interpretação de todas às normas do sistema. Em relação aos particulares, também há incidência, principalmente, no que se refere ao respeito aos direitos fundamentais.<sup>80</sup>

Ele expõe ainda que a Constituição passa a não ser apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito, o que denominam de filtragem constitucional e que consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição de modo a realizar os valores nela consagrados. Haveria a reinterpretação das normas infraconstitucionais sob a ótica constitucional.<sup>81</sup>

Há a minuciosa exposição no artigo sobre o modo pela qual a Constituição é aplicada. Para o referido autor toda interpretação jurídica é interpretação constitucional. Toda operação jurídica envolveria a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. A Constituição seria aplicada diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. E, indiretamente, quando uma pretensão se funda em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (I) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição. Essa operação estaria sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada. (II) Ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance na realização dos fins constitucionais.<sup>82</sup>

Para concluir a sua exposição, ele diz que a Constituição é o centro do sistema jurídico de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. A Constituição funcionaria não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.<sup>83</sup>

Sarmiento e Souza Neto concordam. Eles defendem que as constituições contemporâneas desempenham um papel central no ordenamento jurídico. Além de limitarem os poderes políticos, as suas normas podem incidir diretamente sobre as relações sociais. Seus preceitos e valores são considerados vetores para interpretação e aplicação de todo o

---

<sup>80</sup> BARROSO, 2010, p. 17.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 1991. p. 45. “A principal manifestação da preemência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo.” Ver também: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. 1999.

<sup>82</sup> BARROSO, op. cit., p. 17.

<sup>83</sup> Ibid., p. 28.



Direito, impondo a releitura dos conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento jurídico. A Constituição, segundo eles, não seria vista comente como norma cuja finalidade somente seria disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela, de fato, passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superior da comunidade política que devem fecundar todo o sistema jurídico.<sup>84</sup>

A constitucionalização do direito, entendida como irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais a outros ramos do direito, consoante definido por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 18), para quem o seu principal aspecto é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, exsurgiu no Estado Constitucional de Direito, sob o influxo do pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre ética e direito e pela centralidade dos direitos fundamentais.<sup>85</sup>

O Poder Judiciário é visto, portanto, como protagonista: um poder técnico, não político, imparcial, sem interferência externa, apto a julgar os casos difíceis sem pressão política nem influência econômica.

#### 1.1.3.4 Preponderância do Poder Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional

Uma das principais propostas do neoconstitucionalismo seria a reconfiguração da relação entre os poderes da República. Barroso entende que o modelo anterior era o de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 1940, todavia, a onda constitucional teria trazido não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolveria a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados em relação ao processo político majoritário com a sua proteção cabendo ao Judiciário.<sup>86</sup>

Paulo Bonavides sustenta que os novos requisitos de equilíbrio político e os novos esquemas constitucionais não assentam suas razões no formalismo que tinha por objetivo a proteção da liberdade individual em consonância ao ideário liberal. Para o autor a divisão de poderes seria “em nossos dias, princípio atenuado, em franca decadência doutrinária”,<sup>87</sup> já que

<sup>84</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 39.

<sup>85</sup> MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves; MELO, Bricio Luis Da Anunciacao. A constitucionalização do direito no sistema jurídico romão-germânico e a aproximação do sistema da common law em busca da segurança jurídica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017. *Anais* [...]. São Luís – MA, 2017. p. 29.

<sup>86</sup> BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 8.

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 45.

o Estado é visto como o responsável pela concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Daniel de Paula explicita a questão reconhecendo que com a proliferação de direitos fundamentais, há uma exigência social à máxima aplicação de cada um dos direitos, de modo a ser necessário uma nova concepção de separação de poderes.<sup>88</sup> Pedro Trovão do Rosário, nesta linha de raciocínio, defende que o judiciário, que havia sido concebido apenas como aplicador da lei, nas sociedades contemporâneas, vem apresentando protagonismo crescente na vida pública.<sup>89</sup>

Do mesmo modo, Matheus Teixeira da Silva avalia ser o constitucionalismo recente inspirado pelas ideias de proteção absoluta da dignidade humana (com nítida inspiração kantiana), cuja interferência entre os poderes, não deve ser visto como violação da tripartição de poderes, mas sim como mecanismo de auxílio ao funcionamento do Estado cuja missão é concretizar direitos.<sup>90</sup>

Sarmiento e Souza Neto afirmam que, nesse contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Segundo eles, com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados. No novo quadro, de poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.<sup>91</sup> Eles ainda afirmam que o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas.<sup>92</sup>

#### 1.1.3.5 Interpretação informal

Dentro dos aspectos mais marcantes do pós-positivismo do neoconstitucionalismo, reconhece-se a rejeição ao formalismo no que se refere à hermenêutica. Desenvolveu-se uma nova dogmática da interpretação constitucional com o uso de recurso métodos ou “estilos”

---

<sup>88</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 273.

<sup>89</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, 2015. p. 715.

<sup>90</sup> SILVA, Matheus Teixeira. O tribunal constitucional como legislador positivo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017. **Anais** [...] São Luís – MA, 2017. p. 225.

<sup>91</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 204.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 205.

mais abertos de raciocínio: ponderação, tópica e teorias de argumentação. Há de um modo geral uma maior centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios.

Para Luís Roberto Barroso, há duas grandes mudanças. Em primeiro lugar, as normas jurídicas não podem mais ser vistas como texto normativo em abstrato. Para produzir decisões, caberia ao intérprete utilizar-se de elementos fora do texto normativo. Haveria uma significativa alteração do papel dos juízes. Os juízes se tornariam coparticipantes do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.<sup>93</sup> O autor estabelece um rol de novos instrumentos dessa interpretação, dentre eles as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

O autor expõe que as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. Ele segue afirmando que a norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém: deve-se ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.<sup>94</sup>

Ele ainda afirma sobre o reconhecimento de normatividade dos princípios, que não seriam, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A menor densidade jurídica de tais normas impediria que delas se extraísse, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.<sup>95</sup>

Haveria ainda uma nova percepção sobre as normas constitucionais. A partir do reconhecimento do poder normativo de tais normas, e não apenas como referência à produção legislativa, surge o problema das colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. Nestes casos, a atuação do intérprete seria determinante por criar o Direito aplicável ao caso concreto.

Barroso reconhece, nestes termos, que a colisão entre as normas constitucionais levaria à necessidade de ponderação. A subsunção não seria capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas, como por exemplo a

---

<sup>93</sup> BARROSO, 2010, p. 12.

<sup>94</sup> Ibid., p. 12.

<sup>95</sup> Ibid., p. 13.

liberdade de expressão e a vedação à discriminação. Tampouco seriam úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária, como o mesmo valor hierárquico, cronológico e de especialização. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores seria a técnica a ser utilizada pelo intérprete por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do direito que prevalecerá, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Um conceito-chave, para Barroso, seria o princípio instrumental da razoabilidade.<sup>96</sup>

Por fim, o jurista expõe a centralidade dos casos difíceis, que seriam aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável, para reconhecer a necessidade de uma hermenêutica nova. As decisões envolveriam a atividade criativa do juiz potencializariam o dever de fundamentação por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes, desse modo haveria preocupação com fundamentação expressa legal ou constitucional, possibilidade de generalização da decisão e a consideração pelas consequências práticas.<sup>97</sup>

Sarmiento e Souza Neto corroboram tal discurso, ao afirmar que:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica.<sup>98</sup>

Haveria a necessidade como já afirmado de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico – o que teria feito nascer a técnica da ponderação e teria tornado frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. Haveria ainda o nascimento e desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral ou relacionadas ao campo empírico.<sup>99</sup>

Sarmiento e Souza Neto reconhecem ainda que esta discussão pressupõe duas mudanças no campo filosófico, a “virada kantiana” e o “giro linguístico”. Ambos seriam

---

<sup>96</sup> BARROSO, 2010, p. 13.

<sup>97</sup> Ibid., p. 13-15.

<sup>98</sup> SARMIENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 203.

<sup>99</sup> Ibid., p. 203.

determinantes no marco filosófico do pós-positivismo.<sup>100</sup> A virada kantiana, segundo os autores, seria o retorno da ética normativa. Após o relativismo ético do início do século XX e as experiências da Segunda Grande Guerra, a partir dos anos 1970 teria ressurgido o interesse na formulação de princípios abstratos de justiça, por meio de critérios ou procedimentos racionais, sem apelo ao discurso religioso ou metafísico. O Direito se aproximaria da Moral e a interpretação jurídica teria se tornado mais permeável à argumentação de moralidade pública. Já o giro linguístico se basearia na superação da dicotomia cartesiana sujeito-objeto e no reconhecimento de importância da comunicação e da linguagem para a interpretação normativa. A corrente analítica se dedicaria a clarificar as relações enquanto a hermenêutica reconhecer a interpretações em todas esferas de vida, inclusive no sistema jurídica, com o enraizamento em diversos universos linguísticos e a impossibilidade de a interpretação se resumir exclusivamente à atividade intelectual de extração de sentido subjacente a um texto legal.<sup>101</sup>

#### 1.1.3.6 A força normativa dos princípios

Neoconstitucionalismo se institui a partir do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua valorização no processo de aplicação do direito como uma das principais técnicas para a superação do positivismo jurídico. Para Mello, o neoconstitucionalismo estaria intimamente ligado à ascensão dos princípios como fontes normativas.<sup>102</sup> Com a consagração dos direitos fundamentais como normas constitucionais, e sua íntima relação com valores, que implica numa visão axiológica da Constituição, somente seria viável a partir de uma concepção principiológica do texto constitucional.<sup>103</sup>

Daniel Sarmento de forma sucinta e clara expõe o fenômeno:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que

<sup>100</sup> Ibid., p. 397.

<sup>101</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 398.

<sup>102</sup> MELO; MELO, 2017, p. 503.

<sup>103</sup> Ibid., p. 503.

incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.<sup>104</sup>

Calixto e de Carvalho reconhecem em Robert Alexy, a base teórica desta superação. Para elas Dworkin defenderia a fundamentação das decisões em princípios jurídicos do ordenamento jurídico. Tais princípios seriam de observância obrigatória. Assim, não haveria criação do direito pelo juiz no exercício de seu poder discricionário. Os princípios jurídicos seriam vistos como normas jurídicas vinculantes, asseverando que estes devem ser tratados da mesma maneira que as regras (leis, atos normativos, regulamentos, portarias), sendo eles, portanto, integrantes do direito e possuindo obrigatoriedade.<sup>105</sup>

Outro ponto que é reconhecido pelas supracitadas autores como determinante pelos constitucionalistas a fim de estabelecer um novo cenário é o da diferenciação entre princípios e regras. Elas reconhecem que a diferença entre princípios e regras se daria por aqueles possuírem uma dimensão de peso, que as regras não possuiriam. Em razão dessa dimensão, diante de um caso concreto, pode ser que mais de um princípio – igualmente válido, dada sua estrutura lógica – tenda a conduzir a decisão em sentidos diversos, situação em que o julgador deverá avaliar qual desses padrões, no caso, de maior peso, força e importância deva prevalecer ou ser preponderante.<sup>106</sup> Já as regras deveriam ser aplicadas “à maneira tudo ou nada”<sup>107</sup>, de modo que a técnica continua sendo a da subsunção entre objeto, ou o fato, e a norma jurídica. Havendo subsunção a norma é aplicada: caso contrário, não gera qualquer efeito, não contribuindo para a decisão. Assim, se duas regras entraram em conflito, uma delas não pode ser regra válida.

As supracitadas autoras, Calixto e Carvalho citam Dworkin reconhecendo que tal técnica estabelece relação com a moralidade, visto que princípios são padrões que devem ser observados porque seriam uma exigência ou expressão de equidade e de moralidade. Desse modo, a normatividade dos princípios apareceria como condição de existência da normatividade do ordenamento jurídico como um todo, representando a dimensão moral da evolução do direito.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> SARMENTO, 2005, p. 3.

<sup>105</sup> CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 136.

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>107</sup> Ibid., p. 39.

<sup>108</sup> CALIXTO; CARVALHO, op. cit., p. 136.

Flávio Tartuce reconhece, em sua área de estudo, que o novo Código de Processo Civil, consagrou a técnica de ponderação de princípios, regras e normas.<sup>109</sup> No artigo primeiro do Código, há a previsão de que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.” O artigo 8º introduziu a forma de interpretação ideal da nova lei: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” O seu art. 489, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”(§ 2º).<sup>110111</sup>

O autor reivindica Robert Alexy para justificar a nova técnica implementada em 2015:

[...] como primeira premissa, o doutrinador alemão traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (p. 91). Em seguida, como segunda premissa, reconhece que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como terceira premissa, o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica de ponderação.<sup>112</sup>

No que se refere à nova hermenêutica principiológica, há o destaque de dois princípios superiores aos demais: o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Marcos Antônio Koncikowski expõe que o princípio da proporcionalidade (Direito Alemão), também chamado de razoabilidade (Direito Estadunidense), serve de verdadeiro escudo para evitar que as prioridades eleitas pela Constituição Federal sejam feridas ou até mesmo esvaziadas, por ato legislativo, administrativo e/ou judicial que exceda os limites e avance, sem permissão na seara dos direitos fundamentais.

José Sérgio da Silva Cristóvam diz que:

<sup>109</sup> TARTUCE, Flávio. Técnica de ponderação no Novo CPC, debate com o Professor Lênio Streck. **Jornal Carta Forense**, 2016. p. 1. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>. Acesso em: 1º mar. 2021.

<sup>110</sup> TARTUCE, 2016, p.1.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei nº 13. 105/15. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html). Acesso em: 22 mar. 2021:

<sup>112</sup> TARTUCE, op. cit., p. 1.

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.<sup>113</sup>

Willis Santiago Guerra Filho reconhece que a ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.<sup>114</sup>

O princípio da proporcionalidade é composto, conforme amplamente difundido, por três subprincípios ou etapas de aplicação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito ou verificação da relação custo-benefício da medida. Segundo Barroso: a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.<sup>115</sup> Já para Canotilho, trata-se de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.<sup>116</sup>

Recentemente houve a introdução de tais princípios em diversas leis de forma a exigir sua aplicação. O Código de Processo Penal foi alterado em 2008 e passou a prever a prestação de serviço alternativo ao preso de modo proporcional e razoável, no § 2º do art. 438.<sup>117</sup> Já a Lei de Introdução ao Direito brasileiro passou a dispor em 2018 que: as decisões judiciais, administrativas ou de controle, relativas a nulidade de atos administrativos, formação de compromisso, ou de mudança de interpretação, deverão ser proporcionais e equânimes, sem prejuízo aos interesses gerais.<sup>118</sup>

Fernandes e Bicalho concluem que as principais características desse novo posicionamento teórico seriam: *a)* a abertura valorativa do sistema jurídico; *b)* a consideração

<sup>113</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

<sup>114</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989, p. 238.

<sup>115</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 233.

<sup>116</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 356-358; BONAVIDES, 1993, p. 318-319. MENDES, Gilmar Feneira. **Controle de constitucionalidade**. Aspectos jurídicos e políticos. 1990. p. 38; 43. GUERRA FILHO, op. cit., p. 75.

<sup>117</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>118</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 22 mar. 2021.



tanto dos princípios quanto das regras como normas jurídicas; c) a identificação da Constituição como o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.<sup>119</sup>

#### 1.1.3.7. Moralização do Direito

Os defensores do novo constitucionalismo reivindicam de forma ampla a reaproximação entre o Direito e a Moral como pretensão de superação do positivismo jurídico.

Daniel Sarmento e Souza Neto avaliam que o neoconstitucionalismo ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica faz a abertura do Direito para o debate moral.<sup>120</sup> Eles reconhecem que no paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abriria um significativo espaço para ela. Haveria uma atenuação entre a distinção estrita entre a teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser.<sup>121</sup> Não se defende o uso de uma moral específica, mas valores consensuais como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social como valores superiores para decidir.

De um modo não expresso, há a introdução da Moral no Direito através da influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que confeririam poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Os autores reafirmam que as fronteiras entre o Direito e a Moral não teriam sido abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, que passam a ser considerados como normas vinculantes.<sup>122</sup>

Pietro Sanchíz, de forma sucinta reconhece na rematerialização constitucional uma das principais novidades do neoconstitucionalismo. Sobre ela, o referido autor afirma que há a

<sup>119</sup> FERNANDES; BICALHO. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 189, p. 105-131, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>. Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>120</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 205.

<sup>121</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. **Revista de Direito do Estado**, v. 1 p. 89-104. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2018. p. 311-322.

<sup>122</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., p. 205.

incorporação à Constituição da moralidade. Neste novo momento, a moral “já não flutua sobre o Direito... (ao contrário) emigra ao interior do Direito positivo” (Habermas) de maneira que “o conflito entre Direito e Moral se deslocou ao interior do Direito Positivo (Dreier)”. Ele ainda cita Zagrebosky de forma a corroborar seu raciocínio com a seguinte passagem: “o Direito por princípios encontra o Direito natural”, o que produziu uma fusão entre o Direito constitucional e a teoria ética” (Dworkin). Em suma, haveria uma aproximação entre a “legitimação interna ou dever ser jurídico e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico” (Ferrajoli). A conclusão seria de que à mercê da Constituição, a moral – quer dizer, os veneráveis direitos naturais – se fizeram presentes no Direito, mais concretamente no ápice do Direito. Essa moral se revela então como o parâmetro, não da justiça, senão da própria validade das demais normas; e a divergência entre moral e Direito se modifica ao interior da ordem jurídica como uma divergência entre Constituição e lei.<sup>123</sup>

O pensamento de Luís Roberto Barroso é representativo. O autor valoriza os aspectos substantivos e procedimentais de observância obrigatória da democracia para superar a referência da democracia somente na vontade da maioria. Para ele, os limites materiais da Constituição, as cláusulas pétreas ou de intangibilidade, teriam como finalidade limitar a soberania popular. Funcionariam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.<sup>124</sup> Ele ainda afirma que as cláusulas pétreas devem elas ser imunes à possibilidade de reforma pois representam o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional.<sup>125</sup> Por essa visão, defende-se a dignidade da pessoa humana como integridade moral a ser protegida.<sup>126</sup> Para o autor, a doutrina pós-positivista não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.<sup>127</sup>

Das duas interpretações do fenômeno, nota-se que há de fato a tentativa teórica de aproximação da moral ao direito, com a introdução da moral no direito. A validade das normas e decisões pressuporia a adesão ou adequação à moral. Todas as normas jurídicas desse modo são perpassadas por princípios superiores que atuam como legitimadores e fatores de validade de qualquer fenômeno jurídico.

#### 1.1.4 A construção da disputa pelo conceito

---

<sup>123</sup> SANCHÍS, 2016, p. 265.

<sup>124</sup> BARROSO, 2010, p. 192

<sup>125</sup> Ibid., p. 194.

<sup>126</sup> BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 60.

<sup>127</sup> Ibid., p. 295.

Inicialmente, deve-se ter clareza de que o termo neoconstitucionalismo e o seu sentido ainda estão em construção e em disputa. O neoconstitucionalismo surge neste ambiente de ebulição de luta dos movimentos sociais, partidos políticos e organizações sindicais e associativas por mais espaços democráticos, mais direitos, e de um modo geral a ruptura com o passado institucional autoritário, militarizado e elitista. A promulgação de uma nova Constituição com intensos debates políticos e jurídicos em âmbito nacional, regional e local, e nos anos seguintes com o início de reformas estruturais e intensa produção legislativa fazem parte do ambiente no qual floresceu o que se denomina como neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo entretanto também tem sua história, na medida em que foi lentamente idealizado e proposto como novo conceito de análise dos fenômenos jurídicos e sociais. Em seguida, será a oportunidade de analisar como se constituiu tal conceito e os embates teóricos e conceituais até hoje travados no ambiente acadêmico e prático.

Segundo Agra, o termo “neoconstitucionalismo” nasceu da necessidade de nomear algo que não poderia ser enquadrado nos conceitos de “constitucionalismo”, “juspositivismo” ou “jusnaturalismo”.<sup>128</sup>

Pietro Sanchís, por exemplo, prefere não falar em neoconstitucionalismo, mas em diversos, em neoconstitucionalismos.<sup>129</sup> Ele vê que não há acordo entre os autores que são reconhecidos como neoconstitucionalistas, vide Dworkin, Alexy, Nino Zagrebelsky, havendo uma marcante heterogeneidade de ideias. O autor ainda afirma ser o termo gravemente ambíguo e extremamente vago, havendo a possibilidade de utilizar o termo em sentidos muito distintos. Sanchís afirma, nesta linha, utilizar o termo no plural porque desta forma ele pode dar uma resposta global, em uma nova cultura jurídico-política, abarcando todas as contradições e múltiplos sentidos. Para ele, não há somente uma escola jusfilosófica neoconstitucionalista, tampouco uma que apareça como qualificada como uniforme para fazer crítica ao positivismo.<sup>130</sup>

Bruno Aguiar na mesma linha avalia que a expressão neoconstitucionalismo é recente, tendo sido utilizada pela primeira vez pela doutrina jusfilosófica italiana Susanna Pozzolo que teria sido a pioneira a levantar o conceito no ano de 1997.<sup>131</sup> O autor reafirma a interpretação de Sanchís no sentido de que este novo constitucionalismo assumiu diversas formas e alçou

<sup>128</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008a. p. 435.

<sup>129</sup> SANCHÍS, 2016, p. 264.

<sup>130</sup> Ibid., p. 264.

<sup>131</sup> SANTOS, 2017, p. 16.

voos que transcenderam fronteiras geográficas, linguísticas e conceituais. Ele cita Trindade para o qual não há uma posição única de pensamento quanto ao neoconstitucionalismo, mas diversas coincidências e tendências semelhantes que apontam para a formação de uma nova cultura jurídica.<sup>132</sup>

Aguiar continua seu raciocínio utilizando-se do pensamento de Schiavello, que analisando a obra de Pozzolo, constrói seu pensamento sobre a dificuldade de se determinar o conceito de neoconstitucionalismo “como uma concepção de direito unitária, coerente e bem estruturada”, não se podendo falar em neoconstitucionalismo sem ter em mente que ele é plural.<sup>133</sup> Ele então reconhece a dificuldade de tratar diversas expressões sob um mesmo termo, ele diferencia o neoconstitucionalismo em sentido amplo – ou histórico –, de outro lado, o neoconstitucionalismo ideológico. E recomenda o termo utilizado por Lênio Streck 92 de constitucionalismo contemporâneo para situar as discussões que ocorrem sobre essa primeira expressão.<sup>134</sup>

Daniel Sarmento também observa que, na base do pensamento neoconstitucionalista

[...] constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.<sup>135</sup>

Autores como Manuel Atienza Rodríguez preferem abandonar o conceito por reconhecer falta de clareza sobre seus elementos. Ele critica a sua utilização visto que não se trataria só de ambiguidade ou imprecisão, mas sim de conceitos errados, não manejáveis, cujo uso leva inexoravelmente à confusão, porque simplesmente, nas suas palavras, mete em um mesmo saco concepções que são muito distintas entre si. Ele não reconhece que se possa chamar os conceitos aqui trabalhados como uma teoria neoconstitucional do direito, visto que não havendo uma teoria geral constitucionalista, também não haveria uma nova.<sup>136</sup>

O debate sobre ser o neoconstitucionalismo uma ideologia tem certa repercussão no ambiente acadêmico. Bruno Aguiar defende que de fato o neoconstitucionalismo é uma

<sup>132</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilica. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 1. (nota 19) (E-book)

<sup>133</sup> SANTOS, 2017, p. 19.

<sup>134</sup> Ibid., p. 24.

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. xx.

<sup>136</sup> RODRIGUEZ, Manuel Atienza. Mejor abandonarnos el neoconstitucionalismo. (com comillas o sin ellas). **Revista i-latina**, p.1-8, 2019.

ideologia.<sup>137</sup> Ele reconhece, todavia, que o conceito de ideologia utilizado está referenciado na obra de Bobbio, para o qual há uma divisão clássica na divisão do positivismo jurídico (metodológico, teórico e ideológico).

Aguiar discorda de tal classificação e afirma ser o neoconstitucionalismo ideológico tendo em vista ser um querer. Para ele, há uma tentativa de reconhecer a teoria e a metodologia positivista como superadas, ou em vias de o serem superadas, pelo neoconstitucionalismo, o que seria incorrer na ideologia.<sup>138</sup> Sebastian Borges de Albuquerque Mello é mais um que reconhece o fenômeno como ideologia. Em suas palavras: “uma ideologia neoconstitucional que busca assegurar a eficácia de direitos fundamentais e um novo método de interpretação do Direito Constitucional.”<sup>139</sup>

Sobre o neoconstitucionalismo há várias interpretações com referência nos mais diversos conceitos e métodos. Sanchís como já afirmado classifica o objeto aqui estudado em corrente de pensamentos para em seguida denominá-lo como uma resposta global no debate cultural jurídico-política.<sup>140</sup>

Luís Roberto Barroso não diferencia neoconstitucionalismo e direito constitucional. Usa os termos como sinônimos para se referir ao direito constitucional contemporâneo.<sup>141</sup> Teresinha Inês Teles Pires reconhece no neoconstitucionalismo uma doutrina, equiparada a doutrina positivista e a dos direitos fundamentais.<sup>142</sup> Diogo Basílio Vailatti reconhece no conceito uma nova forma de compreender o Direito.<sup>143</sup> Manuel Atienza Rodríguez reconhece também que o uso deste conceito é ideológico, até mesmo manipulando teorias idealmente com as de Alexy. Para o autor o neoconstitucionalismo seria de fato o pós-positivismo com elementos democráticos.<sup>144</sup> Já Carlos Bastide Horbach além de reconhecer o neoconstitucionalismo como ideológico, cita o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que critica o neoconstitucionalista por reconhecer que:

[...] os fundamentos e princípios utilizados por esta tendência nada inovam, ocupando-se, tão simplesmente, de repetir princípios e técnicas interpretativas já utilizadas há muito por constitucionalistas clássicos, além de subverter o

---

<sup>137</sup> SANTOS, op. cit., p. 24.

<sup>138</sup> SANTOS, 2017, p. 24.

<sup>139</sup> MELLO, 2012.

<sup>140</sup> SANCHÍS, 2016, p. 264.

<sup>141</sup> BARROSO, 2010, p. 52.

<sup>142</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. Os paradoxos da argumentação jurídica no marco do neoconstitucionalismo democrático. *Revista Direito e Liberdade – RDI – ESMARN*, v. 20, n. 1, p. 239-264, jan./abr. 2018.

<sup>143</sup> VAILATTI, Diogo Basílio. Compreendendo a livre iniciativa com base no neoconstitucionalismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: CONPEDI, 2016. p. 62.

<sup>144</sup> RODRIGUEZ, 2019, p. 19.

entendimento do Direito Constitucional, como quando, por exemplo, se intitula a Constituição brasileira de 1988 de principiológica, enquanto ela é notoriamente preceitual, por predominarem as regras.<sup>145</sup>

Ele ainda afirma que:

Não sendo a “nova hermenêutica constitucional” uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.<sup>146</sup>

De um modo geral se nota que o neoconstitucionalismo ainda é visto com reserva por parte dos pensadores do direito que não o delimitam de forma uníssona, nem reconhecem seu objeto como uniforme. Há divergência sobre o que ele é dentro do campo da filosofia do direito, como do que ele abarcaria, em tese, se existisse. De todo modo, a discussão sobre o neoconstitucionalismo é relevante na medida em que ele ainda passa pelo processo de consolidação no ambiente acadêmico e já faz parte do debate constitucional brasileiro. No Brasil contemporâneo, quando se pensa em neoconstitucionalismo, diversos autores reconhecem situações práticas específicas que aliadas às ideias anteriormente abordadas formam um panorama definitivo sobre o assunto. Em seguir, com a análise das situações práticas reconhecidas como elementares do neoconstitucionalismo, extrai-se mais elementos para definir uma imagem geral do fenômeno aqui estudado.

### 1.1.5 A relação com o novo constitucionalismo latino-americano

Paralelamente ao neoconstitucionalismo, cujas características principais e teóricas foram acima expostas, surgiu nos últimos anos um novo movimento constitucional em alguns países da América do Sul, a partir de processos políticos que culminaram em reformas constitucionais, impulsionados por cenários de intensos conflitos socioeconômicos e políticos.<sup>147</sup> Trata-se do denominado novo constitucionalismo latino-americano, que

<sup>145</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, p. 151-167, jan./abr. 2009.

<sup>146</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, 2007. p. 82.

<sup>147</sup> OLIVEIRA, Maria Angélica Albuquerque Moura de. Delimitações sobre o novo movimento constitucional na América Latina: Diferenças e aproximações em relação ao neoconstitucionalismo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015. **Anais [...]**. 2015. p. 81.

entretanto não será objeto desta pesquisa. A definição do objeto deste trabalho pressupõe, todavia, a diferenciação desse também pretense novo constitucionalismo.

Tal fenômeno constitucional não será abordado porque suas ideias e propostas não apresentam suficiente influência ou adesão no cenário jurídico brasileiro. Em certa medida o neoconstitucionalismo no Brasil se diferencia daquele. A pesquisa, desse modo, se propõe a abordar o que é considerado referência tanto na academia como no ambiente judicial brasileiro, não abarcando o novo constitucionalismo latino-americano.

Para Enzo Bello e Walter Lemos, este novo constitucionalismo teria nascido, sobretudo, a partir da Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999, e principalmente dos desdobramentos promovidos pelas Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, produzindo uma nova visão de constitucionalismo, bem distinta das ideias constitucionalistas anteriormente estabelecidas.<sup>148</sup> Teria havido uma verdadeira ruptura com as tradicionais bases do constitucionalismo de matriz europeia até então vigente. Pensar no Estado Plurinacional, surgido diretamente dos movimentos sociais que as antecederam e se comunicando diretamente com o povo, na promoção de uma maior participação democrática destes, passa a ser o ponto de partida da nova ordem constitucional.<sup>149</sup>

O novo constitucionalismo latino-americano teria como proposta a superação do direito nacionalista e monopolista, de modo crítico aos Estados nacionais modernos, homogeneizadores e uniformizantes, colonialistas e eurocêntricos, em busca por um Estado Plurinacional.<sup>150</sup> Este novo Estado propor-se-ia a refundar o conceito de Estado e congregar e reconhecer diferentes nações em seu seio. Diferentemente de outros projeto de Estado que promoveram a inclusão dos povos indígenas ou até jurisdições autônomas, este constitucionalismo estaria inserido num ciclo plurinacional em que diversas nações indígenas coexistiriam dentro do mesmo Estado. Haveria pluralidade de nações e de direitos, com diversos ordenamentos emanados dos mais diversos grupos sociais que conformam estas nações. Deveria haver, portanto, um diálogo entre as distintas ordens jurídicas.<sup>151</sup>

Oliveira também se funda na nova realidade constitucional de determinados países latino-americanos a partir da ascensão ao poder de povos até então excluídos do poder político institucional local. Segundo ela, as referidas constituições pretenderam a refundação

<sup>148</sup> LEMOS, Walter Gustavo da Silva; BELLO, Enzo. BemViver e Comum: alternativas do constitucionalismo econômico latino-americano ao modelo capitalista de produtivismo extrativista. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 2, 2019. p. 158-184.

<sup>149</sup> Ibid., p. 158.

<sup>150</sup> ZOUEN, Luís Henrique Linhares. **Constitucionalismo Latino-americano e Estado Plurinacional**. 2019. p.1. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/09/03/constitucionalismo-latino-americano-e-estado-plurinacional>. Acesso em: 20 fev. 2021.

<sup>151</sup> Ibid., p. 1.

do Estado, instituindo um Estado plurinacional (no caso da Bolívia) e trazendo novos conceitos de legitimidade e democracia participativa, novas e mais profundas formas de participação política e popular e de organização institucional estatal, maior intervenção do Estado na economia, dentre outras mudanças, na intenção de superação dos constitucionalismos precedentes na América Latina.

Para tanto, tomou-se como fonte integrante e informadora de sua teoria constitucional o conhecimento tradicional de seus povos originários, evidenciado pela menção a valores e princípios ético-morais indígenas em seus textos, a exemplo do Sumak Kawsay, do bem viver e da evocação da Pachamama (Madre Tierra), alçada a sujeito de direitos na carta equatoriana. Haveria um distanciamento em relação à herança cultural colonizadora e assim aos marcos teóricos europeus e norte-americanos pautando mudanças ideológicas e conceituais do novo movimento constitucional latino-americano.<sup>152</sup> Enzo Bello, seguindo este raciocínio, reconhece a produção de conhecimentos multiculturais, interculturais e pluralistas, para compreender a natureza como possuidora desta condição, importando em implementar as cosmovisões trazidas pelas distintas culturalidades dos povos que se estabelecem nesta pluralidade de Estado, baseada na construção histórica destes fenômenos jurídicos a partir das heterogeneidades dos envolvidos em suas epistemologias e axiologias, como também em suas tradições.<sup>153</sup>

O novo paradigma constitucional latino-americano se transfigura assim em um movimento em que teoria e prática se unem para a construção de um projeto de Estado democrático Constitucional inclusivo e democraticamente legitimado, Enzo Bello e Walter Lemos são enfáticos em afirmar que esse novo pensamento constitucional se fundamenta na necessidade de independência e autonomia dos povos, conquistadas por intensos processos de luta e mudanças sociais que acabaram por se expressar nas normas constitucionais. As constituições estabelecidas neste novo ciclo teriam vindo para dar voz a essas classes sociais que tanto lutaram na conquista de direitos.<sup>154</sup>

Assim, este Novo Constitucionalismo na América Latina, ao mesmo tempo em que compartilha alguns traços do Neoconstitucionalismo (e assim não o nega), sobretudo a constitucionalização do ordenamento jurídico, tem, todavia, prioridades distintas, quais sejam: a legitimidade democrática da Constituição – assegurada por meio de suas cartas rígidas, de

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, 2015, p. 326.

<sup>153</sup> LEMOS; BELLO, 2019, p. 168.

<sup>154</sup> Ibid., p. 169.



forma que somente a soberania popular poderá alterar a Constituição –, a participação política da sociedade e os direitos fundamentais, inclusive os sociais e econômicos.<sup>155</sup>

Brandão<sup>156</sup> anota as diferenças entre a ideia de dignidade humana consagrada nos dois momentos constitucionais, além de atentar para a retirada de foco do antropocentrismo. Isto porque há no neoconstitucionalismo aqui estudado o fortalecimento do homem enquanto centro do ordenamento jurídico com a positivação da dignidade da pessoa humana na majoritária parcela das constituições ocidentais, enquanto o novo constitucionalismo, abraçando este avanço que atua contra o patrimonialismo de outrora, vai além ao condicionar a dignidade humana ao conceito da Pachamama, da qual o homem é integrante. Defende-se um novo modelo biocêntrico, que visa à interdependência entre homem e natureza, configurando uma ressignificação do conceito de dignidade humana norteada pelas culturas indígenas.<sup>157</sup>

O Estado, a partir destes novos marcos, teria tido modificado o seu perfil e estrutura, baseando-se em um novo modelo de ampla participação popular, que garantiria a atuação pública do povo, que não deve ser entendido de forma uníssona e conjunta, mas a partir de uma visão de uma comunidade aberta, fluída e complexa de sujeitos que constituem entre si um novo pacto estatal, que permita a integração dos interesses de cada um dos grupos, na promoção de seus valores, tradições e estruturas.<sup>158</sup>

Trata-se, portanto, diferentemente do constitucionalismo objeto desta pesquisa de uma proposta revolucionária para os Estados latino-americanos com a ruptura radical dos pressupostos políticos, filosóficos e jurídicos da tradição constitucional europeia e latino-americana. Há uma tentativa de repensar a estrutura do estado, criando outras formas de organização política no sentido de superação o eurocentrismo. O marco histórico não é o pós-guerra nem o período de redemocratização latino-americano e não tem como referência a moralização do direito ou a preponderância do Poder Judiciário, mas os processos políticos de inserção e participação de povos historicamente excluídos do poder estatal, principalmente indígena, no século XXI. Propõe-se a fundação de um novo modelo de Estado, plurinacional e pluricultural.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> ZOUÉIN, 2019, p.1.

<sup>156</sup> BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas** (Sumak Kawsay e Pachamama). 2013. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Recife, Recife, 2013. p. 46-47.

<sup>157</sup> BRANDÃO, 2013, p. 1.

<sup>158</sup> LEMOS; BELLO, 2019, p. 14.

<sup>159</sup> Ibid., p. 25.

## 1.2 Quadro histórico e situação prática

### 1.2.1 Quadro histórico

#### 1.2.1.1 Redemocratização do Brasil

No 31 de março de 1964, tropas do exército cruzaram estradas e rodovias para ocupar posições estratégicas e tomar o poder de assalto. No dia seguinte, um emblemático dia da mentira, as posições militares e políticas já tinham se consolidado e se encerrava mais um breve período democrático na história do Brasil.<sup>160</sup> O pretense breve período de ditadura cívico-militar sobreviveu por mais de duas décadas e teve como marco jurídico inicial o Ato Institucional nº 1, editado em 9 de abril seguinte e assinado pelos comandantes das Forças Armadas.

Daniel Sarmento e Souza Neto reconhecem que o Ato Institucional não revogou a Constituição Federal de 1946, mas a Constituição passou a ser legitimada, naquele momento, pelo ato.<sup>161</sup> No seu preâmbulo, havia a apresentação como emanção do poder constituinte originário, proveniente da “Revolução Vitoriosa”. A constituição se mantinha enquanto concessão dos militares, protagonistas de sua revolução.<sup>162</sup>

Deste dia em diante, os militares determinaram os rumos do país e instituíram uma nova arquitetura jurídica em consonância com seus interesses políticos e econômicos, sua ideologia e planos para o Brasil, período que perdurou em maior medida até o denominado processo de redemocratização nos anos 1980 e que teve como ápice a promulgação da Constituição de 1988, no dia 5 de outubro.

Apesar de a Assembleia Constituinte de 1987-1988 não ter sido composta por representantes do povo de forma exclusiva, e sim pelos parlamentares indicados ou eleitos pelas regras eleitorais anteriores, reconhece-se, em grande medida, que a Assembleia permitiu a participação popular tanto nas comissões, como no envio de propostas e ainda através dos

---

<sup>160</sup> GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 83. 1 v. (Coleção *As Ilusões Armadas*) ISBN 978-85-359-0277-8

<sup>161</sup> Em passagem do referido preâmbulo, nota-se que se trata de um ato sem fundamento jurídico, por ser reconhecido como Poder Constituinte Originário. Eis o trecho: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. (...) Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o povo é o único titular. [...]”.

<sup>162</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 139.

parlamentares eleitos na última eleição, o que superando as correspondentes e devidas críticas, faz com que se reconheça como democrática.<sup>163</sup> Em seu preâmbulo, o povo brasileiro é protagonista e o fundamento constitucional legitimador não é mais o processo revolucionário de 1964, mas sim a democracia.<sup>164</sup> O parágrafo único do primeiro artigo expressamente impõe a legitimidade popular do Estado brasileiro: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”<sup>165</sup>

Tal enunciado é significante da mudança estrutural da legitimidade do Estado e de todo sistema jurídico a partir da promulgação da Constituição. Em conjunto, outros elementos da Constituição são também significativos do novo período institucional da república brasileira. Dentre eles, um vasto rol de direitos fundamentais, a estrutura do Poder Judiciário e Ministério Público autônomos e independentes, um sistema de controle de constitucionalidade, além da valorização e reconhecimentos dos tratados internacionais, o que juridicamente reinsere o Brasil no rol dos países democráticos.

Daniel Sarmento e Souza Neto afirmam que a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Já Luís Roberto Barroso vê na Carta de 1988, um símbolo da travessia democrática brasileira tendo contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país, com a volta do direito.<sup>166</sup> Teria havido o renascimento do direito constitucional. O autor afirma que a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito, sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos.<sup>167</sup>

Sarmiento e Souza Neto reconhecem que o texto constitucional tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudanças das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.<sup>168</sup>

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 169.

<sup>164</sup> Eis o preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>165</sup> BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>166</sup> BARROSO, 2010, p. 282.

<sup>167</sup> Ibid. p. 282.

<sup>168</sup> SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 170.

Eles reconhecem que a Constituição sofreu influência decisiva das Cartas de Portugal de 1976, e da Espanha de 1978, que tinham saído de períodos autoritários para uma reorganização estatal em bases democráticas, com a manifestação do poder constituinte originário, da qual resultaram constituições que priorizaram direitos fundamentais, revestidas de forte teor social.<sup>169</sup> No Brasil, os autores reconhecem que os parlamentares e grupos de pressão que se articularam na Constituinte não se contentaram com o mero reconhecimento principiológico das duas bandeiras e interesses. Preferiram a consagração de regras específicas e detalhadas, que os colocassem a salvo de incertezas quanto a concretizações legislativas e interpretações judiciais futuras dos dispositivos que lhes favorecessem.<sup>170</sup>

Para os referidos juristas, o sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Tais direitos teriam sido topologicamente consagrados no início da Constituição seguindo o modelo de diversas constituições europeias do pós-guerra, a exemplo da Lei Fundamental de alemã de 1949, o que indicaria o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas. Outro “coração” da Constituição seria a democracia, com sufrágio direto, secreto, universal e periódico nem como sistema de democracia participativa, além das liberdades públicas consagrando a democracia política.<sup>171</sup>

Mudanças profundas também teriam ocorrido no âmbito do Poder Judiciário. A Constituição teria reforçado a sua autonomia administrativa e financeira e ampliado a sua importância política. Teria promovido o acesso à justiça, criando e ampliando ações individuais e coletivas voltadas à tutela de direitos, e conferindo um novo perfil a instituições como Ministério Público e Defensoria Pública. Teria, ainda, consagrado um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política. Sarmiento e Souza Neto são enfáticos em afirmar que pelo arranjo adotado, que combina uma Constituição extensa e invasiva, com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade, tornou-se difícil que alguma decisão política mais relevante deixe de ser submetida ao Judiciário.<sup>172</sup>

Tais aspectos denotam uma tentativa de reestruturar a distribuição de poderes pelos diversos poderes, órgãos e instituições do Estado brasileiro. Houve, por parte dos constituintes uma aposta em entidades que futuramente pudessem barrar tentativas de novos golpes de estado ou autoritarismos, sem contar o reconhecimento e aprimoramento dos sistemas de efetivação de direitos.

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 170.

<sup>170</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 170.

<sup>171</sup> Ibid., p. 170.

<sup>172</sup> Ibid., p. 175.

Os mesmos autores ao analisar o sistema econômico imposto, reconhecem que a Constituição teria adotado fórmula compromissória. Teria havido a composição de dois campos distintos de valores que representariam a disputa ideológica da Guerra Fria. Por um lado os princípios da livre iniciativa, o direito de propriedade e a livre concorrência. Por outro lado, os da justiça social, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Não haveria dúvida de que a Constituição expressaria adesão ao regime capitalista, rejeitando o modelo de economia planificada e de apropriação coletiva dos meios de produção. Eles afirmam que desse modo não teria a imposição de um modelo liberal, mas uma fórmula intermediária, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não fugiria à sua responsabilidade de discipliná-la e limitá-la, não só no interesse da higidez do próprio mercado, como também com o objetivo de promoção da igualdade material e justiça social. Afirmam que o texto originário continha traços mais estatizantes e refratários à presença do capital estrangeiro, porém reformas constitucionais de inclinação liberal a partir dos anos 1990 teriam esmaecido essas feições, sem contudo comprometer a cosmovisão econômica social democrática do texto constitucional.<sup>173</sup>

A última mudança substancial relevante para o debate aqui proposto é a expansão dos direitos humanos e a sua internalização na Constituição de 1988. André de Carvalho Ramos reconhece como já afirmado possuir esta Constituição o mais extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, mas o que ele enfatiza é o fato de o rol não ser exaustivo visto que o art. 5º parágrafo 2º prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também denominada abertura da Constituição aos direitos humanos, dispondo que os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes do (i) regime, (II) princípios da Constituição e em (III) tratados celebrados pelo Brasil.<sup>174</sup> Ele ainda reconhece que tal abertura foi baseada nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil anteriormente. Como a adesão a diversos tratados internacionais, o autor expõe que não é mais possível uma interpretação “nacionalista” dos direitos humanos no Brasil, pois essa interpretação pode ser questionada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou outros órgãos internacionais devendo o Brasil cumprir a interpretação internacionalista porventura fixada.<sup>175</sup>

Outra característica dessa arquitetura de promoção de direitos humanos e de direitos fundamentais é expressamente ser previsto como normas de aplicação imediata (art. 5, parágrafo primeiro), o que referenda a interpretação de que a Constituição deve ser efetiva,

---

<sup>173</sup> SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 175.

<sup>174</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo. 2018. p. 485

<sup>175</sup> Ibid., p. 486.

posta em prática, aplicada. O constituinte determinou além dos direitos, a necessidade de aplicá-lo, os atores institucionais que tem esse dever bem como os meios para tal: as diversas ações e remédios constitucionais. Há, de fato, um texto normativo cujo propósito é a transformação do Brasil, baseados nos valores democráticos e estruturado de forma que os direitos fundamentais e humanos, e os atores do sistema de justiça tenham destaque para essa pretendida transformação. Apesar da proposta inicial e de em certa medida a manutenção da estrutura basilar da Constituição, em mais de trinta anos, diversas emendas constitucionais e decisões judiciais alteraram o texto constitucional inicial de modo a reconfigurar as relações de poder definidas.

#### 1.2.1.2 O processo de reformas constitucionais e legais após 1988

Logo em seguida à promulgação, iniciaram os processos de reforma do rebento texto constitucional e também de produção da nova legislação condizente como o novo período constitucional, bem como o processo de validação das diversas leis e atos infralegais anteriores à Constituição que precisavam passar pelo processo de recepção conforme a nova Carta. Nestes anos de vigência, a Constituição Federal, embora reconhecida por alguns autores como Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto como tendo conciliado vários interesses divergentes<sup>176</sup>, passou por nada menos do que 104 emendas<sup>177</sup>, com a incorporação de dois tratados internacionais de direitos humanos com equivalência a norma constitucional.

Dentre as diversas alterações, há grupos que são divulgadas como “reformas”. No tocante à temática deste trabalho a reforma mais significativa, sem dúvida, foi a reforma do sistema de justiça ou do Poder Judiciário de 2004 (Emenda Constitucional - EC 45). Castro Remígio afirma que a reforma foi legitimada discursivamente como solução para problemas estruturais do Poder Judiciário reconhecidamente graves naquele momento, problemas discursivamente reconhecidos como crise. Construiu-se a imagem de um que o Poder Judiciário era pesado, ineficiente, moroso, desacreditado pela sociedade e com uma estruturação interna extremamente autocrática.<sup>178</sup>

Nesta disputa política sobre o Poder Judiciário nos anos 1990 em diante, o referido autor reconhece um discurso legitimador hegemônico de democratizar o Poder Judiciário. De forma subterrânea foi fundamental a influência das diretrizes do Banco Mundial, publicadas

<sup>176</sup> SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 175.

<sup>177</sup> Até o dia 27 de agosto de 2020.

<sup>178</sup> REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Emenda Constitucional nº 45: da crise à legitimidade democrática do judiciário**. 2010. Dissertação (Mestrado). Fortaleza. 2010. p. 14.

no Documento Técnico nº 319/1996 do Banco Mundial, intitulado: *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma*.<sup>179</sup> Na conclusão do documento, registra-se, de forma sucinta a motivação geral da proposta que certamente expressa os motivos que levaram à reforma:

O objetivo desses projetos é o de prover um serviço eficiente, igualitário, respeitado e valorizado pela comunidade. A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global.<sup>180</sup>

O documento expõe o modelo ideal de Justiça do Banco Mundial. Tal instituição ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa a necessidade de: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade às Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.”<sup>181</sup>

A Emenda Constitucional de 2004 que alterou estruturalmente o sistema jurídico no Brasil buscou incrementar a celeridade processual, de modo que foram introduzidas: a seguintes modificações: justiça itinerante, câmaras Regionais, fim do recesso forense, princípio da razoável duração do processo, distribuição imediata de processos, súmula vinculante, efeito vinculante nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidades, novo fundamento para o Recurso Extraordinário, federalização das causas que envolvam grave violação de direitos humanos, além da possibilidade de tratados de direitos humanos serem considerados normas constitucionais por processo legislativo específico.<sup>182</sup>

Para a transparência nas sessões judiciais e administrativas foram implementadas publicidades dos julgamentos judiciais e administrativos; para o maior preparo e lisura dos

<sup>179</sup> Ibid., p. 204.

<sup>180</sup> BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico n.º 319/1996 do Banco Mundial: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma**. 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf> pg. 61. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>181</sup> Ibid., p. 18.

<sup>182</sup> BANCO MUNDIAL, 2021, p. 18.

magistrados: requisito de atividade jurídica, quarentena, vitaliciamento, proibição de recebimento de auxílios, formação e aperfeiçoamento.<sup>183</sup> E para a reestruturação interna destinada a uma redemocratização do Poder Judiciário: a criação do Conselho Nacional de Justiça, mudança no orçamento, na organização da Justiça do Trabalho, e nas competências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.<sup>184</sup>

Outras dezenas de reformas judiciais foram implementadas alterando o desenho institucional definido pela Assembleia Constituinte ao longo destes anos.<sup>185</sup> A EC nº 22, por exemplo, permitiu a criação dos Juizados Especiais e alterou competências do STF e STJ. A nº 24 substituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento por Varas do Trabalho e extinguiu a representação classista dos Tribunais do Trabalho. A nº 32 reduziu a imunidade dos parlamentares. A nº 74 concedeu autonomia as Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União. A nº 76 extinguiu o voto secreto no Congresso em processos de cassação de parlamentares e apreciação de vetos do Presidente. A nº 80 redefiniu o papel das Defensoria Públicas com maior autonomia e capilaridade de modo a equiparar em certa medida ao tamanho do Ministério Público, deixando de ser apenas um órgão de prestação de assistência jurídica gratuita. A nº 92 explicitou o TST como órgão do Poder Judiciário e alterou os requisitos para o provimento dos cargos de Ministros daquele Tribunal.

Fora as alterações constitucionais, a maior parte da legislação infraconstitucional foi alterada após a Constituição de 1988. Além de o processo contínuo de adaptação das normas jurídicas para a nova realidade, houve a necessidade de produzir leis que fossem condizentes com os valores, regras e princípios da nova Constituição. Deste modo, houve a promulgação de um novo Código Civil em 2002, um novo Código de Processo Civil em 2015, alterações substanciais no Código de Processo Penal, principalmente com a aprovação da lei “Pacote Anticrime” e a publicação de diversas leis extravagantes. Neste período, deve-se reconhecer ainda importantes reformas como seguidas reformas previdenciárias e a reforma trabalhistas, cujo discurso legitimador é a de aumentar eficiência, diminuir privilégios e compatibilizar o Brasil com a estrutura estatal de países ditos desenvolvidos.

De um modo geral, pode-se reconhecer que o cenário do direito brasileiro após 1988 foi de significativas alterações, sendo poucas as normas vigentes anteriores à Constituição ainda válidas. As que se mantiveram foram alteradas substancialmente, ou interpretadas sob a nova racionalidade que impera. Nesse cenário de disputas e de grande efervescência política,

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 18.

<sup>184</sup> Ibid., p. 15.

<sup>185</sup> Ibid., p. 15.



começa-se lentamente a construção de uma proposta sobre um novo constitucionalismo brasileiro de modo a sintetizar esse novo cenário. Em seguida, analisar-se-á as disputas na construção do conceito e a sua consolidação.

### 1.2.2 Situação Prática

Ao longo das últimas três décadas, o neoconstitucionalismo caminha para se consolidar como interpretação dominante sobre as alterações do direito brasileiro a partir da especificação do direito constitucional. No mínimo é uma referência na interpretação ou instrumento de alteração da realidade jurídica brasileira. Desse modo, apesar de vozes críticas contundentes, reconhece-se que a implementação da proposta neoconstitucional conseguiu alterar não só a forma de pensar o direito como introduziu mudanças significativas nas práticas jurídicas. Mesmo que tais práticas possam ser estudadas ou trabalhadas singularmente, nota-se que fazem parte de um emaranhado de situações que são reconhecidas como neoconstitucionais. As três situações práticas que se confundem reciprocamente por serem expressões de uma situação geral comum são: a arbitrariedade judicial, o ativismo judicial e a judicialização da política.

#### 1.2.2.1 Arbitrariedades judiciais

O neoconstitucionalismo legitima uma difusa arbitrariedade nas decisões judiciais. Streck, crítico desse fenômeno, vê, contemporaneamente, uma permissão para os juízes se tornarem colegisladores na medida em que o método interpretativo de subsunção foi superado pelo de ponderação de princípios conflitantes. Ou seja, com as teorias consideradas pós-positivistas, estar-se-ia sob uma nova forma de interpretação do direito, diferente da tradicional: a partir da constatação de que os juízes nem sempre poderiam obter uma resposta objetiva na letra da lei.<sup>186</sup>

Há uma abertura definitiva para interpretações contra a lei ou o texto constitucional, apesar de a teoria neoconstitucional reivindicar a efetividade do texto constitucional.<sup>144</sup> Esse novo cenário permitiu que diversos direitos e garantias, inclusive constitucionais, fossem

---

<sup>186</sup> LAURINDO, Marja Mangili. Neoconstitucionalismo e instrumentalização da lei no Brasil. **Captura crítica: direito, política, atualidade**, Florianópolis. v. 6. n. 1. 2017. p. 2.

relativizados, na medida princípios e valores não necessariamente expressos ou explícitos são vistos como normas com aplicação imediata, no mesmo nível hierárquico ou axiológico do que regras constitucionais ou legais expressas.

Sarmiento avalia que a tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido.<sup>187</sup>

Lênio Streck segue a mesma linha ao reconhecer que o discurso legitimador da técnica de ponderação e valorização dos princípios produz: “milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em alibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos.”<sup>188</sup> O autor reconhece que, no neoconstitucionalismo, houve o abandono do chamado critério fraco de diferenciação entre princípios (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação, permitindo a aplicação direta mediante ponderação controlada pela suposta proporcionalidade. Esta técnica fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade, com proposições no sentido de que, além da ponderação de princípios, deva existir também uma ponderação entre regras. Isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do direito.<sup>189</sup>

No emblemático caso da prisão “em segunda instância”, em que a discussão se pautou na possibilidade de iniciar a execução penal antes do trânsito em julgado enquanto direito fundamental de presunção de inocência (art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória)<sup>190</sup>, o voto do ministro do Supremo

---

<sup>187</sup> SARMENTO, 2009, p. 16.

<sup>188</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. UNISINOS. 2012a. p. 23.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 24

<sup>190</sup> É de conhecimento que, desde 1988, quando a Constituição foi promulgada, até 2009, era prevalecido o entendimento de que era possível cumprir a pena antecipadamente, mas não havia uma orientação clara do STF sobre o assunto. Início da discussão: 28/06/1991. Consequentemente, em 2009 o plenário do STF analisou a questão a partir de um habeas corpus (pedido de liberdade) de um réu condenado por homicídio - na ocasião, por 7 a 4, o Supremo decidiu contra a prisão antes do esgotamento dos recursos. Em 2016, entretanto, o plenário voltou a analisar a questão, ao julgar outro habeas corpus, e decidiu por 7 a 4 autorizar o cumprimento antecipado da pena. O resultado foi modificado. Por fim, Supremo Tribunal Federal decidiu na quinta-feira 07 de novembro de 2019, que o início do cumprimento de pena de condenados deve ocorrer

Tribunal Federal é emblemático. Segundo Barroso, a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada:

[...] Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência.<sup>191</sup>

Casos de relativização de imunidade parlamentar também se tornaram corriqueiros nos últimos anos. Em 2015, houve a prisão de um senador da República (Senador Delcídio Amaral) no exercício do mandato, decretada em decisão monocrática pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, com a violação expressa da imunidade do referido parlamentar.<sup>192</sup> No pedido de prisão preventiva pelo Procurador Geral da República a fundamentação denota fundamentação baseada claramente nos métodos interpretativos aqui trabalhados:

[...] O tom absolutista do preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: **se não são absolutos sequer os direitos fundamentais, não faz sentido que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar.** Essa prerrogativa, embora institucional, é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, colaboração perigosamente próximo de privilégio odioso. [...] A Carta Magna não pode ser interpretada de modo a colocar o Supremo Tribunal Federal, intérprete e guardião máximo da Constituição Federal, em posição de impotência frente a organização criminosa que se embrenhou dentro do Estado. **A interpretação literal do § 2º do art. 53, descontextualizada de todo sistema, transformaria a relevante garantia da imunidade parlamentar em abrigo de criminosos,** os quais vêm sabotando relevante investigação criminal e instrução processual em curso (grifo nosso).<sup>193</sup>

---

apenas depois do trânsito em julgado de seus processos, ou seja, após esgotados todos os recursos. Disponível em: [<sup>191</sup> Voto do ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.](https://www.personaltimeorganizer.com.br/dicas-e-artigos/cronologia-do-pensamento-do-stf-quanto-a-prisao-em-2a-instancia#:~:text=Cronologia%20do%20pensamento%20do%20STF%20quanto%20%C3%A0%20pris%C3%A3o%20em%20%C2%AA%20inst%C3%A2ncia,-O%20que%20levou&text=Precipua%20%C3%A9%20de%20conhecimento%20que,do%20STF%20sobre%20o%20assunto. Acesso em: 08 mar. 2021.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>192</sup> Art. 53, § 2º da Constituição Federal prevê: Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. BRASIL, Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>193</sup> SOUZA, Paulo. **Considerações acerca da prisão do Senador da República Delcídio Amaral, à luz do ordenamento jurídico vigente e dos Princípios Republicanos.** 2016. p. 1 Disponível em: <https://oluapazuos.jusbrasil.com.br/artigos/266805801/consideracoes-acerca-da-prisao-do-senador-da>

Nos anos seguintes, outros parlamentares foram presos durante o mandato, com fundamentações questionáveis sobre a flagrância e inafiançabilidade, superando jurisprudência e entendimento pacífico sobre a imunidade parlamentar.<sup>194</sup>

De modo similar, em nítida relativização de norma constitucional, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de decreto presidencial de indulto em 2017. Em 2019, o julgamento final do processo reconheceu a constitucionalidade do decreto. Entretanto, a decisão inicial foi válida por mais de dois anos como votos relevadores da situação atual das coisas. O ministro Luiz Fux, em um dos votos perdedores, reconheceu que:

[...] cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, de forma que ela não seja excessiva ou insuficiente. Segundo seu entendimento, a redução indiscriminada e arbitrária da pena por obra de decreto concessivo de caráter geral é atentatória ao princípio democrático e da separação de Poderes, por usurpar o poder do Judiciário de definir a reprimenda penal, em que pese a concessão de indulto ser prevista no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal como ato privativo do presidente da República.<sup>195</sup>

Nota-se que de forma inédita, houve o controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal de ato privativo do Presidente da República, impedindo que diversos presos fossem libertados ou tivessem seus direitos restituídos.

Lênio Streck avalia que com o neoconstitucionalismo ocorreria a predação da autonomia do Direito pela moral. Ele enxerga dois tipos de predadores do Direito: externo e internos. Dentro do primeiro grupo poder-se-ia citar a economia, a moral e a política. Do segundo, a base interna fraca que permite à discricionariedade nas decisões judiciais servir de porta de entrada para seus predadores exógenos. O direito, em sua visão, passaria a ser soçobrado por um pragmatismo político arbitrário e moralista para o qual nem a democracia seria um obstáculo para a sua sanha autoritária. A situação jurídico-política atual desde a Constituição Federal de 88 seria o da erosão do direito em nome de princípios. Princípios como grande bloco de superação do positivismo estrito, o que permite a entrada das citadas

---

republica-delcidio-amaral-a-luz-do-ordenamento-juridico-vigente-e-dos-principios-republicanos. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>194</sup> Em 2020, deputado federal Daniel Silveira foi preso após gravar vídeo com ameaças ao Supremo. Antes de Silveira, quatro outros deputados federais já foram presos durante o exercício do mandato desde a Constituição de 1988: João Rodrigues (PSD-SC), em 2018; Celso Jacob (MDB-RJ), em 2017; Paulo Maluf (PP-SP), em 2017 e Natan Donadon (PMDB-RO), em 2013. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/02/17/relembre-deputados-federais-presos-durante-o-mandato-antes-de-daniel-silveira>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>195</sup> STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas à corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164.

influências externas.<sup>196</sup> O autor reivindica a necessidade de defender a legalidade constitucional frente as arbitrariedades jurisdicionais. Para ele, ser revolucionário, hoje, seria defender a legalidade constitucional. Para este autor, a grande contradição do discurso neoconstitucionalista está no fato de que, ao mesmo tempo em que sustenta pela validade principiológica normativa constitucional aplicada aos casos particulares, acaba por autorizar decisões arbitrárias de moralidade duvidosa.<sup>197</sup>

Bruno de Aguiar propõe, ao mesmo tempo em que critica o neoconstitucionalismo, um constitucionalismo que não faça uso de teses que desembocam, invariavelmente, em discricionariedade para fugir de uma subjetividade individualista.<sup>198</sup> Ele ainda reconhece que o neoconstitucionalismo e suas propostas, por mais que vise superar o juspositivismo, faz o cenário ideal para o reforço da discricionariedade do intérprete judicial, adstrito que está, filosoficamente da proliferação do ativismo judicial. Nesse ponto ele reconhece que a principiologia serve de cavalo de troia para a moral dentro do Direito, que ocorre a maior predação deste por aquela. O que poderia levar, segundo suas palavras, a um regime de horrores com os lemas falsos de neutralidade, de homem apolítico, de tecnicismo asséptico com uma pretensa moralidade universal vinda de uma globalização privatista. O pretenso novo seria um futuro distópico, moralista, de um direito desprovido de autonomia e de nenhum respeito pelas conquistas do século XX.<sup>199</sup>

#### 1.2.2.2 O ativismo judicial

O fenômeno já amplamente discutido é visto como integrante do neoconstitucionalismo. O ativismo judicial seria não somente um resultado, mas também uma das causas ou elementos caracterizantes do novo constitucionalismo. De modo geral, o ativismo judicial é visto como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>200</sup>

Corroborar tal afirmação Daniel Sarmiento que reconhece no neoconstitucionalismo a superação de uma leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites

---

<sup>196</sup> Ibid., p. 164.

<sup>197</sup> Ibid., p. 164.

<sup>198</sup> SANTOS, 2017, p. 117.

<sup>199</sup> Ibid., p. 117-118.

<sup>200</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

rígidos à atuação do Poder Judiciário. Surgiriam outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E, em vez de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.<sup>201</sup>

Maria De Lourdes Araújo Cavalcante Mundim e Ivan Dias da Motta ao analisarem a relação entre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial. Eles avaliam que no ambiente neoconstitucional se abre uma gama de possibilidades para o exercício da atividade criativa do direito, para o ativismo judicial num cenário pós-positivista.<sup>202</sup>

Eles afirmam criticamente:

[...] nesta conjuntura neoconstitucional de revisão de valores numa busca sincera de efetiva materialização de direitos fundamentais, seja em face dos vazios e omissões legislativas ou do entorpecimento e da imobilidade executiva que culminam por tornar letra morta os preceitos mais vigorosos de instituição de direitos e garantias fundamentais insertos em textos constitucionais e legais; é compreensível que findem por desaguar no Poder Judiciário as demandas por efetividade destes valores. Neste desiderato, cabe ao Estado/Juiz, no pleno exercício da atividade jurisdicional, transpor da condição de mero chancelador e aplicador do direito positivo, atuando como parte integrante do núcleo de coparticipação na formação do direito. [...] Seja por invocação neoconstitucional ou compelido pelas transformações sociais e políticas, não há mais espaço para uma atuação judicial meramente passiva, inquisitiva e positivista em vista da publicização das relações sociais, levadas cada vez mais em escala industrial à apreciação judicial, a demandar também soluções coletivamente construídas. (...) Neste quadro, o neoconstitucionalismo coopera com o caráter ativista da atuação jurisdicional, construindo modelos de soluções que ampliem a efetividade da proteção e promoção de direitos fundamentais e da personalidade, alcançados à custa de muitas batalhas que não podem ficar submetidas ao alvitre dos poderes redundando em meras promessas ou recomendações irrepreensíveis.<sup>203</sup>

Outros autores mesmo não relacionando diretamente ambos fenômenos, ao estabelecerem as causas do ativismo listam diversos elementos associados ao neoconstitucionalismo. Luís Roberto Barroso relaciona o ativismo judicial com a

<sup>201</sup> SARMENTO, Daniel, 2009, p. 4.

<sup>202</sup> MUNDIM, Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti; MOTTA, Ivan Dias da. Neoconstitucionalismo: a reinterpretção da constituição e o ativismo judicial. In: CONPEDI/ UFG / PPGDP (org.). NEVES, Cleuler Barbosa das; STURZA, Janaína Machado (coord.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 129.

<sup>203</sup> Ibid., p. 129.

judicialização da política.<sup>204</sup> Para o autor, o ativismo decorre da vontade política, ao contrário da judicialização, que seria fruto da arquitetura constitucional.<sup>205</sup> Para ele o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.”. Segundo ele, “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que as demandas sejam atendidas de maneira efetiva”. Haveria “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário dos valores e fins constitucionais, com maior interferência de atuação dos outros dois Poderes.”.

De modo geral, ele conceitua o ativismo judicial das seguintes condutas:

(I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patentes e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de conduta ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>206</sup>

Para o autor está claro que, no Brasil recente, em determinadas situações o Judiciário tem exibido uma posição claramente ativista. O autor cita para ilustrar reconhecendo à fidelidade partidária pelo Supremo Tribunal Federal em nome do princípio democrático, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Também cita a vedação ao nepotismo aos Poderes Legislativos e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, sem qualquer norma explicitada na Constituição.<sup>207</sup> Ainda cita outra decisão do STF sobre inconstitucionalidade de EC no que se refere a regras eleitorais com limitação de funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral.<sup>208</sup> Além das inúmeras decisões concessivas de medicamentos ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.<sup>209</sup>

Caso emblemático de ativismo judicial foi o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável e, posteriormente, do casamento homoafetivo. Em 2011, os ministros, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

<sup>205</sup> Ibid., p. 23-32.

<sup>206</sup> BARROSO, 2012, p. 23-32.

<sup>207</sup> Ibid., p. 23-32.

<sup>208</sup> Ibid., p. 23-32.

<sup>209</sup> Ibid., p. 23-32.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro.<sup>210</sup> Tal caso é emblemático por se tratar de decisão judicial sobre tema político de grande relevância, encarado por parte da sociedade como objeto de deliberação parlamentar.

Outras questões relevantes estão em tramitação no STF. A legalização do aborto até a terceira semana de gestação e a descriminalização do consumo de maconha aguardam voto do plenário da Corte, após votos favoráveis.<sup>211</sup>

Como último exemplo de caso emblemático, destaca-se a criminalização da homotransfobia pelo STF, no Mandado de Injunção nº 4733 e na Ação Direta de Omissão Constitucional. Em 2020, a corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para criminalizar tais atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+1 e decidiu que condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na lei 7.716/89 (Lei de Racismo) e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe, até que o Congresso Nacional edite lei específica. Foi aprovada a tese de que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.<sup>212</sup> Foi o primeiro processo de criminalização judicial contrariando regra e princípio expressos da Constituição Federal da reserva legal para criminalização: art. 5, XXIX, que prevê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”.

Streck reconhece no atual cenário uma persistente “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo”, que teria “alimentado a expansão do

---

<sup>210</sup> O julgamento teve como fundamento principal a interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O artigo 3º, inciso IV, da CF vedaria qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se prestaria para desigualação jurídica. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento\\_entre\\_pessoas\\_do\\_mesmo\\_sexo\\_no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo_no_Brasil). Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>211</sup> Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/411017568/o-aborto-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal>. E: <https://www.conjur.com.br/2019-out-28/decisao-porte-droga-stf-adiada-conta-instancia>. Acesso em 20 mar. 2021.

<sup>212</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. **STF e a criminalização da homofobia**. 2020. p. 1 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 20 mar. 2021.



Judiciário nessa direção em nome da Constituição com a prolação de decisões que suprem omissões, e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.”<sup>213</sup>

Outros autores reconhecem nas “crises” o catalisador do ativismo judicial. Carlos Bastide Horbach vê uma crise institucional atual e uma confusão mental entre os juristas sobre a divisão moderna da função do Estado, gerando uma preponderância cada vez mais significativa do Poder Judiciário sobre os demais.<sup>214</sup> A crise seria resultado de o Poder Judiciário concentrar a função jurisdicional e ao mesmo tempo a guarda da Constituição. Já a confusão mental seria decorrente de os agentes responsáveis por cada um destes níveis de produção jurídica – legislação, jurisdição constitucional e jurisdição – embaralharem as lógicas de funcionamento delas. Embora seja difícil reconhecer as causas desta confusão mental, Horbach reconhece alguns indicadores sendo o mais evidente e importante, a influência da chamada “nova hermenêutica constitucional”, fundada em um “pós-positivismo”, que faz surgir um “neo constitucionalismo”.<sup>215</sup>

Lênio Streck reconhece a dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, elenca algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.<sup>216</sup> Para ele aparece a questão da vontade. Com a crescente intervenção do Judiciário na esfera política, preponderantemente a partir do que ficou conhecido na história do constitucionalismo estadunidense como Corte Warren, a questão da vontade migra para o âmbito da decisão judicial.<sup>217</sup> O autor ainda afirma que a literatura jurídica brasileira não usa critérios claros para estudar o fenômeno e se aproxima e se distancia do que é reconhecido como ativismo judicial estadunidense sem parâmetros claros. Assim, o autor reconhece de fato a existência de um ativismo judicial à brasileira,<sup>218</sup> sendo que o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial.<sup>219</sup>

### 1.2.2.3 Judicialização da política

<sup>213</sup> GONÇALVES, 2020, p. 1.

<sup>214</sup> HORBACH, 2007, p. 92.

<sup>215</sup> HORBACH, 2007, p. 84.

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. 2015. p. 56.

<sup>217</sup> Ibid., p. 58.

<sup>218</sup> Ibid., p. 58.

<sup>219</sup> Id., 2012a, p. 23.

De início, para entender o fenômeno, devemos levar em consideração o conceito definido por Luís Roberto Barroso sobre a judicialização da política:

[...] judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.<sup>220</sup>

Tal fenômeno social é trabalhado com maestria por Vianna et al., em livro de referência: a judicialização da política e das relações sociais. Os autores constatarem que o processo de judicialização da política e das relações sociais em curso no mundo contemporâneo, especialmente nos países de democracias maduras, já se constitui em um movimento plenamente internalizado pela moderna sociedade brasileira.<sup>221</sup> Para eles, se tornou uma realidade o Judiciário ser visto como instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.<sup>222</sup> Este poder antes periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos e distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais teria se transformado e ganhado destaque.<sup>223</sup> Em suas palavras, o constitucionalismo moderno, em particular o imediatamente subsequente ao segundo pós-guerra, através dos princípios fundamentais não somente deslocou a hegemonia do positivismo kelseniano, como também concedeu novo espaço para as correntes do humanismo jurídico, devolvendo atualidades à antinomia clássica entre direito e justiça. Haveria a reintrodução no direito a ideia de justiça. A positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.<sup>224</sup>

Com Streck se reconhece a judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional, ou seja, no Brasil, a Constituição de 1988. Com a passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito haveria o deslocamento do polo de tensão do Executivo para o

<sup>220</sup> STRECK, 2012a, p. 23.

<sup>221</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 257.

<sup>222</sup> Ibid., p. 9.

<sup>223</sup> Ibid., p. 9.

<sup>224</sup> Ibid., p. 22.

Judiciário.<sup>225</sup> Da mesma opinião são os autores supracitados. Para eles, contra uma “tirania da maioria”, na figura do Poder Executivo, a sociedade brasileira teria se encontrado com a vontade do legislador constituinte para reconhecer no Poder Judiciário mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais.<sup>226</sup>

Os neoconstitucionalistas não escondem que fazem uma aposta no Poder Judiciário para efetivar e garantir direitos e ser protagonista. Como resposta ao autoritarismo do executivo e veladamente ao conluio ou acoplamento do Legislativo com agentes políticos ou econômicos, o Judiciário seria um poder independente às interferências externas, como guardião derradeiro da Constituição para defender e promover a democracia e os direitos fundamentais.

A ascensão do novo constitucionalismo teria provocado a alteração da configuração dos Poderes, pela qual o Poder Judiciário se sobrepôs ao Poder Legislativo, principalmente a partir da criação dos tribunais constitucionais.<sup>227</sup>

Laurindo afirma que:

O discurso jurídico dominante afirma a necessidade de que a lei seja direcionada para a eficácia de certos valores, de modo a proteger direitos fundamentais da “pura lei”. Neste sentido, ao judiciário caberia, pensam os neoconstitucionalistas, o controle de assuntos políticos de grande importância através de decisões baseadas em princípios constitucionais, em manifestação clara de um ativismo judicial. No Brasil, assim como em outros países, com o aumento da chamada “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o trabalho do poder judiciário tem sido cada vez mais valorizado, em detrimento das ações políticas do povo. Os tribunais brasileiros decidiram, não raramente, em desacordo com a lei: eles substituem a lei firme (uma Constituição Federal e leis) para fins legais. O cenário atual leva a acreditar que a decisão baseada em princípios não positivos, à mercê da consciência do juiz, leva rapidamente a um poder judicial sem uma metodologia adequada, que rege suas decisões em uma moralidade subjetiva em um cenário histórico autoritário de instrumentalização política das leis.<sup>228</sup>

Daniel Sarmiento constata que pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios, matérias primas da constitucionalização do Direito, o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí

---

<sup>225</sup> STRECK, 2012a, p. 23.

<sup>226</sup> VIANNA, et al., op. cit., p. 11.

<sup>227</sup> LAURINDO, 2017, p. 37.

<sup>228</sup> Ibid., p. 36.

porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo.<sup>229</sup>

Mundim e Motta também reconhecem que os conceitos jurídicos abertos e princípios que orientam a interpretação da normatividade constitucional, estão postas a serviço da efetivação dos mais caros princípios de garantia dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo segundo eles viria a agregar valor a este movimento de implementação efetiva da força normativa da Constituição que, ao propor a identificação de novas perspectivas, marcariam o início de um novo direito constitucional. Seria preciso considerar que não seria exclusivamente do voto popular direto e das leis aprovadas por maiorias imbuídas dos mais diversos interesses, que advém a legitimidade da atuação estatal. Segundo eles séculos de história demonstrariam que numa concepção estritamente positivista, far-se-ia um apelo ao Estado/juiz para garantir a aplicabilidade da lei. Hoje ao juiz caberia proteger contra o arbítrio da lei.<sup>230</sup>

Daniel de Paula explicita o atual estágio das coisas:

Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de poderes é necessária.<sup>231</sup>

Haveria a destruição do velho cânone da tripartição de poderes.<sup>232</sup> Pedro Trovão do Rosário afirma, nesta linha, de que o judiciário, que havia sido concebido apenas com aplicador da lei, nas sociedades contemporâneas vem apresentando protagonismo crescente na vida pública. De modo que o clássico modelo de Montesquieu de divisão de poderes, de matriz liberal, não se daria conta da complexidade verificada na sociedade e na nova dimensão do constitucionalismo contemporâneo.

Walber Agra é preciso ao perceber que ideologicamente, o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo clássico porque sua preocupação não é a liberal de limitação e separação dos poderes, mas a concretização dos direitos fundamentais. Desta forma, em suas palavras: “a doutrina clássica da separação dos poderes não cumpre mais sua função”<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> SARMENTO, 2009, p. 18.

<sup>230</sup> SARMENTO, 2009, p. 132.

<sup>231</sup> PAULA, 2011, p. 273.

<sup>232</sup> Ibid., p. 273.

<sup>233</sup> AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, É. O. (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008b. p. 436.

Na verdade, segundo ele, a separação dos poderes clássica se mostraria com um verdadeiro empecilho à concretização dos direitos fundamentais: “surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte”<sup>234</sup> O autor vai longe e afirma que o neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos político-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular.<sup>235</sup>

No âmbito do direito administrativo, onde imperava um modo formal de produção de direito menos dinâmico do que em outros ramos do direito, há uma verdadeira alteração da forma de se pensar e interpretar. Rafael Oliveira, por exemplo, reconhece que o controle jurisdicional dos atos administrativos se restringia aos aspectos de legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário exercer um controle de mérito (liberdade conferida pelo legislador ao agente público para exercer juízo de ponderação dos motivos e escolher os objetos dos atos administrativos). Ele reconhece, contudo, que a clássica dicotomia entre discricionariedade (atos discricionários) contra vinculação (atos vinculados) deve ser adaptada a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. Para ele o que vai variar é a intensidade do grau de liberdade conferido ao administrador.<sup>236</sup>

A legalidade teria deixado de ser o único parâmetro para verificação do atuar administrativo. Haveria, agora, uma ampliação da margem de controle dos atos supostamente discricionários levada a efeito pelo Judiciário para garantir que uma alegação de mérito não seja um artifício ou escudo à violação da ordem jurídica. A atuação administrativa, neste modo de pensar, deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei (em sentido estrito), mas também pelo respeito às normas constitucionais, inclusive seus princípios (sejam eles expressos ou implícitos) com o objetivo de efetivar direitos fundamentais.<sup>237</sup>

Dirley Cunha corrobora tal pensamento e reconhece que a própria ideia de legitimidade do Direito passa a ser aqui debatida. Segundo ele, não haveria mais como admitir uma suposta discricionariedade ou espaço de mérito administrativo ao alvedrio da própria Constituição e da máxima efetividade de suas normas, sob pena de “violenta frustração da

---

<sup>234</sup> AGRA, 2008b, p. 436.

<sup>235</sup> Ibid., p. 346.

<sup>236</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 326.

<sup>237</sup> Ibid., p. 39.

vontade constituinte”.<sup>238</sup> A maior ou menor abertura semântica (indeterminação do conteúdo) e mesmo eventual remissão expressa à lei não poderiam consistir, portanto, em obstáculo intransponível à sua aplicação imediata e exigibilidade judicial, ainda que os efeitos concretos a serem extraídos das normas de direitos sociais pudesse, em alguns casos, serem mais modestos.<sup>239</sup> O referido autor reconhece para concluir que “as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais.”<sup>240</sup>

Daniel Sarmento avalia que esta sistemática de jurisdição constitucional adotada, em larga medida, promoveu o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.<sup>241</sup>

Neste ambiente, de progressiva judicialização da vida política, há decisões paradigmáticas. Em 2016, o STF suspendeu a posse de ex-presidente da República para ministro da Casa Civil da Presidência, de forma liminar.<sup>242</sup> Em momento de importância ímpar para a vida política nacional foi suspenso a nomeação de um cargo político em ação popular. São inúmeros os casos de decisões judiciais impedindo nomeações e posses, com os embates político-partidários deslocando-se para o ambiente judicial.<sup>243</sup> Da mesma forma,

<sup>238</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 693.

<sup>239</sup> SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 641.

<sup>240</sup> JÚNIOR, op.cit., p. 695.

<sup>241</sup> SARMENTO, 2009, p. 7.

<sup>242</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>243</sup> Em 2021, partido político ajuizou Ação de Preceito Fundamental junto ao STF pedindo declaração de inconstitucional de apoio do Brasil ao embargo a Cuba no sistema internacional da ONU. Disponível em: <https://pt.org.br/pt-pede-que-stf-declare-inconstitucional-apoio-do-brasil-ao-embargo-a-cuba/>. Acesso em 25 abr. 2021. Houve questionamentos sobre autonomia do Banco Central, decreto de armas, privatizações, bem como política de vacinação durante a crise do covid-19. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/02/25/pt-e-psol-entram-com-acao-no-stf-contr-autonomia-do-banco-central.htm>; <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/03/pt-pcdob-e-psol-va-ao-stf-contr-mp-que-privatiza-a-eletobras/>. E: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2021/02/18/pt-rede-e-psol-va-ao-stf-com-adis-contr-decretos-de-armas-de-bolsonaro.htm>. E: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/oab-vai-ao-stf-para-que-bolsonaro-compre-vacinas-para-imunizacao-em-massa/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

tornou-se comum a suspensão ou revogação de atos judiciais pelo Poder Judiciário em situações até recentemente vistas como competência exclusiva do administrador público.<sup>244</sup> O controle judicial sobre políticas públicas ficou ainda mais evidente na crise sanitária pela pandemia de Covid-19, com diversas medidas governamentais sendo suspensas ou alteradas pela Justiça, a partir de ações de entidades representativas, econômicas ou públicas como Ministério Público e Defensoria Pública.<sup>245</sup>

O neoconstitucionalismo, nestes termos, surgiria, enfim, como a teoria que promete efetivar as garantias constitucionais que parecem estar atrapalhadas pela lei: a constituição passa a ser colocada acima do princípio da legalidade e do parlamentarismo a ele atrelado.<sup>246</sup>

### 1.3 A subjetividade neoconstitucional

Um dos objetivos deste trabalho é identificar e delimitar a subjetividade neoconstitucional. Após a exposição sobre o conceito, seus principais teóricos, breve quadro histórico e a situação prática, chegou o momento de analisar a sua subjetividade. Subjetividade enquanto conjunto das ideias que organizam e dão uma identidade própria a conceito alargado de neoconstitucionalismo. Este será o momento de reorganizar os principais elementos expostos de forma a moldar o que se reconhece como aparência geral do neoconstitucionalismo no mundo da subjetividade.

Os neoconstitucionalistas apostam todas suas fichas no Direito. A defesa do Direito pelos neoconstitucionalistas se funda no discurso de ter sido causa relevante para a

---

<sup>244</sup> Houve no ano de 2020, a suspensão da posse de superintendente da Polícia Federal no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/alexandre-suspende-nomeacao-de-ramagem-para-chefia-da-policia-federal/>. Acesso em: 20 mar. 2021. Em 2021, houve até pedido pelo Ministério Público Federal do afastamento do Presidente da República sobre determinadas áreas para permitir o combate ao covid-19: Subprocurador do MPTCU pede afastamento de Bolsonaro no combate à covid-19. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/03/19/ministerio-publico-pede-ao-tcu-afastamento-do-bolsonaro-e-ministros.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 mar. 2021. O Superior Tribunal de Justiça também afastou liminarmente o governador do Rio de Janeiro do cargo em 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451350&ori=1>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>245</sup> Houve uma verdadeira batalha judicial em relação aos decretos restritivos de atividades durante a pandemia, com liminares autorizando cultos religiosos, funcionamento de academias de ginástica, aumento horário de funcionamento de bares e restaurantes e inclusive ação da Presidência da República para reconhecer a inconstitucionalidade dos decretos restritivos estaduais. Disponíveis em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2021/03/19/desembargador-autoriza-funcionamento-de-academias-durante-vigencia-do-decreto-no-rn.ghtml>. E: <https://oglobo.globo.com/rio/em-liminar-justica-do-rio-amplia-horario-de-funcionamento-de-bares-restaurantes-ate-as-20h-1-24912037>. E: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-03/governo-aciona-stf-contradecretos-que-restringem-circulacao>; <https://g1.globo.com/pe/parana/noticia/2021/03/20/desembargador-autoriza-realizacao-de-cultos-presenciais-em-igreja-do-recife-durante-quarentena.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>246</sup> LAURINDO, 2017, p. 38.

consolidação das experiências autoritárias do século XX o direito, e especificamente o positivismo jurídico como filosofia dominante. Para encerrar esse ciclo de arbitrariedades também teria sido determinante a promulgação de diversas constituições democráticas e o estabelecimento de vasto rol de garantias e direitos fundamentais.

Este discurso legitimador do neoconstitucionalismo defende um novo paradigma no Brasil, criador de uma nova estrutura de valorização dos direitos fundamentais e vasto rol de mecanismos de proteção dos indivíduos frente ao Estado. O Estado passa a ser visto contraditoriamente como uma figura tendente a promover direitos, mas, ao mesmo tempo, potencialmente autoritária e violadora de direitos. Seria papel dos atores do sistema de justiça cotidianamente utilizar o direito para impedir atos jurídicos potencialmente antidemocráticos ou violadores de direitos individuais. Nesta cena desconsidera-se a política de uma forma ampla, descontextualizando-se a história para reafirmar uma visão de mundo estritamente reducionista sobre a função do sistema jurídico.

Antoine Garapon, jurista francês, no clássico *Guardião de Promessas*, com base na realidade da década de 1990, reconhecia o estabelecimento de uma nova cena da democracia.<sup>247</sup> Em que pese Garapon fazer uma análise profunda sobre a realidade jurídica e judicial francesa, seu trabalho pode ser utilizado como fio condutor da subjetividade neoconstitucional uma vez que o objeto desta pesquisa, como será demonstrado à frente, tem características comuns com cenários jurídicos de outros países. Em que pese Garapon não se debruçar sobre neoconstitucionalismo, as situações práticas e teóricas por ele abordadas são similares, pra não dizer quase iguais, às brasileiras.

Na nova democracia exposta por Garapon, o direito teria se tornado um referente de peso da ação política, tanto para traduzir reivindicações quanto para organizar a ação administrativa. Seria sobre a forma do direito e dos procedimentos judiciais que o indivíduo das democracias encararia a ação política. Por isso, o ativismo judicial não seria exceção, mas uma evolução das expectativas acerca da responsabilidade política.<sup>248</sup>

De opinião similar, são Vianna et. al. , que constata a vocação expansiva do princípio democrático como indutora da institucionalização do direito na vida social. Haveria uma invasão inédita de espaços até há pouco inacessíveis para ele, como certas dimensões da vida privada.<sup>249</sup> Teria havido a transformação dos conflitos sociais em matéria a ser jurisdicionada pelo direito. A arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento teria

---

<sup>247</sup> ROSANVALLON, P. La justice, nouvelle scène de notre démocratie. (Libération,1995). In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Instituto Piaget, 1996/1995. p. 43.

<sup>248</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Instituto Piaget, 1996. p. 43.

<sup>249</sup> VIANNA; et al., 1999., p. 15.



sofrido influência e invasão pelo tema da justiça social com a regulação pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes.<sup>250</sup> Desde do *welfare state*, as relações sociais seriam mediadas pelas instituições estatais, fora da esfera estritamente privadas, fazendo do direito e de seus procedimentos uma presença constituinte do capitalismo organizado.<sup>251</sup>

Garapon reconhece a preponderância do poder judiciário sobre os demais e a aposta da sociedade no Direito, com a afirmação de que a importância da justiça não deve ser entendida como uma simples passagem de testemunho da soberania do povo para o juiz, mas antes como uma transformação do sentimento de justiça. Nestes termos, a transformação do papel do juiz corresponderia à transformação da própria democracia. Como caráter simbólico de atuação.<sup>252</sup> Nestes termos, o critério da justiciabilidade teria substituído ao critério da positividade da lei.<sup>253</sup>

Os autores supracitados também avaliam o cenário de modo similar ao reconhecer que a linguagem e os procedimentos do direito, dominantes na forma do Estado social, mobilizariam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, como única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a sua legalidade e aplicações. Haveria o uso do direito como um dos principais recursos de comunicação como a tradução da agenda política em normas jurídicas.<sup>254 255</sup>

Garapon segue reconhecendo que o direito definir-se-ia não tanto pela imposição legítima da lei, mas antes pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro, como possibilidade de julgamento. Independente de forma, ou de base jurídica. O que valeria seria a possibilidade de um terceiro resolver a questão, e no caso, os juízes ganham protagonismo nesse mundo do direito. Garapon reconhece que tudo poderia ser resolvido por este terceiro e dá como exemplo até mesmo a política externa, um domínio até então exclusivo do domínio político.<sup>256</sup> Não se trataria somente de uma transferência de soberania para o juiz, mas, antes de mais, de uma transformação da democracia. Segundo ele, os juízes não usufruiriam de uma tal popularidade se não existisse uma nova expectativa política em que uma nova forma de conceber a democracia. Não seria a questão do direito em

---

<sup>250</sup> GARAPON, 1999, p. 17.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>252</sup> GARAPON, 1999, p. 43.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>254</sup> VIANNA, et al., *op. cit.*, p. 20.

<sup>255</sup> Tais referências à comunicação são fundadas na teoria de Habermas que os autores citam a partir da obra de referência: Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 242.

<sup>256</sup> GARAPON, *op. cit.*, p. 17.

si mas um novo imaginário democrático. O direito, neste cenário, teria se tornado a nova linguagem, através do qual seria possível formular os pedidos políticos, que, desapontados, se voltam, agora, em grande número, para a justiça.<sup>257</sup>

Antoine Garapon reconhece que a virada desta cena democrática é relacionável como a mudança das expectativas sobre o Estado. Para ele, num sistema providente, o Estado é todo-poderoso e pode preencher todas as lacunas, reparar e substituir tudo. Perante falhas e frustrações, a esperança passaria para a justiça. É nela, doravante, e portanto “fora” do Estado, que se deveria procurar a consagração da ação política. Garapon é enfático ao reconhecer que o sucesso da justiça seria inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, devido, nas palavras do autor, ao desinteresse e à perda do espírito público. Desse modo, o árbitro imparcial compensa o “deficit democrático” através de uma decisão política doravante destinada à gestão e proporciona à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe ofereceria cada vez menos. O juiz seria chamado a salvar a democracia.<sup>258</sup>

Nãos se trataria somente de um suporte, mas a transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas para uma jurisdição em termo jurídicos.<sup>259</sup> A cooperação entre os diferentes atores da democracia já não seria assegurada pelo Estado, mas antes pelo direito, que se assume, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. “Oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar os seus governantes, de os chamar a atenção e de os obrigar a respeitar as promessas contidas na lei.” A justiça, segundo Garapon, parece oferecer-lhes uma possibilidade de ação mais individual, mais próxima e mais permanente do que a representação política clássica, intermitente e afastada.<sup>260</sup>

Garapon conclui que o direito deixou de ser um instrumento da manutenção social e passou a ser o da contestação. E nessa nova posição, o direito contemporâneo, fora da alçada do Estado, continua a ser excessivo em relação àquilo que está estipulado (direito positivo), e a justiça, nomeadamente a justiça constitucional, surge como espaço de decisão permanente entre o ideal de querer viver em conjunto e a dificuldade da ação política.<sup>261</sup> Estas palavras se assemelham muito à análise de Mauro Cappelletti, baseado em Habermas, para qual a

---

<sup>257</sup> Ibid., p. 36.

<sup>258</sup> GARAPON, 1999, p. 36.

<sup>259</sup> Ibid., p. 44.

<sup>260</sup> Ibid., p. 46.

<sup>261</sup> Ibid., p. 48.

legislação do Estado Social possuiria uma concepção de tempo com ênfase no futuro, diferentemente da legislação liberal voltada às garantias, ao passado.<sup>262</sup> Habermas afirma que a abertura do direito ao tempo futuro, o teria feito admitir “leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação de prognóstico inseguro [...], com a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados.”<sup>263</sup> Vianna et al. ao avaliarem a indeterminação do direito, reconhecem que no Estado Social o Poder Judiciário seria investido no papel de legislador implícito, visto que se exigiria deste Poder um acabamento da norma, e o estabelecimento de sentido,<sup>264</sup> deixando-se pra trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético, do justo.<sup>265</sup>

Destas breves passagens podemos notar similaridades que saltam aos olhos em relação às principais ideias do neoconstitucionalismo. O objeto de estudo desta pesquisa pelas características e elementos apresentados, faz do direito, e, em especial, do direito constitucional, o instrumento capaz de transformação social. O direito, a partir da constitucionalização de outros ramos do direito, é capaz de se expandir para áreas até então excluídas do controle judicial de forma ampla. Para tal, deve ser fundando num direito cada vez mais judicial e maleável quer supere as normas produzidas fora do sistema de justiça.

O direito já não é visto como resultado da atividade política e parlamentar ou como expressão da execução de políticas públicas, mas antes como regra superior de conduta de todos indivíduos e agentes públicos. Nestes termos, todas ações humanas são vistas sob o olhar jurídico e passíveis de judicialização. Tal subjetividade é defendida pelos neoconstitucionalistas na medida em que valorizam a efetividade dos direitos fundamentais e das normas constitucionais com a filtragem constitucional de todo o direito e a preponderância do Poder Judiciário. Somente o direito pós-positivo com tais elementos será capaz de impedir a barbárie, como distopia num mundo fora do modelo do Estado Democrático de Direito.

A subjetividade neoconstitucional eleva o sistema de justiça a um nível de influência política inédita no Brasil. Atualmente, nada escapa ao buraco negro que se tornou o sistema de justiça. Cada evento pode ser levado e julgado pelo judiciário, inclusive as grandes

---

<sup>262</sup> VIANNA et al., 1999, p. 16.

<sup>263</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 109.

<sup>264</sup> VIANNA et al., op. cit., p. 21.

<sup>265</sup> VIANNA et al., 1999, p. 23.

questões nacionais. O sistema judicial passou a ser o referendador da política, produzindo a judicialização da política e das relações sociais.

Gisele Cidadinno também reconhece na expansão da ação judicial a marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa.<sup>223</sup> Ela cita Werneck Vianna que caracteriza o nosso o período histórico pela preponderância do Poder Judiciário:

[...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida: Justiça.<sup>266</sup>

Garapon também enxerga uma inversão de posições determinante, com a justiça passando de uma posição secundária para a principal.<sup>267</sup> O direito torna-se, segundo o autor, o princípio de toda relação social.<sup>268</sup> Seria conclamado a não solucionar desvios sociais mas ser o processo de socialização, tornando a jurisdição um modo normal de governo. A exceção teria se tornado a regra e o processo de resolução de conflitos teria se tornado o modo comum de gestão de setores inteiros.<sup>269</sup> Enquanto antes se concebia a justiça de forma negativa e punitiva, agora, progressivamente ela se torna positiva e construtiva. A justiça passa a ser portadora das esperanças da mudança.<sup>270</sup>

Garapon segue sua análise afirmando que “o poder crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste fim de século.”<sup>271</sup> Ele expõe:

[...] nada mais pode escapar ao controle do juiz. Estas últimas décadas viram os contenciosos explodir e as jurisdições crescer e se multiplicar, ao mesmo tempo que a sua autoridade se tem diversificado e afirmado cada dia um pouco mais. O juiz manifesta-se num número de setores da vida social cada dia mais vasto. Antes de mais, na vida política, onde se viu desenvolver, um pouco por todo o mundo, aquilo que os chamam de um ativismo judicial.<sup>272</sup>

<sup>266</sup> VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, 1996. p. 263.

<sup>267</sup> GARAPON, 1999, p. 47.

<sup>268</sup> Ibid., p. 47.

<sup>269</sup> Ibid., p. 47.

<sup>270</sup> Ibid., p. 47.

<sup>271</sup> Ibid., p. 20.

<sup>272</sup> Ibid., p. 20.

O juiz segundo passaria a ser considerado o árbitro dos bons costumes e até mesmo da “moralidade política”.<sup>273</sup> Os juízes são legitimados a intervir na vida econômica, social e moral. Para Garapon se procura no juiz:

[...] não só o jurista ou a figura do árbitro, mas também o conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como em matéria de prevenção da delinquência. [...] O juiz torna-se igualmente um referente para o indivíduo perdido, isolado, desenraizado que as nossas sociedades geram e que procura no confronto com a lei a última referência.<sup>274</sup> [...] Esta nova sensibilidade traduz uma demanda moral: a expectativa de uma instância que estipule o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva.<sup>275</sup> [...] Se tudo e todos são, doravante, passível de judicialização, espera-se também tudo da justiça; não apenas uma justiciabilidade ilimitada mas também uma justiça total. A justiça não pode apenas se limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar.<sup>276</sup>

Ao analisar o fenômeno, o autor reconhece uma “viragem judiciária da vida política, que, primeiramente, vê na justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado. Os juízes ocupam tal lugar de refúgio numa nova expectativa política que as instâncias políticas tradicionais aparentemente não satisfazem.”<sup>277</sup> Haveria um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surgiria como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, através do acesso à justiça.<sup>278</sup>

Há a avaliação de que em torno do Poder Judiciário vem-se criando uma nova arena pública externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.<sup>279</sup> Vianna et al. são enfáticos em afirmar que nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos.<sup>280</sup>

O neoconstitucionalismo também centra seus fundamentos no indivíduo. O indivíduo através de sua dignidade ganha destaque como referência epistemológica de todo o direito. Todo o sistema político, jurídico e social se legitima no indivíduo, a partir desse marco

<sup>273</sup> Ibid., p. 20.

<sup>274</sup> Ibid., p. 21.

<sup>275</sup> Ibid., p. 21.

<sup>276</sup> Ibid., p. 21.

<sup>277</sup> GARAPON, 1999, p. 21.

<sup>278</sup> VIANNA, et al., 1999, p. 22.

<sup>279</sup> Ibid., p. 22.

<sup>280</sup> Ibid., p. 23.

histórico de necessidade de proteção dos direitos fundamentais em oposição aos anos de holocausto, campos de concentração, extermínio e tortura.

A dignidade humana é elevada a valor maior de forma a amparar a moral no direito, constitucionalmente estruturado enquanto direito fundamental ou direito humano na sistema internacional de proteção. Em grande medida, qualquer experiência estatal fora dos marcos liberais é associada a autoritarismo ou experiências históricas passadas de modo a continuamente revalorizar a judicialização da política e a individualização dos conflitos sociais. Não se trata de ignorar as tentativas de coletivizar as ações judiciais ou incidentes processuais, mas reconhecer que mesmo coletivamente entende-se que o direito coletivo seria uma soma de interesses individuais a serem de forma mais célere ou racional operada coletivamente.

Vianna et al. avaliaram que, ainda na década de 2000, a implementação de juizados especiais, foi resultado da democratização do acesso à Justiça e da nova presença do direito no mundo contemporâneo. Para os autores já na década de 60 nas democracias, por eles reconhecidas como consolidadas, se percebeu que havia uma demanda reprimida por assegurar direitos aos indivíduos carentes de mecanismos de efetivação. Somente com reformas introduzidas no sistema de Estado Social os sistemas jurídicos teriam começado a se preocupar em dotar os indivíduos de condições de apelar à Justiça na qualidade de consumidores, locatários, empregados ou mesmo usufrutuários de um meio ambiente poluído.<sup>281</sup> Será, nas palavras dos autores, no contexto de reformas, que surgirão os tribunais especializados, os quais terão nas chamadas “pequenas causas” um de suas expressões mais importantes.<sup>282</sup>

Nesse cenário liberal, juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerar de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Para Garapon:

Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> VIANNA et al., 1999. p. 157.

<sup>282</sup> Ibid., p. 158.

<sup>283</sup> GARAPON, 1999, p. 23.

O autor conclui tal raciocínio reconhecendo que o juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política.<sup>284</sup>

A análise desenvolvida por Garapon reconhece que dimensão coletiva da política desaparece:

O debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma mais direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação. Reivindica, de fato, uma maior participação, de forma a decidir o seu próprio destino e não mais depender de uma luta coletiva, o que implica negociação, mediação ou conciliação. Indivíduo não depende mais de nenhuma organização para enfrentar o Estado em condição de igualdade.<sup>285</sup>

O autor ainda afirma que a invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos.<sup>286</sup> Ele ainda afirma que a presença total e absoluta do direito e das instituições do Judiciário na vida social preencheria, assim, um vazio, devolvendo à sociedade um sentimento de justiça.<sup>287</sup> Essa nova sensibilidade traduziria uma demanda moral: “a expectativa de uma instância que se pronuncie sobre o bem e o mal, e fixe a ideia de injustiça na memória coletiva [...], a procura de identificar, na vida democrática, um Outro que possa satisfazer as suas questões existenciais.”<sup>288</sup> A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao arruinamento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do Estado Social, fazendo com que esse Poder e suas instituições passassem a ser percebidas como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social.<sup>289</sup>

As normas passam a exigir legitimidade democrática já que não são mais reconhecidos como produto de processos eleitorais, políticos ou coletivos legítimos. A aplicação do direito vai exigir neste cenário constante legitimação. Em cada ato jurídico há a necessidade de fundamentação a fim de impedir violações de direitos fundamentais ou da norma

---

<sup>284</sup> Ibid., p. 24.

<sup>285</sup> GARAPON, 1999, p. 47.

<sup>286</sup> Ibid., p. 20.

<sup>287</sup> GARAPON, 1999, p. 21.

<sup>288</sup> Ibid., p. 34.

<sup>289</sup> Ibid., p. 22.

constitucional de forma ampla. De modo, que toda norma é passível de questionamento através do controle de constitucionalidade.

Nesta esteira, o controle de constitucionalidade é o principal instrumento para a defesa dos princípios e valores do novo constitucionalismo no Brasil. O controle serve como abertura interpretativa e de disputa de sentido em relação a cada norma e exercido não somente em relação a normas positivadas mas inclusive em relação a princípios ou valores metajurídicos como o princípio administrativo de preponderância do interesse público sobre o privado que foi revisado, aqui já abordado. A jurisdição brasileira não só é fiscalizada e controlada através da filtragem constitucional, como também no âmbito do sistema de proteção internacional de direitos humanos pelo controle de convencionalidade, termo atribuído ao controle pelas instâncias internacionais conforme as convenções de direitos humanos.

Há de forma difusa e ampla o reconhecimento de que o direito dever se abster de ser produto de decisões políticas e sim de decisões estritamente técnicas. Antoine Garapon afirma que há um descrédito das leis e tal fenômeno se deve, antes de mais nada, à sua forma: “a lei parece “sem tecnologia””: o seu espírito abstrato, rígido, uniforme que condena a um direito doutrinal, afastado das realidades, já não é aceite.”<sup>290</sup>. Autor referenda o pensamento de que o controle jurisdicional é mais casuístico e mais flexível, mais propício às regulamentações sutis requeridas pelas nossas sociedades complexas. Haveria uma causa de descrédito da regra com leis dispensáveis e não respeitáveis. O autor ainda reconhece que o jogo político parlamentar é visto não como a soma de vontade, mas sim como um conjunto de recusas, o que produz leis que se tornam um produto semiacabado que deve ser concluído pelo juiz.<sup>291</sup>

O direito nestes termos passa a ser estritamente técnico e fora da política. Vianna et al. reconhecem na mobilização do direito, suas categorias e procedimento como indicador da democratização social. Eles citam Ferrarese, para quem “o direito se investe de uma relevância particular no Estado Social, na medida em que está dotado do caráter técnico que o capacita a assumir a função de um meio de comunicação simbolicamente generalizado”.<sup>292</sup>

A aproximação da moral que poderia sugerir um distanciamento do direito positivista científico, neutro e apolítico, tende a reafirmar o afastamento da política visto que a moral é racionalista. O pós-positivismo como já abordado não especifica uma moral determinada mas sim a racionalização da superação do direito positivo conforme os valores defendidos pelo

---

<sup>290</sup> Ibid., p. 37.

<sup>291</sup> GARAPON, 1999, p. 38.

<sup>292</sup> VIANNA et al., 1999, p. 19.



próprio conjunto de valores do sistema jurídico, como a dignidade humana, a democracia, a proporcionalidade, os direitos humanos, a razoabilidade e assim por diante.

Garapon afirma que a judicialização da vida política atesta este deslocamento: doravante, é nos métodos da justiça que a nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça forneceu à democracia o seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc..<sup>293</sup>

Ele ainda afirma que o juiz e a constelação de representações que gravitam à sua volta conferem à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva. Isto explicaria porque o Estado se descarta de algumas das suas prerrogativas, passando-se para instâncias quase jurisdicionais, como as autoridades administrativas independentes. Seria ao contrário do Estado, instância neutra e imparcial, à transparência e à regularidade processual que parecem ter atualmente mais legitimidade do que o exercício de uma vontade política.<sup>294</sup> A ação coletiva encontra, pois, a sua validação processualmente. A ideia de imparcialidade que pertence ao vocabulário da justiça é transferido ao Estado, que sintetiza a perda de confiança do político e uma reorientação das expectativas políticas em direção à justiça, dado que a opinião pública lhe dirige os seus pedidos de decisão. Segundo Garapon, “a justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.”<sup>295</sup>

A partir do momento em que é o Poder Judiciário dá a palavra final sobre a maior parte dos conflitos sociais no Brasil, a política é judicializada racionalmente. Esta racionalização vai exigir elementos próprios para a definição de elementos decisórios, já que o direito positivo é visto como superado. Com a defesa do pós-positivismo e revalorização de um direito composto pela moral, há a superação das técnicas clássicas de interpretação por técnicas mais fluídas. Busca-se superara a subsunção como critérios rígidos de hierarquia, especialidade e temporalidade pela técnica de ponderação de interesses e com o uso indiscriminado de princípios com baixa normatividade.

O neoconstitucionalismo produz uma subjetividade argumentativa instrumentalizada pelo uso de princípios pretensamente consensuais. Recorre-se a princípios como o da duração razoável do processo, devido processo legal, instrumentalidade das formas ou inafastabilidade da jurisdição. Há, inclusive, uma corrida pela “descoberta” de novos princípios, de modo que

---

<sup>293</sup> Ibid., p. 42.

<sup>294</sup> Ibid., p. 42.

<sup>295</sup> VIANNA et al., 1999, p. 42.

Lênio Streck chama tal fenômeno de panpricipiologismo,<sup>296</sup> ou de fato: uma “usina de produção de princípios despídos de normatividade”<sup>297</sup>.

Como já abordado, o direito positivo é visto como autoritário mas também como inadequado ao tempo da nova sociedade emergente. No século da tecnologia, da informação, da internet e da comunicação, o direito positivado é associado a burocracia estatal como lento, custoso, ineficiente, inefetivo e sem sentido. É comum a reivindicação de decisões judiciais contrárias ao texto legal ou constitucional com a justificativa de que o Legislativo não legislou sobre o assunto, como no caso do casamento homoafetivo.<sup>298</sup>

O direito passa a ser extremamente mutável, com jurisprudências consolidadas se alterando curto espaço de tempo, dentro até do mesmo processo judicial como no emblemático caso da prisão em segunda instância. Decisões contrárias à jurisprudência não são vistas como erradas, pois podem em determinado caso ser justas ou transformadoras de jurisprudência injusta, a partir do caráter transformador do direito como apresentado por Garapon e pelos autores neoconstitucionalistas.

Lênio Streck reconhece que a superação do modelo de regras implicaria uma profunda alteração no direito, porque através dos princípios, se passou a canalizar para o âmbito das Constituições elementos do mundo prático. O autor é contra determinadas práticas que, por um apelo a uma pragmática de cariz fragmentário e realista, passam a produzir decisões casuísticas, em que o denominado “caso concreto” isolado é fundamento da superação da jurisprudência. O direito deve desse modo resolver cada caso, num verdadeiro ceticismo hermenêutico, pelo qual, além da discricionariedade, o juiz teria passado a não fundamentar as suas decisões. O “caso concreto” teria servido de álibi para qualquer decisão, proferida segundo a subjetividade (vontade) do juiz ou do tribunal.<sup>299</sup> Trata-se de teorias que servem a produção de decisões arbitrárias tendo em vista situações isoladas como se toda aplicação do direito fosse especial e única. Produz-se o direito a partir do caso concreto, de forma pragmática.

Desse modo, a subjetividade neoconstitucional pode ser definida como um conjunto de ideias ou teorias sobre como é e sobre como deveria ser o direito para a transformação da

---

<sup>296</sup>STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. 2012b. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 08 mar. 21.

<sup>297</sup>Ibid., p.1.

<sup>298</sup>Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal permitiu a união estável homoafetiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-28/proibir-casamento-gay-afrentaria-decisao-stf-dizem-especialistas2>. Acesso em: 18 mar. 2021.

<sup>299</sup>STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas à corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 226.

realidade social, jurídica e política brasileira após a redemocratização do Brasil. Há a defesa da reintrodução da pós-positivismo e a constitucionalização de todas as esferas do direito, o que produz na prática a despolitização e a judicialização das relações sociais e jurídicas, arbitrariedades judiciais, ativismo judicial e um direito produzido pela jurisprudência, superando as normas legais e administrativas. O modelo estatal defendido é o Estado Democrático Constitucional de Direito, com inspiração nos Estados liberais europeus e estadunidense. É utilizada a defesa da democracia e da implementação dos direitos fundamentais, individuais, sociais e dos direitos humanos na esfera internacional, como principais argumentos para promover as mudanças.

## 2 O NEOLIBERALISMO OU O NOVO LIBERALISMO NO BRASIL

### 2.1 Delimitação do conceito

#### 2.1.1 O neoliberalismo como sistema normativo

Esta parte da pesquisa terá referencial teórico principal a obra de Pierre Dardot e Christian Laval, a Nova Razão do Mundo. A tese destes autores franceses é a de que o neoliberalismo antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, seria um sistema normativo, ou a nova razão do mundo. Seria assim uma nova subjetividade humana ou uma nova racionalidade. Este sistema normativo teria ampliado sua influência por todo o globo, estendendo a lógica do mercado a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida.<sup>300</sup>

Tratar-se-ia de uma racionalidade, capaz de estruturar e organizar tanto governantes como governados.<sup>301</sup> E, em suas palavras, tratar-se-ia de uma lógica normativa, composta por um novo conjunto de regras, que definiriam não apenas o sistema de acumulação, mas também, e mais amplamente, outra sociedade.<sup>302</sup> O neoliberalismo seria visto, portanto, como um sistema de normas inscritas nas práticas governamentais, nas políticas institucionais, nos estilos gerenciais e de um modo geral em todas os sistemas normativos.<sup>303</sup>

Esta racionalidade neoliberal teria como característica principal a generalização da concorrência como norma de conduta e, a generalização da empresa como modelo de subjetivação. Nestes termos, o neoliberalismo seria a razão do capitalismo contemporâneo.<sup>304</sup> A bandeira deste sistema seria a liberdade, orientando de forma inédita as condutas, as escolhas e as práticas dos indivíduos num quadro normativo global.<sup>305</sup>

O debate sobre neoliberalismo pode parecer ultrapassado visto que foi objeto de intensos debates nas décadas de 1990 no Brasil e há correntes que reconhecem sua superação a partir dos governos dos Partidos dos Trabalhadores. A abordagem de Dardot e Laval é uma poderosa ferramenta para retomar os estudos sobre o tempo, pois com eles há além de uma atualização dos debates, um aprofundamento relevante.

---

<sup>300</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 7.

<sup>301</sup> Ibid., p. 17.

<sup>302</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 24.

<sup>303</sup> Ibid., p. 30.

<sup>304</sup> Ibid., p. 17.

<sup>305</sup> Ibid., p. 21.

Os autores reconhecem no neoliberalismo, um novo modelo social de ser, que seria íntimo e difuso. Ou simplesmente a forma como as pessoas se comportam, agem e pensam.<sup>306</sup> Nesta nova realidade, cada pessoa se vê como empreendedora, ou empresa, em competição constante com seus pares em todas as esferas da vida. Haveria a racionalização generalizada das desigualdades, precariedade das relações humanas e trabalhistas bem como o espírito meritocrático.

### 2.1.2 A origem do debate

Dardot e Laval explicam que o conceito de “racionalidade política” foi elaborado por Michel Foucault em suas pesquisas sobre “governamentalidade” no curso do Collège de France em 1978-1979. Com a publicação de Nascimento da Biopolítica, teria nascido um plano de análise sobre a razão governamental, e em grande medida também sobre o neoliberalismo. O curso debruçou-se sobre a racionalidade empregada nos procedimentos pelos quais se dirige, através de uma administração de Estado, a conduta das pessoas (homens, no original). O conceito de racionalidade política seria, nos termos foucaultianos, uma racionalidade governamental.<sup>307</sup>

Para Foucault, por governo não deveria ser entendido somente a estrutura estatal, mas a atividade que consistiria em reger a conduta das pessoas no interior de um quadro e com instrumentos de Estado.<sup>308</sup> Para Dardot e Laval, Foucault utiliza-se dessa noção de governo como atividade, e não como instituição, em sentido amplo. A governamentalidade ou o governo seriam compostos técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta das pessoas, como procedimentos de poder.<sup>309</sup> Eles explicam que o termo “governamentalidade” foi introduzido para dar sentido às múltiplas formas dessa atividade pelos quais pessoas que, pertencente ou não a um governo, buscam conduzir a conduta de outras pessoas, isto é, governá-las.<sup>310</sup> Foucault estaria interessado pelas técnicas de autogoverno do indivíduo, como “modo de ação que um indivíduo exerce sobre si mesmo por meio das técnicas de si”, de modo a ampliar o conceito por ele desenvolvido de governamentalidade, enquanto técnica de controle sobre os outros.<sup>311</sup> Foucault denomina-as por técnicas de dominação, aquelas

---

<sup>306</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16.

<sup>307</sup> Ibid., p. 16.

<sup>308</sup> FOUCAULT, 1979. p. 819.

<sup>309</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 18.

<sup>310</sup> Ibid., p. 18.

<sup>311</sup> Ibid., p. 18.

exercidas sobre os outros e sobre si.<sup>312</sup> Dardot e Laval enfatizam que o governo exige liberdade como condição da possibilidade. Governar não seria governar contra ou a despeito da liberdade, mas governar pela liberdade, isto é, agir ativamente no espaço de liberdade dado aos indivíduos para que estes venham a confortar-se por si mesmos a certas normas.<sup>313</sup>

Verônica Gago, pensadora argentina, também se alinha a este referencial ao sublinhar que o neoliberalismo não seria apenas de uma ideologia, mas uma tecnologia de poder; um poder pensado como ação física na natureza e como regulação apenas por meio da liberdade de cada um e apoiando-se nela. Sendo assim, o conceito de governo tornar-se-ia “governo econômico” no sentido do conceito fisiocrático das técnicas específicas de manejo das populações. Governar transformar-se-ia na “arte de exercer o poder na forma da economia”. Ela se escora em Foucault que segundo ela teria definido o liberalismo econômico como uma arte de governar, superando a visão até então hegemônica que teorizava a capacidade de governo como uma virtude sustentada no negativo: isto é, em sua possibilidade de restringir condutas segundo uma certa ordem e obter uma obediência ou menos contínua.<sup>314</sup> A arte de governar, a partir de Foucault, teria se transformado radicalmente, promovendo iniciativas e não as limitando: dizendo sim à livre iniciativa como impulso de desenvolvimento do próprio capitalismo.<sup>315</sup>

Foucault teria feito uma análise sobre a relação desta arte de governar que teria ultrapassado o conceito hobbesiano de governo soberano, no qual os indivíduos renunciariam a seus desejos para dar lugar a uma autoridade política unificada. No novo governo se suscitaria e se promoveria a liberação de uma pluralidade de fins específicos e diversos, de modo paradoxal, visto que se governa por meio da liberação e não da restrição de fazer.<sup>316</sup> O ineditismo de Foucault seria, portanto, reconhecer que governar não é somente mandar e fazer obedecer, ou proibir condutas desejadas, mas também, e talvez, principalmente, incentivar e propiciar condutas que poderiam ser condutas ativas, até mesmo contra o próprio Estado.

Gago reivindica o pensamento de Foucault, retomando a discussão sobre o neoliberalismo, para entender a nova razão Estado, o Estado do pós-guerra. Para ela, à razão de estado teria sido adicionada a razão econômica, herética e sem relação com a razão de estado e de política, o que lhe daria um novo conteúdo, com novas formas de racionalidade estatal. Esta nova razão teria como eixo principal postular o fim da hegemonia do estado,

---

<sup>312</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 18.

<sup>313</sup> Ibid., p. 19.

<sup>314</sup> GAGO, Verônica. **A razão neoliberal**. Economias barrocas e pragmática popular. Elefante, 2018. p. 229.

<sup>315</sup> Ibid., p. 229.

<sup>316</sup> Ibid., p. 230.

como algo da sociedade, de modo que o Estado deixa de ser percebido com o detentor da verdade da sociedade.<sup>317</sup> Foucault teria marcado uma distinção importante entre o liberalismo do século XVIII e o neoliberalismo pós nazismo na Alemanha: no primeiro a liberdade de mercado teria sido introduzida na razão de estado e em um estado de polícia que vinha do século anterior. Na Alemanha do pós-guerra, o Estado desmantelado, seria considerado inexistente, o que teria gerado a implementação do ordoliberalismo, de modo que a liberdade teria sido conclamada a fundar e limitar este novo Estado. A diferença seria a superação de um mercado vigiado pelo Estado para um Estado sob a vigilância do mercado. Já não se trataria de liberar a economia, mas de constatar até que ponto a economia funciona como princípio formal da organização do social, do político, do estatal. O mercado ocupa a posição central no imaginário coletivo de estrutura social. Não mais o Estado. Este novo Estado, cuja única função seria promover um mercado adequado e competitivo. A função exclusiva do Estado seria permitir a competitividade econômica através dos meios políticos disponíveis.

Haveria a descentralização do estatal em nome de uma dinâmica diretamente empresarial, de modo, há uma nova conceitualização da política social em termos neoliberais: não havendo mais um papel paternal de proteção estatal. As políticas teriam se convertidas em “conceder a cada um uma espécie de espaço econômico dentro do qual podem assumir e enfrentar riscos.”<sup>318</sup> Os indivíduos seriam, assim, submetidos a um regime de concorrência em todos os níveis, com situação de vida precária alavancando a concorrência interindividual e definindo novos modos de subjetivação.<sup>319</sup>

Neste novo estado de coisas, teria havido a superação do governo soberano para um governo “pós-soberano, antimaquiavélico e desterritorializado” segundo Dardot e Laval.<sup>320</sup> A economia teria se convertido num mundo de gestão do imprevisto, visto que o Estado não deteria mais interesse em conduzir a economia, fomentar e proibir ou sujar as mãos de fato com a direção de empresas públicas, controles de preço ou protecionismos. O Estado teria passado a encarar a questão econômica através de técnicas de segurança que tornariam cada fenômeno social como natural e, portanto, acima do bem e do mal. A nova realidade é visto como naturalmente liberal,<sup>321</sup> onde o mercado seria a entidade superior e natural. Tanto a economia quanto a política estariam sendo conduzidas para um processo de fusão ou de reabsorção e seriam tratadas como uma física, uma questão técnica avalorativa, visto que não

---

<sup>317</sup> GAGO, 2018, p. 230.

<sup>318</sup> Ibid., p. 230.

<sup>319</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 9.

<sup>320</sup> Ibid., p. 9.

<sup>321</sup> Ibid., p. 231.

existiria nada além do mercado, nem motivo ou desejo para um mundo fora do mercado, sem os seus valores.

### 2.1.3 A superação da teoria de acumulação

Esta análise sobre neoliberalismo até aqui possui metologia distinta de outros autores de referência na temática. Em obras como a de David Harvey, em a Breve História do Neoliberalismo, o neoliberalismo é interpretado como um sistema de acumulação. Segundo esta visão, com crise estrutural de acumulação do capitalismo na segunda metade do século XX, teria havido condições materiais para a ampliação da exploração do capital sobre áreas públicas ou que não estivessem introduzidas na lógica mercadológica. Com esta oportunidade histórica os capitalistas teriam retirado o Estado de áreas estratégicas da econômica, aumentando a exploração do capital. Para Dardot, Laval e Gago, assim como para Foucault, tal análise não abrangeria de modo satisfatório o neoliberalismo.<sup>322</sup>

Harvey define o neoliberalismo como teoria de práticas econômicas e políticas que propõe que o ser humano pode se desenvolver melhor pela liberalização de suas liberdades individuais empreendedoras através direitos fortes de propriedade privada, mercado livre e comércio livre.<sup>323</sup> Para o autor, a crise da acumulação nos anos 1960, marcada pela estagflação e pela diminuição dos lucros, teria incitado a burguesia a ir à “desforra”, empregando por ocasião da crise, a para sair dela, o projeto social neoliberal.<sup>324</sup>

Dardot e Laval reconhecem nele uma explicação sedutora porém reducionista, visto que o fenômeno seria resultado de plena consciência de indivíduos. E de forma nada inédita, com o neoliberalismo sendo apenas a mercantilização implacável de toda a sociedade, como a tese defendida de Duménil e Levy, pra quem: “o neoliberalismo é o portador de um processo de mercantilização generalizada das relações sociais.”<sup>325</sup>

No Brasil, autores de referência no debate, também avaliam o neoliberalismo como sistema de acumulação. Para Saad Filho e Moraes, o neoliberalismo seria “mais que uma ideologia ou um conjunto claramente definido de políticas tais como privatização, liberalização financeira e das importações ou ataque coordenado ao Estado de bem-estar social.” Os autores concebem o neoliberalismo como o sistema de acumulação dominante (ou

---

<sup>322</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 7.

<sup>323</sup> HARVEY, David. **A brief history of Neoliberalism**. Ed. Oxford, 2005. p 2.

<sup>324</sup> Ibid., p. 2.

<sup>325</sup> Ibid., p. 23.



seja, o estágio atual, a etapa ou o modo de existência do capitalismo contemporâneo).<sup>326</sup> Este sistema de acumulação teria quatro características principais:

[...] a financeirização da produção, da ideologia e do Estado, a integração internacional da produção (“globalização”); um papel proeminente do capital externo na integração global da produção e na estabilidade do balanço de pagamentos; e uma combinação de políticas macroeconômicas baseada em políticas fiscais e monetárias contracionistas e em metas de inflação, na qual a manipulação das taxas de juros se torna a principal ferramenta de política econômica.<sup>327</sup>

Embora relevante a avaliação das características principais do neoliberalismo, com Dardot e Laval o problema central destas análises seria reconhecer no neoliberalismo somente o aspecto econômico. Seria estreita demais a interpretação da extensão das transformações sociais, culturais e subjetivas introduzidas pela difusão das normas neoliberais em toda a sociedade, uma vez que o neoliberalismo não seria somente uma resposta a uma crise de acumulação mas sim, uma resposta a uma crise de governamentalidade.<sup>328</sup>

A crise, com base em Foucault, seria muito mais sobre dominação do poder do que propriamente econômica, embora relacionáveis. Ele teria reconhecido que a dita “economia” de fato estaria no fundamento de um conjunto de dispositivos de controle da população e de orientação das condutas, a “biopolítica”, que encontrariam no neoliberalismo uma sistematização inédita. Assim, a concorrência e o modelo empresarial constituiriam um modo geral de governo, muito além da “esfera econômica”. O evento analisado não seria somente uma mercantilização de toda a existência, mas sim a expansão da racionalidade de mercado a toda a existência por meio da generalização da forma empresa. Os autores não trabalham somente na esfera econômica, mas sim na econômica institucional historicamente situada. Para eles, se a forma do capitalismo e os mecanismos da crise são efeitos contingentes de certas regras jurídicas, seriam suscetíveis de serem superadas à custa de transformações jurídico institucionais. Estar-se-ia lidando, portanto, com um complexo econômico jurídico que admitiria multiplicidade de figuras singulares, de modo que se trabalhará com a sociedade neoliberal, e não apenas com a política neoliberal ou a economia neoliberal. Embora seja inegavelmente uma sociedade capitalista, essa sociedade diria respeito a uma figura singular do capitalismo que exigiria ser analisada como tal em sua irreduzível especificidade e não conforme uma lei geral essencialista do capitalismo.<sup>329</sup>

<sup>326</sup> FINE, Bem; SAAD FILHO, Alfredo. Thirteen Things You Need to Know About Neoliberalism. **Critical Sociology**, v. 45, n 4-5, 19 de ago. 2017. p. 687.

<sup>327</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018. p. 97.

<sup>328</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 26.

<sup>329</sup> Ibid., p. 26.

Outros aspectos relevante sobre a conceituação do neoliberalismo seria a superação da interpretação deste fenômeno como uma ideologia e uma política econômica inspirada nessa ideologia. Sobre este ponto de vista, o neoliberalismo seria meramente uma ideologia de não intervenção estatal sobre o mercado, enquanto entidade natural, com um regresso ao *laissez-faire*. Dardot e Laval vislumbram a ação estatal neoliberal mais do que um princípio de antiintervencionismo. Haveria um erro grave em identificar o neoliberalismo somente com a ideologia liberal de retirada do estado da economia. Os autores rechaçam a confusão entre a representação ideológica que acompanha a implantação das políticas neoliberais com a normatividade prática que caracteriza propriamente o neoliberalismo.<sup>330</sup>

Eles negam o reconhecimento das práticas neoliberais apenas os aspectos “negativos”, isto é, como a destruição programada das regulamentações e das instituições. Segundo eles, o neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições e direitos. Ele também produz. Tal característica também foi reconhecida por Wendy Brown.

A autora estadunidense, por exemplo, reconhece que o neoliberalismo pode ser identificado como:

[...] instrumento de política econômica do Estado, com o desmantelamento dos auxílios sociais, da progressividade do imposto e outras ferramentas de redistribuição de riquezas de um lado e com estímulo da atividade sem entraves ao capital mediante a desregulamentação do sistema de saúde, do trabalho do meio ambiente de outro.<sup>331</sup>

Desse modo, não haveria como negar os aspectos ativos das políticas neoliberais. Para eles seria errada a análise de que o neoliberalismo restauraria as regras mais puras do capitalismo, permitindo ao capital continuar sua marcha de acumulação sem qualquer contenção.<sup>332</sup> O pensamento de David Harvey, que se debruçou sobre o tema, seria superficial, visto que o autor exploraria o tema numa relação dialética mas tratando o neoliberalismo como instrumento amplo da burguesia que se utilizaria do Estado para diminuir a intervenção estatal a favor do livre iniciativa, do fluxo irrestrito do capital e da exploração.<sup>333</sup> O neoliberalismo também é isso, mas não só isso. Em seguida, será aprofundado alguns aspectos da diferença entre o neoliberalismo e o liberalismo a fim de desvendar o porque este novo sistema normativo não é somente um retorno Estado liberal.

<sup>330</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 15.

<sup>331</sup> BROWN, Wendy. **Les habits neufs de la politique mondiale, néolibéralisme et neoconservatisme**. Trad. Christine Vivier, Philippe Mangeot e Isabelle Sanit-Saës. Paris: Les Prairies Ordinaires, 2007. p. 37.

<sup>332</sup> DARDOT; LAVAL, 2016. p. 22.

<sup>333</sup> Ibid., p. 22.

## **2.2 A relação com o liberalismo**

### 2.2.1 Crise do liberalismo e nascimento do neoliberalismo

O estudo do neoliberalismo deve se pautar nos caracteres diferenciados que especificam a governamentalidade neoliberal. Não se trata, como afirmam Dardot e Laval, de procurar estabelecer uma simples continuidade entre liberalismo e neoliberalismo, mas sim, de sublinhar o que constitui propriamente a novidade, o que implicaria ir contra a tendência em apresentar o neoliberalismo como um “retorno” ao liberalismo original ou uma “restauração”.<sup>334</sup>

O liberalismo clássico teria como principais características a imposição de limites ao governo. O cerne deste fenômeno seria a sua naturalidade ontológica, visto que as leis naturais balizariam a sociedade, a economia e os sujeitos, servindo de marco para a ação pública: leis econômicas, igualmente “naturais”, regulariam a decisão política. As doutrinas do direito natural e da dogmática do *laissez-faire*, com suas técnicas utilitaristas tentariam orientar, estimular e combinar os interesses individuais para fazê-lo servir ao bem geral.<sup>335</sup>

A crise de 1930 e as conseqüentes pressões totalitárias e socialistas fariam tal conglomerado de ideias também entrarem em crise. O que exigiu da intelectualidade uma resposta para refundar o pensamento liberalismo. Para tal empreitada, dois grupos vão se opor: o do Colóquio Walter Lippmann, em 1938, denominado ordoliberal alemão, representado por Walter Eucken e Wilhelm Röpke e a corrente austro-estadunidense, representada por Ludwig von Mises e Friedrich A. Hayek.<sup>336</sup>

### 2.2.2 O colóquio Walter Lippmann ou a reinvenção do liberalismo

---

<sup>334</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 32.

<sup>335</sup> Ibid., p. 33.

<sup>336</sup> Ibid., p. 33.

Dardot e Laval esclarecem que, diferentemente da opinião difundida de que a Sociedade Mont-Pèlerin, em 1947, teria sido fundadora do pensamento neoliberal, de fato, o momento de fundação teria ocorrido, antes, em 26 de agosto de 1938, no Instituto Internacional de Cooperação Intelectual, em Paris, com a presença de Friedrich Hayek, Jacques Rueff, Raymond Aron, Wilhelm Röpke, Alexander von Rüstow, dentre outros.<sup>337</sup>

O debate teria girado principalmente em torno da necessidade de enfrentamento do totalitarismo e da visão naturalista do liberalismo. A meta da reunião teria sido a condensação de um movimento intelectual difuso, como continuação de diversos trabalhos já publicados sobre a crise do capitalismo.<sup>338 339</sup>

Lippman foi responsável pela tese principal de que o liberalismo não se identificaria com o *laissez-faire* e que o regime liberal seria de fato resultado de uma ordem legal que pressuporia um intervencionismo jurídico do Estado. São registros histórico do colóquio:

A vida econômica ocorre dentro de um quadro jurídico que estabelece o regime da propriedade, dos contratos, das patentes, da falência, o estatuto das associações profissionais e das sociedades comerciais, o dinheiro e os bancos, todas as coisas que não são dadas pela natureza, como as leis do equilíbrio econômico, mas são criações contingentes do legislador.<sup>340</sup>

Como assinalados, dois grupos opostos se formaram. Para Robbins, Rueff, Hayek, Von Mises, os fatores principais do caos deveriam ser buscados na traição progressiva dos princípios do liberalismo clássico; para Rougier, Lippmann e os teóricos do ordoliberalismo, as causas da crise deveriam ser encontradas no próprio liberalismo clássico.<sup>341</sup>

A linha vitoriosa foi a que uniu a perspectiva de Rougier, de ordem essencialmente epistemológica e a de Lippmann, que teria lembrado a importância da construção jurídica no funcionamento da economia de mercado. O importante para Rougier, por exemplo, seria a distinção entre um naturalismo liberal de estilo antigo e um liberalismo ativo, que visaria à criação consciente de uma ordem legal no interior da qual a iniciativa privada, submetida à concorrência, poderia se desenvolver com a toda a liberdade. Esse intervencionismo jurídico do Estado contrapor-se-ia a um intervencionismo administrativo, que estorvaria ou impediria

---

<sup>337</sup> Ibid., p. 75.

<sup>338</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 75.

<sup>339</sup> Note-se que no início do século XX, na Europa, havia um sentimento de grande perda de referências políticas. A maior parte das economias estava em graves crises sociais e econômicas. O século tinha iniciado com diversa conflitos bélicos, destruição, morte, extermínio, revoluções. A sociedade idealizada pelos liberais estava em franca decadência e a retomada deste mundo perdido parecia uma utopia distante.

<sup>340</sup> TRAVAUX DU CENTRE INTERNATIONAL D'ÉTUDES POUR LA RÉNOVATION DU LIBERALISME.

**Le Colloque Lippmann.** Paris: Librairie de Médecis, 1939. p. 15.

<sup>341</sup> DARDOT; LAVAL, 2016. p. 77.

a liberdade de ação das empresas. O quadro legal, ao contrário da gestão autoritária da economia, deveria deixar que o consumidor arbitrasse no mercado entre os produtores concorrentes.<sup>342</sup>

O erro dos liberais clássicos teria sido confundir as regras de funcionamento de um sistema social com leis naturais intangíveis, ou seja, ter acredita na primazia do econômico sobre o político. Como se a economia fosse um domínio à parte, não regido pelo direito.<sup>343</sup> Trata-se de uma crítica contundente aos antigos liberais que teriam sido incapazes de compreender a dimensão institucional da organização social.<sup>344</sup>

A avaliação de Dardot e Laval seria a de que a crítica construída por esses intelectuais se ancoraria na constatação de que o liberalismo que continha o ideal de emancipação humana no século XVIII teria se transformado progressivamente num conservadorismo estreito, contrário a qualquer avanço das sociedades em nome do respeito absoluto à ordem natural.<sup>345</sup>

Nestes termos o neoliberalismo não seria herdeiro natural do primeiro liberalismo, visto que não retoma a questão dos limites do governo. Não existe propriamente dita a questão sobre limite do governo político, ao mercado, aos direitos ou ao cálculo de utilidade, mas sim como fazer do mercado tanto princípio de governo dos homens como de si. O neoliberalismo seria o desenvolvimento da lógica de mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade.<sup>346</sup>

A agenda do liberalismo reinventado pressupõe que a economia liberal antes de ser abstencionista, requeria uma ordem jurídica ativa e progressiva a fim de adaptar permanentemente os indivíduos às condições cambiantes. O intervencionismo liberal seria uma necessidade construtora distinto de um intervencionismo coletivista e planista, cujo objetivo seria restabelecer incessantemente as condições da livre concorrência sempre ameaçada.<sup>347</sup> Louis Rougier expunha que:

O dirigismo do Estado liberal implica que ele seja exercido de maneira que a liberdade seja protegida, não subjugada; de maneira que a conquista do benefício seja o resultado da vitória dos mais aptos numa competição leal, não o privilégio dos mais protegidos ou dos mais ricos, em consequência do apoio hipócrita do Estado.<sup>348</sup>

---

<sup>342</sup> Ibid., p. 80.

<sup>343</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 81.

<sup>344</sup> Ibid., p. 83.

<sup>345</sup> Ibid., p. 84.

<sup>346</sup> Ibid., p. 34.

<sup>347</sup> Ibid., p. 86.

<sup>348</sup> ROUGIER, Louis, **Les mystiques économiques**. Librairie de Médecis, 1938. p. 84.

Haveria divergências sobre como se deveria dar a intervenção do Estado. O próprio Rougier teria duas posições distintas: na primeira o intervencionismo deveria ser estritamente jurídico. Na segunda, o Estado não deveria se proibir de intervir para fazer as engrenagens da economia funcionar melhor, ou atingir um equilíbrio ideal natural.<sup>349</sup> O objetivo, portanto, seria atingir um equilíbrio da concorrência perfeita. O capitalismo concorrencial não seria produto da natureza: ele seria uma máquina que exigiria vigilância e regulação constantes. O critério absoluto seria o respeito aos princípios da concorrência<sup>350</sup> Lippmann reafirmaria a necessidade de adaptação constante das pessoas e das instituições a uma ordem econômica intrinsecamente variável, baseada numa concorrência generalizada e sem trégua. O que implicaria na exigência de uma política neoliberal combater privilégios, monopólios e rentistas,<sup>351</sup> inclusive com fiscalização rígida sobre transações comerciais e financeiras.<sup>352</sup>

O Estado utilizará, preponderantemente, do aparato jurídico para cumprir tais tarefas. Para Lippmann, por exemplo, a nova governamentalidade seria essencialmente judiciária.<sup>353</sup> Não haveria diferença de natureza nas operações dos poderes Executivo, Legislativo ou propriamente Judiciário: todos deveriam julgar, em cenários distintos, reivindicações de grupos e indivíduos com interesses diferentes. A lei, como regra, visaria a assegurar obrigações equitativas entre indivíduos. Adotar uma lei seria decidir entre interesses em conflito, sendo o legislador não uma autoridade que impõe mas sim um juiz que decide entre interesses. O modelo mais puro, nestes termos, seria o da *Common Law*, em oposição o direito romano, do qual proveria a teoria moderna de soberania.<sup>354</sup>

Dardot e Laval afirmam que, na visão de Lippmann, a administração da justiça no neoliberalismo deveria ser essencialmente comutativa como lugar vital num universo social em que os conflitos de interesses seriam inevitáveis. O modo de governo deveria mudar, passando de um “método autoritário” para o “método recíproco” do controle social. A lógica deveria ser essencialmente horizontal e não vertical. Assim, o soberano não governaria mais por decreto, não sendo mais expressão de um fim coletivo nem a soma de felicidades individuais. A regra liberal de governo consistiria em confiar na ação privada dos indivíduos e não apelar para autoridade pública. Este seria o limite da coerção do Estado. Não se poderia, deste modo, pensar separadamente economia e sistema normativo.<sup>355</sup>

---

<sup>349</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 87.

<sup>350</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 88.

<sup>351</sup> Ibid., p. 90.

<sup>352</sup> Ibid., p. 93.

<sup>353</sup> Ibid., p. 96.

<sup>354</sup> Ibid., p. 96.

<sup>355</sup> Ibid., p. 97.

A diferença apresentada por Lippmann sobre a diferença entre a intervenção neoliberal e a coletivista é crucial para entender a superação do liberalismo clássico. Para o autor, seria impossível uma autoridade superior mediante a coerção dirigir a ordem social, dadas as complexidades e sobreposições de interesses. O que não implicaria diminuir a força dessa autoridade, mas mudar o tipo de autoridade, seu campo de exercício, visto que somente um Estado forte teria condições de fazer respeitar essa lei comum.

Para tal, Rougier defende um governo de elites competentes e responsáveis capaz de gerir o conflito de interesses.<sup>356</sup> Para Lippmann, haveria uma impossibilidade em conciliar um sistema imparcial de regras e jogos e o princípio efetivo da soberania popular, segundo a qual as massas poderiam ditar seus desejos aos governantes.<sup>357</sup> Dardot e Laval reconhecem que o essencial seria proteger o governo executivo das interferências caprichosas da população, que seria a causa do enfraquecimento e da instabilidade dos regimes democráticos.<sup>358</sup>

### 2.2.3 O ordoliberalismo ou o liberalismo da ordem

O termo ordoliberalismo não é comumente utilizado no Brasil, ao contrário do que ocorre na Europa, onde há familiaridade com a expressão. O ordoliberalismo segundo Dardot e Laval, resultaria da ênfase na ordem, por isso o termo “*ordo*”. Este liberalismo pressuporia uma ordem constitucional e processual como base de uma sociedade e de uma economia de mercado.<sup>359</sup> Nesta sociedade, exigir-se-ia um quadro institucional adequado para assegurar o bom funcionamento de uma ordem econômica específica, a concorrencial.<sup>360</sup>

Nascido nos círculos intelectuais contra o nazismo, ainda antes da guerra, como já abordado, o ordoliberalismo seria uma doutrina de transformação social. O pós-guerra teria exigido a criação de um Estado de direito “*Rechtsstaat*” que teria como condição a ordem liberal. O capitalismo, nestes termos, dependeriam de ações políticas e instituições jurídicas específicas: ordem institucional e ações estatais contundentes para evitar crises das mais diversas.<sup>361</sup> E teria sido estabelecida uma aproximação entre a economia de mercado e a democracia política, sendo o ordoliberalismo a justificativa doutrinal de reconstrução política alemã ocidental, fazendo da economia de mercado a base de um Estado liberal

---

<sup>356</sup> ROUGIER, 1938, p. 18-19.

<sup>357</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 99.

<sup>358</sup> Ibid., p. 99.

<sup>359</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 101.

<sup>360</sup> Ibid., p. 101.

<sup>361</sup> Ibid., p. 100.

democrático.<sup>362</sup> A partir desta associação, a economia de mercado, segundo Dardot e Laval, teria passado a ser vista como obstáculo à “politização da vida econômica” não sendo mais somente um princípio de eficácia econômica, mas também um antídoto contra desvios coercitivos do Estado.<sup>363</sup>

Michael Foucault é esclarecedor sobre a inversão de sentido na relação entre Estado e economia. Para ele, a discussão não se seria sobre abrir um espaço para a liberdade econômica dentro de um Estado existente que já teria legitimidade própria, mas, sim, o de fazer um Estado novo a partir do espaço preexistente da liberdade econômica.<sup>364</sup> A superioridade da economia de mercado dar-se-ia pelo fato de que seria a única forma suscetível de superar a escassez de bens (critério de funcionamento) e, ao mesmo tempo, deixar os indivíduos livres para conduzir a própria vida como bem entenderem (critério moral da dignidade do homem).<sup>365</sup>

O ordoliberalismo todavia não se estrutura somente numa exigência superficial sobre uma economia de mercado como condicional a um Estado democrático. Ele exigiria um modelo específico, e o modelo definido seria o concorrencial. A concorrência seria o diferencial do neoliberalismo para o liberalismo, visto que não mais seria a troca, mas sim a concorrência o propulsor da economia ideal. Franz Böhn reconheceu que: “o sistema concorrencial seria o único que daria chance total aos planos espontâneos do indivíduo”, conseguindo “conciliar os milhões de planos espontâneos e livres com os desejo dos consumidores, sem comando nem coerção legal.”<sup>366</sup> A lógica ordoliberal seria mais procedural do que consequencialista segundo Dardot e Laval, visto que o critério discriminador não seria o resultado da ação, mas o respeito ou não das “regras do jogo” fundamentais da ordem concorrencial.<sup>367</sup> Tratar-se-ia, portanto, de estabelecer uma ordem da concorrência.

Para estes autores do início do século passado, a política ativa de tipo keynesiana não seria mais desejável nem compatível com os anseio sociais de uma economia democrática estável, pois favoreceria a inflação e enrijeceria os mercados, ao passo que a política estrutural deveria visar, ao contrário, à flexibilização de salários e preços. Seriam vedados todos os instrumentos planificadores da economia e exigidos sistemas de regulação da

---

<sup>362</sup> Ibid., p. 106.

<sup>363</sup> Ibid., p. 107.

<sup>364</sup> FOUCAULT, 1979, p. 88.

<sup>365</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 111.

<sup>366</sup> BÖHN, FRANZ. Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens. *Ordo*, v. 3, p. 15, 1950. apud SIMONIN, Laurence. **Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence**. cit. p. 71.

<sup>367</sup> DARDOT, LAVAL, 2016, p. 113.



concorrência como agência de controle de cartéis, antimonopolista, política fiscal progressiva, vigilância específica do mercado de trabalho e outros instrumentos públicos de forma a impedir distorções indesejadas de uma economia de mercado ideal<sup>368</sup> Qualquer distorção da concorrência traduziria uma dominação ilegítima do Estado ou de um grupo de interesses privados sobre o indivíduo, assimilada à tirania e à exploração. Desse ponto de vista, a “constituição econômica” da ordem da concorrência estaria ligada a uma espécie de contrato entre o consumidor eleitor e o Estado, na medida em que consagra o interesses geral consagrando a soberania do consumidor. O Estado teia o papel fundamental de respeitar a igualdade de chances no jogo concorrencial, suprimindo tudo que possa parecer privilégio ou proteção concedidos a tal interesse particular em detrimento dos outros.<sup>369</sup> Assim, a vontade geral seria a vontade de defender a generalidade das regras do direito privado.<sup>370</sup>

Em matéria de relação social, a concorrência tornar-se-ia norma, a ordem, a regra suprema, caminhando de mãos dadas com a liberdade. A concorrência tornar-se-ia o modo de relação interindividual mais expressivo da eficácia econômica e, ao mesmo tempo, das exigências morais que se podem esperar de um indivíduo, na medida em que ela permite se todos se afirmem como seres autônomos, livres e responsáveis por seus atos.<sup>371</sup> O ambiente da concorrência seria assim o único propício a desenvolver as melhores capacidades humanas visto que não haveria limitações injustas contra as liberdades e igualdades.

## 2.3 Quadro histórico e situação prática

### 2.3.1 Quadro histórico

#### 2.3.1.1 Internacional

##### 2.3.1.1.1 Antecedentes

No que se refere ao quadro histórico do neoliberalismo, há duas correntes que entram em conflito. A primeira e mais difundida, avalia que o neoliberalismo teria surgido a partir dos anos 1970, vinculada ao fim da onda de crescimento e prosperidade dos países de

---

<sup>368</sup> BROYER, Sylvian. Ordnungstheorie et ordolibéralisme: les leçons de la tradition. Du caméralisme à ordolibéralisme: ruptures e continuités?. In: COMMUM, Patricia (org.). **L’ordolibéralisme allemand aux sources de l’économie sociale de marché**. cit. p. 98. (nota 73.)

<sup>369</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 117.

<sup>370</sup> Ibid., p. 119.

<sup>371</sup> Ibid., p. 123.

capitalismo avançado nas décadas de 50 e 60.<sup>372</sup> Por outro lado, há quem defenda que o neoliberalismo foi gestado lentamente desde os anos 1930 ganhando corpo até ser aceito como ideologia dominante e hegemônica a partir dos anos 1970.

Para Dardot e Laval, a construção de um “mercado comum” na Europa capitalista após a Segunda Guerra Mundial, já seria um exemplo de implementação desse concorrencialismo neoliberal. Ainda em 1951, teria havido a celebração do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Ceca) e em 1957, o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), para impor regras contra práticas discriminatórias e contra abusos de posição dominantes, assim como subsídios governamentais.<sup>373</sup> Essa política de concorrência teria se ampliado, baseada fundamentalmente no ordoliberalismo da atual construção da Europa, antes mesmo de ela ter se submetido à nova racionalidade mundial.<sup>374</sup>

Foucault já reconhecia no ordoliberalismo uma ambição de legitimar instituições políticas exclusivamente sobre a base dos princípios econômicos do livre mercado. Para ele, seria clara uma relação indissociável que com sucesso formaram com a reconstrução alemã e o mito do “ano zero”, ou mito da Europa como “tabula rasa” sem instituições políticas existentes. A mola de sucesso do ordoliberalismo nestes termos seria construir um edifício político mínimo sobre a base da economia de mercado e da concorrência mediante a instauração da constituição econômica, já que a Europa destruída após a guerra seria encarada como sem história, sem luta de classes, sem cultura ou qualquer alternativa de formação social relevante.<sup>375</sup>

A dita reconstrução da Europa e a construção desta nova economia de mercado concorrencial tiveram como marco fundante o Tratado de Roma, pelas quais as liberdades econômicas fundamentais teriam ganho valor constitucional, reconhecidas pela Corte Europeia de Justiça como direitos fundamentais dos cidadãos europeus. As liberdades de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais teriam passado ao status direitos fundamentais intocáveis e inegociáveis.<sup>376</sup>

A partir de 1957, a lógica de constitucionalização da economia social de mercado teria se tornado cada vez mais patente com a constitucionalização dos seus princípios fundamentais. Dardot e Laval expõe que o Tribunal Constitucional Europeu representaria o apogeu de um

---

<sup>372</sup> GROS, Denise Barbosa. **Instituto Liberais e Neoliberalismo no Brasil da Nova República**. 2003. Tese (Doutorado) – Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, Porto Alegre, 2003. p. 24.

<sup>373</sup> DARDOT; LAVAL, 2016. p. 246.

<sup>374</sup> Ibid., p. 247.

<sup>375</sup> FOUCAULT, 1979, p. 85.

<sup>376</sup> SIMONIN, Laurence. “Ordolibéralisme et intégration économique européenne”. **Revue d’Allemagne et des Pays de Langue Allemande**, v. 33, n.1, 2001. p. 66.

lento movimento a favor de uma norma econômica suprema vista como um componente essencial da constituição política.<sup>377</sup> Dardot e Laval afirmam que todos os debates econômicos na Europa girariam com a primazia da alocação ótima de recursos, abertura de economias nacionais, queda de preços, inovação, justiça social, funcionamento descentralizado, abertura de economias nacionais. A Comissão Econômica Europeia seria, assim, uma instância “técnica” situada acima dos governos e capaz de impor as “regras do jogo”. Além dessa função a Comissão teria o papel de supervisionar as ajudas aos Estados nacionais e os aportes de capitais públicos, as subvenções, a “política industrial” e assim por diante. Nestes termos, ainda no século passado de forma progressiva, haveria um entrelaçamento na Europa, como modelo global, das noções de Estado, economia de mercado, concorrência, democracia, direitos fundamentais, constitucionalizações, e liberdades e igualdades.

#### 2.3.1.1.2 A ruptura

Entre as diversas interpretações, há um consenso acadêmico de que os anos 1970 teriam iniciado a consolidação do neoliberalismo à nível global. A crise econômica que eclodiu naquela época teria posto em questão o crescimento capitalista nos moldes que se estabelecera após a II Guerra Mundial. Mesmo que a Europa capitalista já gestionasse o neoliberalismo e o implementasse de forma gradual, após a crise, este sistema normativo passa a ser implementado globalmente como solução.

A crise teria surgido de dentro do modelo social fordista, que, dentre várias outras medidas econômicas, regulava os salários reais, por indexação de preços e ganhos de produtividade, com certa “solidariedade” entre salário e lucro. Havia um crescimento sustentado da renda com satisfação das pessoas em consumo de bens. A articulação entre valorização do capital e aumento dos salários reais foi denominado de compromisso social-democrata, como modelo oposto ao que teria vindo em seguida, o neoliberalismo.<sup>378</sup> Neste período teria surgido a referência social dos Estados Unidos conhecido como American Way of Life, e na Europa capitalista, o do Estado de Bem Estar Social. Cada com suas diferenças, permitiu à sociedade de forma generalizada um padrão de vida nunca antes atingido, com formação educacional, sistema de saúde acessível e consumo elevado.

Gros afirma que a tendência expansionista da economia internacional com altos índices de crescimento médio anual da renda e do comércio mundial até o final dos anos 60

---

<sup>377</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 253.

<sup>378</sup> DARDOT; LAVAL, 2016. p. 195.

teria se revertido nos anos 1970, com a queda do dólar em 1972 e com seu o desdobramento na elevação do preço do petróleo em 1973. Teria havido o esgotamento do padrão de crescimento associado a uma crise monetário financeira internacional.<sup>379</sup> O crescimento fordista teria encontrado limites, com a diminuição dos lucros empresariais decorrentes da desaceleração dos ganhos de produtividade. Houve um processo longo de estagflação com aumento do desemprego, pondo em dúvida o modelo até então vigente. A década teria sido caracterizada pela elevada taxa de inflação mundial, sobressaltos devidos às variações nos preços externos, queda do crescimento e do emprego nos países industrializados e aumento da instabilidade da balança de pagamento<sup>380</sup>. A combinação de baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, a recessão e o desemprego resultantes desafiavam o elenco de medidas até então empregadas pelos países industrializados para enfrentá-las, iniciando um período de forte protecionismo dos países centrais do capitalismo o que teria afetado as economias exportadoras como as da América Latina, que também tiveram suas economias atingidas pela crise.<sup>381</sup>

Para Gros, antes da virada neoliberal, os governos centrais teriam levado quase uma década tentando, ainda, solucionar a crise com as medidas keynesianas habituais, entretanto, as tensões sociais crescentes e a proliferação de conflitos trabalhistas teriam abalado a legitimidade dos governos, gestando a virada definitiva do modelo social.<sup>382</sup>

Os maiores símbolos desse processo político teriam sido Ronald Reagan e Margaret Thatcher, nos países centrais do capitalismo, e Pinochet, no Chile. Os três teriam rompido com o “welfarismo” da social-democracia ou com um Estado em transição para o socialismo. Como resposta ao regime “fordista” de acumulação de capital, seus governos questionaram a regulação keynesiana macroeconômica, a propriedade pública das empresas, o sistema fiscal progressivo, a proteção social, o enquadramento do setor privado por regulamentações estritas, principalmente em questões trabalhistas.<sup>383</sup>

Em 1979, para exemplificar, o Partido Conservador inglês, com o qual Margareth Thatcher se elegeu, tinha como programa: controlar a inflação, diminuir o poder dos sindicatos, recuperar os incentivos ao trabalho e ao enriquecimento, fortalecer o parlamento e a lei, auxiliar socialmente as famílias e reforço da Defesa.<sup>384</sup> O programa deste governo é

---

<sup>379</sup> GROS, 2003, p. 25.

<sup>380</sup> FOXLEY, Alejandro. **Experimentos neoliberales en América Latina**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 40.

<sup>381</sup> Ibid., p. 25.

<sup>382</sup> Ibid., p. 25.

<sup>383</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 189.

<sup>384</sup> GAMBLE, 1988 apud DARDOT; LAVAL, 2016, p. 189.

considerado nitidamente neoliberal. A sua vitória eleitoral teria possibilitado a primeira ascensão de um grupo neoliberal ao poder nos países de capitalismo avançado.<sup>385</sup> O modelo neoliberal implementado, segundo Perry Anderson, teira sido o pioneiro “mais puro”<sup>386</sup>. Teria havido a aplicação de todo o pacote de medidas estabilizadoras propugnadas pelo monetarismo (diminuição da emissão monetária, altas taxas de juros, decréscimo de impostos sobre ganhos elevados, eliminação de controles financeiros). O programa teria sido duro com os movimentos grevistas, tendo também criado uma nova legislação antissindical, tendo diminuído os gastos sociais e elevou o nível de desemprego, ainda realizando um amplo programa de privatizações. Esta revolução neoliberal foi marcante para os ingleses, tendo ficado marcado no imaginário coletivo inglês pois desestruturou em poucos anos uma forma de vida e uma estrutura social de mais de 30. Gros lembra que o orçamento inglês de 1981 teria invertido a lógica keynesiana ao diminuir gastos e aumentar a arrecadação em plena recessão.<sup>387</sup>

O neoliberalismo aplicado por Reagan teria sido diferente daquele implantado por Thatcher tendo em vista a realidade estadunidense onde não havia um Estado social nos moldes europeus. Ainda assim Reagan teria reformado o sistema tributário a favor dos ricos, elevado a taxa de juros e se mostrado muito duro com os grevistas.<sup>388</sup> No Chile, os impactos teriam sido ainda mais profundos. O cenário chileno é similar em vários aspectos ao da América Latina, onde o neoliberalismo também apareceu como um fenômeno novo a partir da década de 1970, sendo aplicado outros regimes autoritários como o do Uruguai (1973-1985), e o da Argentina (1976-1983) com uma combinação de enfoques monetaristas de estabilização econômica de acordo com as teorias de M. Friedman e da Escola de Chicago.<sup>389</sup>

O Chile é fundamental para se entender a imposição forçada do neoliberalismo aos países periféricos do capitalismo durante a segunda metade do século XX. Barbosa dos Santos retrata a trajetória chilena como marcada pelo nacional desenvolvimentismo e pela estabilidade institucional desde o início do século até 1973.<sup>390</sup> Havia escritórios da Cepal<sup>391</sup>

---

<sup>385</sup> GROS, 2003, p. 26.

<sup>386</sup> ANDERSON, 1995, p. 12 apud DARDOT; LAVAL, 2016, p. 189.

<sup>387</sup> GROS, 2003, p. 27.

<sup>388</sup> Ibid., p. 31.

<sup>389</sup> Ibid., p. 33.

<sup>390</sup> DOS SANTOS, Fábio Luis Barbosa. **Uma história da onda progressista sul-americana (1998-2016)**. Elefante, 2016. p. 329.

<sup>391</sup> A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe ou Comissão Econômica para a América Latina e Caraíbas foi criada em 1948 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com o objetivo de incentivar a cooperação econômica entre os seus membros, cuja fundação se deu em 25 de fevereiro de 1948,

instalados em Santiago para promover a premissa econômica de industrialização nacional para a soberania. Havia forte inspiração cepalina até mesmo nos governos da Unidade Popular, aliança entre socialista e comunistas, presidida pelo Presidente Salvador Allende. Durante tal governo, houve estatizações, controle de preços, reforma agrária, nacionalizações de setores estratégicos de forma que o Estado comandasse a economia.<sup>392</sup>

A reação a tais medidas foi a mais violenta possível, com o fatídico golpe do dia 11 de setembro de 1973 sob a liderança de Augusto Pinochet, com notório apoio dos Estados Unidos. Com a destituição do governo, a nova Junta Militar modificou radicalmente a sociedade chilena. Segundo Klein (2008) foi imposto um capitalismo de choque, partindo-se de a perseguição e eliminação dos adversários políticos, e a implementação de um novo paradigma social, o neoliberal, com um conjunto de valores ou uma razão de mundo, antes do que como um receituário específico, uma vez que teria convivido com políticas monetárias e cambiais bastante diferentes.<sup>393</sup>

O neoliberalismo chileno suporia um Estado forte, que aplicaria uma carga tributária alta (regressiva) e cultivaria instrumentos de intervenção política e econômica, embora em uma direção liberal, em vista as vantagens comparativas internacionais por possuir reservas naturais que renderiam dividendos capazes de importar o necessário. Nos anos que se seguiram teria havido a destruição do mundo do trabalho pela combinação de terrorismo de Estado e desindustrialização, pondo fim as reformas agrárias realizadas e apostando no extrativismo mineral e agrário. Houve diversas restrições de direitos e conquistas dos trabalhadores com a promulgação de uma nova Constituição. Houve a privatização de diversos serviços públicos e a profunda mercantilização dos direitos sociais.<sup>394</sup>

Guillermo Holzmann afirma que o Chile teria sido pioneiro na adoção do neoliberalismo: os princípios de interesse individual, propriedade privada e supremacia do mercado financeiro foram implementados naquele antes mesmo do Consenso de Washington, de 1989. O avanço da influência dos Chicago Boys teria seu ápice em 1975, quando Milton Friedman visitou o Chile, fez conferências e se reuniu com Pinochet.<sup>395</sup> Em seguida, nas crises do fim dos anos 1970, Dos Santos afirma que foi provocado uma revisão na direção

---

em Santiago no Chile. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o\\_Econ%C3%B4mica\\_para\\_a\\_Am%C3%A9rica\\_Latina\\_e\\_o\\_Caribe](https://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o_Econ%C3%B4mica_para_a_Am%C3%A9rica_Latina_e_o_Caribe). Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>392</sup> DOS SANTOS, op.cit., p. 332.

<sup>393</sup> DOS SANTOS, 2016, p. 335.

<sup>394</sup> Ibid., p. 338.

<sup>395</sup> Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2019/03/23/bolsonaro-no-chile-como-a-escola-de-chicago-transformou-pais-latino-americano-em-laboratorio-do-neoliberalismo.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

neoliberal, tendo em vista que a ortodoxia não tinha mais capacidade necessária para manter o crescimento e um bom desempenho econômico.<sup>396</sup>

Paralelamente e com convergência à medidas políticas e econômicas acima expostas, teria havido uma conversão de mentalidades na forma dupla de uma luta ideológica contra o Estado e contra as políticas públicas. Teria sido criada uma vulgata sobre o tema da necessária “desobrigação do Estado” e a incomparável “eficiência dos mercados”. Assim, na virada dos anos 1980, o mito do mercado autorregulador pareceu estar de volta, a despeito das políticas neoliberais que visavam a uma construção mais ativa dos mercados.<sup>397</sup> Teria havido uma conquista política e ideológica a partir de trabalhos acadêmicos, difusão de ideias, financiamento de projetos em especial dos neoliberais da linha austríaca como Hayek, Von Mises, Stigler e Friedman.<sup>398</sup> Assim, as ideias neoliberais tiveram sucesso na sua difusão, graças ao novo crédito que teria se dado a críticas antiquíssimas contra o Estado. Reagan, por exemplo, transformou essas ideias em slogan de campanha: “O governo não é a solução, é o problema”.<sup>399</sup>

#### 2.3.1.1.3 A consolidação e atualidade

Esta virada neoliberal a nível mundial foi reconhecida por Dardot e Laval como uma regra universal de um novo sistema disciplinar mundial, que poderia ser visto como o desfecho de um processo de experimentação de dispositivos disciplinares polidos desde os anos 1970. Tratar-se-ia de um conjunto de recomendações que todos os países deveriam seguir para conseguir empréstimos e auxílios estabelecido na comunidade financeira internacional.<sup>400</sup> As organizações internacionais como Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial teriam tido papel ativo na difusão destas normas. Os choques de gestão destas entidades tanto em relação a países ricos como pobres teriam sufocado o crescimento com taxas de juros muito elevadas, arruinando a produção local, agravando a desigualdade e aumentando a pobreza, reforçando a instabilidade econômica e social, com a submissão à volatilidade dos movimentos de capitais. A intervenção do FMI e do Banco Mundial visaria a

---

<sup>396</sup> DOS SANTOS, op. cit., p. 338.

<sup>397</sup> Ibid., p. 205.

<sup>398</sup> DOS SANTOS, 2016, p. 205.

<sup>399</sup> Ibid., p. 209.

<sup>400</sup> Ibid., p. 209.

impor o quadro político do Estado concorrencial, seja dos produtores estrangeiros, seja a dos produtores nacionais.<sup>401</sup>

Teria sido criado assim, um mercado único de capitais a nível global que teria se instalado a partir de reformas legislativas, das quais as mais significativas teriam sido a liberação total do câmbio, a privatização do setor bancário e a abertura dos mercados financeiros.<sup>402</sup> Já nos anos 1980, a financeirização da economia mundial seria uma realidade, com o volume de transações demonstrando que o mercado financeiro já seria autônomo das esferas de produção e das trocas comerciais.<sup>403</sup>

Dardot e Laval fazem uma avaliação depressiva sobre o capitalismo, que não parece encontrar compensações, contrapartidas e compromissos no início do século XXI. Para eles, a maneira como a crise de 2008 foi provisoriamente superada, com uma inundação de moeda especulativa emitida pelos bancos centrais, mostra que a lógica neoliberal escaparia a qualquer controle ou questionamento de maneira extraordinariamente perigosa. A tendência para produzir desigualdade e desequilíbrios especulativos gerariam dias cada vez mais difíceis para as populações globais.<sup>404</sup>

O caráter sistêmico do dispositivo neoliberal torna qualquer inflexão das políticas conduzidas muito difícil, ou mesmo impossível. Esse sistema fechado impediria qualquer autocorreção de trajetória, em particular em razão da desativação do jogo democrático e da política como atividade. O sistema neoliberal forçaria a superação do sistema democrático para o pós-democrático<sup>405</sup>, que se caracterizaria pela superação de limites rígidos ao exercício do poder, com o poder político se confundindo com o poder econômico, ambos voltados à realização dos interesses do mercado e a ampliação ilimitada do capital, em particular, do capital financeiro. Neste Estado Pós-Democrático, segundo Rubens Casara, as garantias fundamentais e os valores democráticos passaram a ser tratados como mercadorias, portanto, como objetos negociáveis ou obstáculos que podem ser facilmente afastados em nome dos interesses repressivos do Estado, que precisa controlar os indesejáveis, aqueles que não interessam ao projeto neoliberal, ou do mercado.<sup>406</sup>

### 2.3.1.2 Nacional

---

<sup>401</sup> Ibid., p. 198.

<sup>402</sup> Ibid., p. 198.

<sup>403</sup> Ibid., p. 200.

<sup>404</sup> DOS SANTOS, 2016, p. 8.

<sup>405</sup> Ibid., p. 8.

<sup>406</sup> CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei**. Pós-democracia, personalidade autoritária, idotização e barbárie. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 15.



### 2.3.1.2.1 Antecedência

No Brasil, o processo de inserção da sociedade brasileira no neoliberalismo, embora tenha se desencadeado no mesmo período, levou mais tempo e teve peculiaridades relevantes. Para a transição, o país precisou romper com uma ditadura militar de mais de décadas, instituir uma Constituição democrática, eleger representantes declarados deste modelo social e iniciar reformas neoliberais virulentas contra a resistência popular.

Alfredo Saad Filho e Lécio Moraes definem o modelo econômico anterior ao neoliberalismo como baseado na industrialização por substituição de importações (ISI), que teria operado aproximadamente entre 1930 e 1980.<sup>407</sup> Os referidos autores avaliam que a virada para o neoliberalismo teria ocorrido com a crise do petróleo dos anos 1970, e com a crise da dívida externa, no início dos anos 1980, decorrente do aumento das taxas de juros e do dólar a nível global. Eles seguem ao afirmar que decorrentes destas crises, teria havido uma piora gradativa da economia culminando na hiperinflação, no desemprego e num lento processo de desindustrialização. Teria aumentado ainda a instabilidade política, os conflitos sociais e uma ampla campanha pela democracia contra o regime militar.<sup>408</sup>

Para se visualizar melhor a transição entre dois modelos sociais, os referidos autores demonstram como teria havido uma continuidade de projeto econômico antes do golpe civil-militar de 1964 e após. Para eles, estaria claro que no entre as décadas de 1960 e de 1970, o Brasil seguiria o cenário latino-americano onde teria havido a substituição de lideranças carismáticas, ou populistas, por regimes burocráticos e autoritários.<sup>409</sup>

O golpe de 1964, no aspecto econômico, teria representado uma aliança emergente entre o capital industrial interno, o capital externo, proprietários de terras tradicionais e a classe média urbana. O ambiente seria amplamente marcado pela Guerra Fria não somente com o embate ideológico mas sobretudo por áreas de influência internacional entre as duas potências em conflito.<sup>410</sup> Teria havido uma integração mais profunda com o capital externo e a economia global liderada pelos Estados Unidos, gerenciada por um “forte” regime burocrático autoritário, concentradora e internacionalizante. Teria havido incentivos ao

---

<sup>407</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 36.

<sup>408</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 37.

<sup>409</sup> Ibid., p. 46.

<sup>410</sup> FIORIA, José Luís, “The Political Economy of the Developmentalists State of Brazil”. In: KARAEV, A. **Brasil: passado e presente do “capitalismo periférico”**. Moscou: Progresso, 1987. p. 222.

desenvolvimento de um novo setor de agronegócios, ao setor financeiro e à concentração de renda e riqueza.<sup>411</sup>

Nesta conjuntura política, a maior parte das formas de organização social e contestação política teria sido proibida, e os sindicatos, submetidos a um severo controle estatal. Os partidos políticos foram proibidos, e permitiu-se apenas duas novas agremiações. Ambos operavam sob pesadas restrições.<sup>412</sup> Trata-se de um regime com liderança centralizada sem quase nenhuma margem para contestação. A maior parte dos direitos individuais foi severamente restringido e o debate democrático amputado.

Gros reconhece que até o final dos anos 80, não teria havido no Brasil a adoção de um projeto neoliberal nos moldes do que teria ocorrido em outros países latino-americanos sob ditaduras militares, em especial Chile, Argentina e Uruguai. A política econômica adotada teria se prevaído de instrumentos anticíclicos com controle de preços, incentivos creditícios e investimentos públicos. As marcas do regime seria, pelo contrário, grandes obras patrocinadas pelo Estado como a construção da Hidrelétrica de Itaipu, a Ponte Rio-Niterói, construção de diversas rodovias como a Transamazônica e fortalecimento de indústria bélica e automotiva.<sup>413</sup>

Vigeria, segundo Saad e Moraes, um sistema de acumulação de ISI caracterizada pela internalização da produção de bens manufaturados (anteriormente importados) e de serviços auxiliares, a fim de aliviar a restrição de balanço de pagamentos, criar empregos e incorporar novas tecnologias e novos valores culturais.<sup>414</sup> A economia brasileira teria sido associada a uma ideologia estatal e a uma prática política baseada no desenvolvimento nacional. Teria havido a composição de diversos grupos conflitantes no interior dos governos no poder e em oposição a grupos econômicos e políticos tradicionais como as elites agrárias, ligadas ao liberalismo clássico, defensores da “vocaçãõ agrária” do Brasil.<sup>415</sup> Em que pese as disputas internas, o desenvolvimento nacionalista teria utilizado a intervenção estatal e a propriedade pública das indústrias de base para um projeto único nacional.<sup>416</sup>

Os referidos autores avaliam o fim deste ciclo com a passagem dos anos 70, quando se inicia desestruturação deste sistema, decorrentes das crises internacionais já abordadas. Sob crescente pressão interna e externa, o governo teria imposto uma estratégia de ajuste rigoroso inspirada nas políticas do FMI, desvalorizando a moeda em 30% e impondo uma severa

---

<sup>411</sup> SAAD FILHO; MORAIS, op. cit., p. 48.

<sup>412</sup> Ibid., p. 48.

<sup>413</sup> GROS, 2003, p. 47.

<sup>414</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 38.

<sup>415</sup> Ibid., p. 43.

<sup>416</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 44.

contração econômica para limitar o consumo doméstico e os investimentos, reduzir importações e estimular as exportações. Em 1981, o Brasil experimentou uma contração do Produto Interno Bruto (PIB) pela primeira vez desde 1930.<sup>417</sup>

Com o cenário internacional desfavorável, a economia brasileira por si só estava cada vez mais fragilizada, culminando com a insolvência do governo em 1982, e diversos sintomas graves como a alta da inflação, a fuga de capitais e a estagnação persistente.<sup>418</sup> Na medida da perda de desempenho da economia, os setores políticos e econômicos de sustentação se esfacelaram. A piora dos índices sociais levou a uma cada vez maior e mais poderosa contestação do regime, com a queda da legitimidade do governo militar e a diminuição da eficácia de seu aparelho coercitivo.<sup>419</sup>

#### 2.3.1.2.2 Ruptura

O “milagre econômico”, termo difundido e aceito como representante do período de “bonança” da economia, teria iniciado o seu declínio em 1973. Aos poucos, o desempenho econômico e a pressão pela restauração da democracia aumentavam. As rachaduras do castelo autoritário permitiram com o desmoronamento da disciplina social uma série de denúncias de corrupção e de violações de direitos humanos, assim como greves e protestos por melhores qualidades de vida e mais direitos.<sup>420</sup>

No início da década de 1980, já num claro processo de transição de regimes, apesar da resistência de diversos setores, Saad e Morais, afirma que a burguesia teria se dividido entre um grupo alinhado com a renovação do modelo de industrialização, e outro que teria aderido a um programa de cortes neoliberal. Enquanto o primeiro grupo era atraído por um movimento democrático que não podia controlar por inteiro, o emergente grupo neoliberal não se podia fiar nas Forças Armadas para implementar seu projeto (em contraste com o que ocorria na Argentina, no Chile e no Uruguai, onde os militares impuseram à força de transições ao neoliberalismo na década de 1970). Saad e Morais afirmam a restauração da democracia era vista por estes setores como uma passagem possível, estratégia e ordeira para o neoliberalismo. Presumia-se que um novo regime poderia assegurar uma mínima harmonia

---

<sup>417</sup> Ibid., p. 55.

<sup>418</sup> Ibid., p. 70.

<sup>419</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 70.

<sup>420</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 73.

social, limitar o “tamanho” do Estado e restringir a autonomia da burocracia em relação aos interesses de curto prazo do grande capital.<sup>421</sup> Tratar-se ia também de adaptar o Brasil ao modelo social europeu e estadunidense de economias de mercado democráticas.

Teria nascido assim a Nova República, pactuada entre diversos setores da sociedade brasileira, composta pela garantia de amplas liberdades políticas, direitos sociais mínimos e benefícios econômicos marginais. A transição democrática estabeleceu o regime político mais aberto e estável da história republicana brasileira, apesar de os militares terem sido anistiados num processo truncado e falho de transição democrática.<sup>422</sup>

O principal marco da Nova República foi a Constituição de 1988. A Constituição, segundo Saad e Moraes, incorporou um equilíbrio frágil, refletindo a correlação das forças políticas no final da ditadura. Eles reconhecem que mesmo que a transição democrática tivesse satisfeito as demandas políticas imediatas da esquerda, suas demandas econômicas foram largamente ignoradas no processo constituinte.<sup>423</sup>

No sistema político, avalia-se que a nova carta criou um sistema político disfuncional que previa descentralização significativa do poder, justificada com reação às tendências centralizadas da ditadura. Os capítulos econômicos da Constituição teria sido produto das pressões conflitantes entre apoiadores do desenvolvimento nacionalista, com qual parte da esquerda se associava, e as pressões contrárias vindas da maré montante neoliberal. Como resultado, houve avanços sociais inéditos, mas também a abertura para o processo de neoliberalização da sociedade.<sup>424</sup>

No que se refere às conquistas sociais, além do vasto rol de direitos individuais que reintroduziram o país no rol dos países considerados democráticos, no tocante aos direitos sociais houve também grande avanço visto que diversas regras trabalhistas, assistenciais e previdenciárias foram previstas na Constituição. Por exemplo, os artigos 194 e 203 da Constituição reconhecem que todos têm direito a um padrão de vida mínimo garantido pelo Estado e decretam a provisão estatal universal de bens e serviços públicos essenciais. A Constituição também criou direitos garantidos com base em princípios de universalidade e cidadania. O Estado foi compelido a fornecer proteção social, aposentadoria, moradia e

---

<sup>421</sup> MARKOF; BARETTA, p. 429 apud GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 54-59 e 334-335.

<sup>422</sup> SAAD; MORAIS, op. cit., p. 79.

<sup>423</sup> FIORI, José Luís. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>424</sup> Ibid., p. 49.

educação para todos, e obrigado a criar o Sistema Único de Saúde gratuito. Direitos e benefícios sociais foram introduzidos ou aprimorados.<sup>425</sup>

Em oposição às tais conquistas, de forma geral, estes direitos sociais foram largamente criticados logo que a Constituição entrou em vigor, por se tratar de um programa ambicioso de provisão pública inevitavelmente em conflito com as limitações políticas e orçamentárias impostas pela transição ao neoliberalismo. Os direitos universais e as políticas de provisão públicas foram descritos como muito caros, gerando custos que ameaçavam a estabilidade fiscal e monetária.<sup>426</sup> De um modo geral, havia a descrença generalizada na capacidade de cumprir a Constituição.

As reformas neoliberais foram implementadas de forma gradual, porém cada vez mais sistemática segundo Saad e Morias. O governo Sarney (1985-1990) iniciou o processo relaxando os controles cambiais e o controle sobre os fluxos internacionais de capital. O sistema financeiro nacional foi reformado, e o país iniciou um processo unilateral de liberalização das importações que foi concluído em 1994. As importações aumentaram gradativamente.<sup>427</sup>

Carinhato reconhece que a transição para o neoliberalismo teria sido validada politicamente pelas eleições presidenciais de 1989, com a vitória de Fernando Collor que propôs o Plano Brasil Novo. Embora o plano não tenha sido bem-sucedido mostrou o caminho pelo qual o Brasil caminharia nos próximos anos. Seu discurso, que mais tarde seria apropriado pelos seus sucessores, promovia a passagem de um capitalismo tutelado pelo Estado para um capitalismo moderno, baseado na eficiência e competitividade.<sup>428</sup> Mesmo sem sucesso na implementação total de seu projeto, Collor conseguiu realizar a demissão de milhares de funcionários públicos e fechamento de órgãos e agências públicas. Seu o governo impôs políticas monetárias cada vez mais contracionistas para controlar a inflação, atrair capital estrangeiro e gerar excedentes exportáveis.<sup>429</sup>

Em seguida, foi fundamental a figura de Fernando Henrique Cardoso, que foi ministro do sucessor de Collor, Itamar Franco, e deu continuidade ao processo de estabilização econômica, controle inflacionário, implementação do Real e de diversas políticas e reformas no aparelho estatal. Seu plano se caracterizou por ser um programa de estabilização articulado a um projeto de mudanças estruturais, de longo prazo. No seu conjunto, constituiu-se numa

---

<sup>425</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 80.

<sup>426</sup> Ibid., p. 80.

<sup>427</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 80.

<sup>428</sup> CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, reforma do Estado e políticas sociais nas últimas décadas do século XX no Brasil. *Aurora*, a. II n. 3. 2008. p. 3.

<sup>429</sup> SAAD; MORAIS, op. cit., p. 80.

reforma monetária, um ajuste fiscal e uma política de renda associada a medidas de liberalização do comércio exterior e uma nova política cambial<sup>430</sup> baseada na necessidade de uma “liberalização” das travas corporativas, que bloqueavam o surgimento de um empresariado dinâmico.<sup>431</sup> O governo também apoiou reformas constitucionais que teriam desfigurado, na opinião de Saad e Moraes, o texto constitucional. O artigo 171 foi revogado, eliminando a distinção entre empresas brasileiras e estrangeiras. O item 171 foi alterado para permitir que empresas estrangeiras explorassem o subsolo. O artigo 178 foi alterado para eliminar o monopólio estatal das telecomunicações. O parágrafo 1º do artigo 177 foi reescrito para relaxar o monopólio estatal da exploração de petróleo, e o artigo 192, modificado para reduzir o controle estatal da seguridade social. Para os autores, as políticas foram bem-sucedidas em atrair investimento estrangeiro, com a entrada de capital restaurado pela primeira vez desde a década de 1970.<sup>432</sup>

O discurso modernizante do Estado teria também sido conciliado com o discurso anti-inflacionário a fim de criar a aceitação na população da necessidade de reduzir custos do Estado. O receituário aplicado em diversos países na referida década foi aplicado no Brasil com relativo sucesso. Houve o combate à inflação, através da dolarização da economia e valorização das moedas nacionais, associado a uma ênfase na necessidade de ajuste fiscal. Junto dessas orientações, ainda podemos citar a reforma do Estado – mormente privatizações e reforma administrativa – desregulamentação dos mercados e liberalização comercial e financeira. Aplicadas tais políticas reformistas, o país estaria apto para o crescimento econômico.<sup>433</sup> Constituiu-se um Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), que teve como titular Bresser-Pereira, como carro chefe do processo de reformulação do Estado. Houve a promoção de um discurso, em certa medida, bem-aceito pela população, que associava a crise inflacionário e social ao tamanho e ineficiência do Estado. Somente com a redução de gastos, o Estado seria capaz de se tornar mais eficiente e gerar uma economia próspera. A continuidade do Plano Real dependia do sucesso das reformas.<sup>434 435</sup>

Como resultado da implementação destas reformas neoliberais, houve restrições adicionais à economia, que passou à estagnação. Houve diminuição do emprego industrial e

---

<sup>430</sup> FILGUEIRAS, Luiz. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique. **Neoliberalismo y sectores dominantes**. Tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006. ISBN: 987-1183-56-9

<sup>431</sup> CARINHATO, op. cit., p. 4.

<sup>432</sup> DARDOT; LAVAL, 2018, p. 103.

<sup>433</sup> CARINHATO, 2008, p. 4.

<sup>434</sup> Ibid., p. 4.

<sup>435</sup> SOUZA; CARVALHO, 1999.

da capacidade produtiva, principalmente na indústria de bens de capital. Houve ainda perda do dinamismo da economia, com o Estado se tornando menos apto para a coordenação, reestruturação, crescimento econômico, criação de emprego e distribuição de renda.<sup>436</sup> O neoliberalismo teria criado, ainda, graves vulnerabilidades fiscais, financeiras e do balanço de pagamentos.<sup>437</sup>

### 2.3.1.2.3. Consolidação: anos 2000: o neoliberalismo sob o Partido dos Trabalhadores

No início dos anos 2000, com significativa influência deste cenário econômico, político e social instável, a esquerda brasileira chegou ao poder. Embora com uma discursão antineoliberal, o governo logo nos primeiros anos teria adotado iniciativas que não teriam rompido com este sistema normativo, pelo contrário. Estes primeiros anos de governos, são reconhecidos como anos de conformação com os ditames do mercado financeiro a fim de estruturar a economia, ganhar confiança dos empresários e do sistema financeiro nacional e internacional, para em seguida possivelmente promover reformas estruturais em benefício do povo. Saad e Moraes apontam que as primeiras e principais iniciativas do governo teriam sido, a reforma previdenciária de 2003. A segunda, uma reforma fiscal que elevava os impostos indiretos e oferecia deduções para transações financeiras. A terceira, uma emenda constitucional para tornar o Banco Central mais autônomo. E a quarta um novo salário-mínimo cujo valor seria estabelecido por lei, garantindo correção monetária, porém sem ganho real. Houve, em contrapartida, expansão dos programas federais de assistência social, a começar pelo novo programa de distribuição de alimentos o Fome Zero e, posteriormente, o Bolsa Família.<sup>438</sup>

A partir de 2007, então, com o segundo mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, teria havido a tentativa de implementação de políticas econômicas novo desenvolvimentistas sobrepostas ao tripé neoliberal. Para Saad e Moraes seria uma variante híbrida do neoliberalismo que teve consequências significativas para o crescimento, a distribuição e o bem-estar social. O ambiente externo favorável teria favorecido uma retomada de crescimento econômico do PIB e uma contínua melhoria nos indicadores de emprego, salário, bem-estar e distribuição de renda.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 131.

<sup>437</sup> Ibid., p. 131.

<sup>438</sup> DARDOT; LAVAL, 2018, p. 143.

<sup>439</sup> Ibid., p. 149.

Teria ocorrido uma tentativa teórica posta em prática para superar o neoliberalismo. Saad e Moraes reconhecem que autores novo desenvolvimentistas sugeririam que as políticas econômicas governamentais deveriam ir além do objetivo convencional de buscar estabilidade monetária. Dever-se-ia apoiar uma forte interação entre o Estado e o setor privado para apoiar políticas de distribuição e de elevação do crescimento econômico nos domínios fiscal, financeiro, monetário, cambial, trabalhista e social.<sup>440</sup>

José Sicsú expõe as teses principais do novo desenvolvimentismo, que seriam:

1) Não haverá mercado forte sem um Estado forte; 2) não haverá crescimento sustentado a taxas elevadas sem o fortalecimento dessas duas instituições (Estado e mercado) e sem a implementação de políticas macroeconômicas adequadas; 3) mercado e Estado fortes só serão construídos por um projeto nacional de desenvolvimento que compatibilize crescimento econômico sustentado com equidade; e 4) não é possível atingir o objetivo da redução da desigualdade social sem crescimento a taxas elevadas e continuadas.<sup>441</sup>

Saad e Moraes avaliam que teria havido uma acomodação a políticas ao neoliberalismo por parte dos teóricos do novo desenvolvimentismo a fim de atingir taxas de crescimento ligeiramente mais altas com estabilidade política. Tais ideias do novo desenvolvimentismo teriam ganho espaço nos círculos acadêmicos, políticos e em organizações não governamentais (ONGs) no primeiro governo Lula, e seu espaço teria se ampliado, em 2006, em virtude da percepção do baixo desempenho econômico sob o neoliberalismo.<sup>442</sup>

Saad e Moraes afirmam contudo que novo desenvolvimentismo é, na prática, neoliberal, visto que o governo petista não alterou radicalmente a política macroeconômica em vigor desde 1999. As tentativas de superar o neoliberalismo ortodoxo seriam a outra face da mesma moeda, sistema que alguns autores denominam de neoliberalismo desenvolvimentista. Ou neodesenvolvimentismo neoliberal, conforme Cornel Ban.<sup>443</sup> Este neoliberalismo teria sido marcado por redistribuição de renda por meio de maior acesso à aposentadoria, programas de transferência de renda e crédito ao consumidor, além de maiores ganhos no mercado de trabalho. Os autores avaliam que as políticas sociais e de emprego nos governos do PT não teriam sido transformadoras, embora tenham reduzido a pobreza. Não teriam logrado melhorar significativamente as condições de vida da classe trabalhadora, o que

<sup>440</sup> Ibid., p. 149.

<sup>441</sup> SICSÚ, João, DE PAULA, Luiz F.; MICHEL, Renaut (org.). **Novo-desenvolvimentismo, um projeto nacional de crescimento com equidade social**. São Paulo; Rio de Janeiro: Manole; Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 35.

<sup>442</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2016, p. 151.

<sup>443</sup> Ibid., p. 154. O autor expõe que há ideia semelhante em Cornel Ban. Ver: BAN, Cornel. Brazil's Liberal Neo-Developmentalism: New Paradigm or Edited Orthodoxy?, **Review of International Political Economy**, v. 20, n. 2, 2013.



não surpreenderia, uma vez que tentativas de distribuir renda por meio de transferências e criação de empregos precários e mal remunerados, deixando a riqueza e os ganhos de capital intocados, seriam inevitavelmente limitadas.<sup>444</sup>

A avaliação final dos autores seria de que as políticas econômicas neoliberais teriam criado uma tendência duradoura de desindustrialização, geração de desemprego, precarização do trabalho e concentração de renda, que corroeu a base tributária, gerando necessidade e impondo limites orçamentários significativos ao emergente Estado social no Brasil.<sup>445</sup>

#### 2.3.1.2.4 O esgarçamento e a restauração da ortodoxia

Em que pese o Partido dos Trabalhadores não terem conseguido superar o neoliberalismo, o cenário nacional propiciou a retirada da cena política deste ator político. Em 2013, já no segundo mandato de Dilma Rousseff, sucessora de Lula, incia-se um processo de crise econômica e política no Brasil sem precedentes. Vários anos de desaceleração econômica, seguidos por sucessivas contrações do PIB, levaram a renda per capita de volta ao nível do início dos anos 2000, o que teria gerado uma crescente rejeição à institucionalidade eleitoral e partidária, amplamente tida como opaca e corrupta, o que desencadeou o processo de impedimento da presidenta ainda em 2016.

No início dos anos 2010, após mais de 20 anos de políticas econômicas neoliberais, o país vivia um círculo vicioso de desindustrialização, reprimarização e financeirização da economia que teriam tornado o desempenho macroeconômico excessivamente dependente das exportações de produtos primários, com padrões indesejáveis de desemprego, baixa produtividade e limitação de capacidade de melhorar a infraestrutura. Teria havido ainda um progressivo desequilíbrio da conta-corrente e a pressões crescentes sobre o orçamento fiscal, em razão dos custos da dívida pública interna, da esterilização das entradas de divisas, do investimento público, dos empréstimos subsidiados do BNDES e das transferências de renda. A insatisfação popular cresceu na proporção das quebras de expectativas geradas, com o ruído contestatório vindo dos setores mais influentes socialmente.<sup>446</sup>

Mesmo que este o Partido dos Trabalhadores não tivesse sido uma alternativa real ao estado de coisas econômica, as concessões feitas aos mais pobres e a mudança política em

---

<sup>444</sup> SAAD FILHO; MORAIS, op. cit., p. 151.

<sup>445</sup> Ibid., p. 168.

<sup>446</sup> SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 168.

setores determinantes foi suficiente para reconhecê-lo como uma ameaça. Após o processo golpista de 2016, houve um realinhamento com a cartilha neoliberal mais radical. Seguidas emendas constitucionais foram introduzidas com o objetivo de reduzir ainda mais a capacidade de intervenção do Estado e restringir os gastos sociais, em especial a Emenda 95, de 2017, que criou um “teto de gastos fiscais” com valor real igual do ano fiscal de 2016 e que se manterá por vinte anos. Tal emenda limitou fortemente a capacidade de o governo federal implementar políticas públicas e realizar política fiscal, reduzindo de forma drástica a potência democrática dos governos vindouros.<sup>447</sup> No Brasil, a pós-democracia neoliberal não mantém nem a aparência democrática. Com a retirada de uma presidenta eleita e a perseguição judicial a lideranças políticas e a partidos do bloco político de esquerda, em 2018, houve a eleição de um presidente que baseou sua campanha em notícias falsas, em ameaças aos valores democráticos e institucionais, e que reconhecidamente possui sustentação política à indicação para o Ministério da Economia de um representante da Escola de Chicago e do neoliberalismo, o Ministro Paulo Guedes.

### 2.3.2 Situação prática

Conforme a proposta apresentada na introdução deste trabalho, eis o momento para avaliar a situação prática do neoliberalismo no Brasil. Após a breve exposição do seu quadro histórico, é importante para o método desenvolvido apresentar como o sistema normativo neoliberal de fato, na prática, existe. Há a necessidade de delimitar, todavia, a abordagem a fim de o objeto ter relevância com a pesquisa aqui produzida. Seguindo a teses apresentadas, sendo o neoliberalismo um sistema normativo social amplo, a abordagem nesta parte será específico sobre o sistema normativo jurídico e estatal. Dessa forma, mesmo que haja confluência ou zona de contato entre temas, haja um limite do que será abordado.

#### 2.3.2.1 Governo empresarial

Na era neoliberal, Dardot e Laval, reconhecem que o Estado já não se destina tanto a assegurar a integração dos diferentes níveis de vida coletiva. O Estado cada vez mais se destina a ordenar as sociedades de acordo com as exigências da concorrência mundial e das finanças globais. Assim a gestão da população teria mudado de método e significado. Não

---

<sup>447</sup> Ibid., p. 244.

mais se espera do Estado a harmonia entre eficácia econômica e progresso social. A população é vista apenas como recurso à disposição das empresas, segundo uma análise em termos de custo-benefício. Os autores franceses reconhecem que o termo social teve seu significado alterado não representando mais uma lógica de divisão de ganhos de produtividades coletivos, mas sim o de maximização da utilidade da população, aumentando sua “empregabilidade” e sua produtividade, e diminuindo seus custos, com um novo gênero de política “social” que consiste em enfraquecer o poder de negociação dos sindicatos, degradar o direito trabalhista, baixar o custo do trabalho, diminuir o valor das aposentadorias e a qualidade da proteção social em nome da “adequação à globalização”.<sup>448</sup> O Estado, deste modo, não abandonaria o papel na gestão da população, somente transformando a gestão.

Os conflitos sociais também são interpretados de forma diametralmente oposta. Para ambos, haveria o fim do “regime inclusivo” da oposição de classe como instituidor e integrador, capaz de ser um dos motores da acumulação de capital e do crescimento econômico, que poderia sido um regime vigente em alguns períodos históricos ou que ainda se mantém como oposto ao neoliberalismo. No neoliberalismo, entretanto, a população é duplamente vista como recurso humano e como encargo social. O novo regime admitiria assim apenas partes interessadas e não adversários. Os interesses seriam diretamente relacionados ao sucesso dos negócios, o que geraria indiretamente o sucesso do país ou do Estado. Antes, a sociedade pressupunha conflitos, diferenças e divergências. Na sociedade neoliberal, ninguém pode ser inimigo da eficácia e do bom desempenho.<sup>449</sup>

No neoliberalismo, o Estado perde simbolicamente e na prática o papel de entidade integradora de todas as dimensões da vida coletiva, como organizador do poder político, elaborador e difusor da cultura nacional, das relações entre classes sociais, organizador da vida econômica, do nível de emprego e assim por diante. Dardot e Laval reconhecem, seguindo este raciocínio, que os Estados tendem a delegar grande parte dessas funções às empresas privadas, como responsáveis socioeconômicos, vide no caso de subsídios às empresas para assegurarem a missão de desenvolvimento social, a cultura e ao ensino. Haveria um deslocamento do poder do Estado para o poder múltiplo e fragmentado de agências e órgãos “híbridos”, meio públicos, meio privados de modo que Estado passa a ser visto como uma empresa a serviços de empresas.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 284.

<sup>449</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 285.

<sup>450</sup> Ibid., p. 288.

Dardot e Laval são expressivos ainda ao avaliarem que o modelo “empresa” é aplicado ao Estado. O intervencionismo neoliberal não visa a corrigir sistematicamente os “fracassos do mercado” em função de objetivos políticos considerados desejáveis para o bem-estar da população. O intervencionismo, na verdade, criaria situações de concorrência que supostamente privilegiariam os mais “aptos” e os mais fortes e a adaptar os indivíduos à competição, considerada a fonte de todos os benefícios. O mercado em si passa a ser visto como preferível à gestão pública, sempre. As tecnologias de gestão privada seriam mais eficazes contra os problemas causados pela gestão administrativa do que as regras de direito público.<sup>451</sup>

A gestão pública teria sido totalmente reformulada, segundo Dardot e Laval, no governo Thatcher. Ali, teria sido inaugurado um novo modelo de gestão governamental. Ou nas palavras de Foucault, uma nova governamentalidade. A administração teria sido centralizada à custa das coletividades locais e teria sido implementada uma reforma gerencial dos modos de gestão. A função pública foi dividida em agências independentes, cujas normas eram estabelecidas por centros de comando, expostas à concorrência e submetidas às decisões “soberanas” dos consumidores. Haveria a substituição de princípios do direito público pela gestão concorrencial.<sup>452</sup>

Teria nascido assim o gerencialismo, que se apresentaria como remédio universal para problemas sociais que seriam reduzidos a questões de organização que podem ser resolvidas por técnicas que procuram sistematicamente a eficiência. O postulado do gerencialismo, como nova governança, seria a de que a gestão privada seria sempre mais eficaz que a administração pública. O setor privado seria mais reativo, flexível, inovador, tecnicamente mais eficaz, por ser mais especializado e menos sujeito a regras estatutárias. Tratar-se-ia de uma nova gestão pública,<sup>453</sup> que possuiria dois princípios fundamentais: o princípio de maximização da aptidão dos agentes públicos e o princípio de minimização do gasto público. Estes dispositivos normativos produzem, segundo os autores franceses, na esfera pública, resultados tão desejáveis quanto o mercado na esfera privada. Há a defesa da transparência como solução universal, que impediria os funcionários públicos e os representantes eleitos de desperdiçar o dinheiro público ou beneficiar a si próprio.<sup>454</sup> Esta tecnologia tem inspiração direta na teoria utilitarista e pan-óptica de Jeremy Bentham.

---

<sup>451</sup> Ibid., p. 288.

<sup>452</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 288.

<sup>453</sup> Ibid., p. 290.

<sup>454</sup> Ibid., p. 295.

Dardot e Laval avaliam uma mudança de paradigma de um modelo burocrático como centro e organização da sociedade para um paradigma “pós-burocrático”, derivada da crença no fim da “era da burocracia”.<sup>455</sup>

A Administração Pública passaria ser vista como uma empresa, que à semelhança deve maximizar o orçamento público no lugar de lucros. O monopólio da Administração Pública teria sido quebrado, externa e internamente para gerar a concorrência e alavancar a eficiência. Haveria a competição entre repartições para melhorar a oferta de serviços públicos.<sup>456</sup> Além da concorrência entre serviços públicos e privados, também haveria concorrência entre os serviços burocráticos. O burocrata viraria, nesta lógica, um empreendedor. Os usuários e cidadão passaram a ser vistos como clientes.<sup>457</sup>

No tocante à nova gestão pública haveria como um dos principais objetivos controlar os agentes públicos para aumentar a produtividade através de um aumento do comprometimento com o trabalho. Esperar-se-ia deles muito mais a obtenção de resultado do que o respeito aos procedimentos funcionais e às regras jurídicas. Essa mensuração do desempenho tornou-se a tecnologia elementar das relações de poder nos serviços públicos, uma verdadeira “obsessão pelo controle” dos agentes, de modo que o indivíduo interiorize as normas de controle, até fazendo com que o avaliado seja o produtor das normas que servirão para julgá-lo.<sup>458</sup> Dardot e Laval reconhecem ainda que haveria um instrumento fundamental que seria a internalização dos valores de produção de eficácia, de maximização do orçamento e da prestação de um serviço de qualidade em concorrência com a iniciativa privada aos agentes públicos e cidadãos, ao mesmo tempo que o serviço público em si é mensurado por critérios padrões normativos de qualidade como do tipo ISO 9000.<sup>459</sup>

Na fusão entre subjetividade e situação prática, os autores avaliam que na antiga forma de governo, ligada ao ideal de soberania democrática, a autonomia relativa do funcionário público repousava sobre o compromisso de servir a uma causa que se impunha a ele e pela qual ele tinha de respeitar o direito público e os valores profissionais que compunham um espírito de solidariedade. Esse compromisso era simbolizado por um estatuto e por um princípio de solidariedade.<sup>460</sup>

A nova gestão pública possui duas dimensões: ela introduz modos de controle mais refinados, que fazem parte de uma racionalização burocrática mais sofisticada, e embaralha as

---

<sup>455</sup> Noção atribuída a Michael Barzelay (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 296).

<sup>456</sup> Ibid., p. 297.

<sup>457</sup> Ibid., p. 298.

<sup>458</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 305.

<sup>459</sup> Ibid., p. 316.

<sup>460</sup> Ibid., p. 315.

missões do serviço público, alinhando-as formalmente a uma produção do setor privado. Os princípios e atividade profissionais são concebidos apenas pelo ângulo dos interesses pessoais e corporativo, negando-se assim, qualquer dimensão moral e política de seu compromisso. Os três “e”s (eficácia, economia e eficiência” teriam feito desaparecer da lógica do poder as categorias do dever e da consciência profissional.<sup>461</sup> Teria havido uma corrosão da confiança nas “virtudes” cívicas, sem dúvida, efeitos performativas sobre a maneira como os cidadãos consumidores enxergam sua contribuição fiscal para os encargos coletivos e o “retorno” que tem individualmente. Não haveria, assim, uma avaliação sob o ponto de vista do interesse da comunidade política, mas somente em função do interesse pessoal.<sup>462</sup>

#### 2.3.2.2. A reforma do Estado

No Brasil, este novo modelo de administração pública teria começado a ser implantado em 1995, com a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), sob o governo Fernando Henrique Cardoso, cuja proposta seria transformar a administração pública brasileira, de burocrática para a gerencial segundo Sena.<sup>463</sup> A administração gerencial teria como objetivo final os resultados diferentemente da burocrática se que concentraria no processo, definindo os procedimentos para contratação de pessoas, compra de bens e serviços e finalidade de satisfazer as demandas dos cidadãos<sup>464</sup>. O PDRAE teria definido expressamente o significado da reforma que permitira: “que o núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente”<sup>465</sup>.

Como o objetivo central da reforma seria transitar de uma administração pública burocrática para a gerencial. O gerencialismo, assim, seria a denominação técnica setorial para a implementação do neoliberalismo na administração, privadas ou pública. Desse modo, as reformas são veiculadas como modernizantes somente com benefícios, aceito por amplos setores sociais, inclusive de pensamento crítico.

Na disputa política para a implementação da reforma, haveria a preservação de valores ou princípios do modelo anterior. A segurança e a efetividade, por exemplo, qualidades

---

<sup>461</sup> Ibid., p. 320.

<sup>462</sup> Ibid., p. 320.

<sup>463</sup> SENA, Gabriel Astoni. A reforma do Poder Judiciário no Brasil: análise a partir das metas do Conselho Nacional de Justiça. In: ENCONTRO DO ANPAD, 36., 2012. *Anais* [...] Rio de Janeiro. 2012. p. 3

<sup>464</sup> BRESSER PEREIRA, 2006; PAULA, 2005; MATIAS-PEREIRA, 2009.

<sup>465</sup> DI PIETRO, 2002, p. 84.

presentes no modelo burocrático, deveriam ser preservadas no núcleo estratégico, porém se deveriam agregar os conceitos de administração pública gerencial. Já nos demais setores, tendo em vista a relevância do requisito eficiência, em virtude da existência de grande número de servidores, cidadãos clientes e usuários envolvidos, o peso da administração burocrática deveria ir progressivamente diminuindo até desaparecer como no caso das empresas estatais.<sup>466</sup> Em agosto de 2002, Bresser Pereira concluiu:

A Reforma do Aparelho do Estado voltada para a gestão e busca de resultados, inclusive com indicadores, metas e avaliação de desempenho, é um processo de mudanças da instrumentalidade da ação do Estado, dos meios da governança, no manejo ou gerenciamento de seus recursos econômicos e sociais, na busca da eficiência.<sup>467</sup>

A reforma administrativa para Bresser Pereira, que foi Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado entre 1995 e 1998 e responsável por coordenar e implementar o as reformas neoliberais na Administração Pública Federal, deveria ser executada em três dimensões: a) institucional legal, b) cultural; c) cogestão. Na primeira, haveria reformas legislativas e constitucionais, sendo realizada através da EC 19/1998. No Judiciário, com a EC 45/2004. No setor cultural, deveria ser superado o patrimonialismo arraigado na sociedade, principalmente na mudança de mentalidade dos servidores públicos e da população. Por fim, a última dimensão levaria a criação de agências autônomas e das organizações sociais. Outro método de delimitação do espaço de atuação do Estado é a terceirização, mediante a qual o governo transfere para o setor privado, através de licitação pública e contratos, serviços auxiliares ou de apoio, como a limpeza, o processamento de dados e o transporte. Por meio do Programa Nacional de Publicização (PNP), o governo de Fernando Henrique Cardoso transferiu para “o setor público não-estatal” - o chamado terceiro setor - a produção dos serviços competitivos ou não, exclusivos do Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento. Na prática, a terceirização se estendeu a outros tipos de serviço como a saúde.<sup>468</sup> Segundo Bresser Pereira (1998)<sup>469</sup>, as organizações sociais, executoras das atividades da área social, seriam controladas não apenas através da administração gerencial, mas também e principalmente através do controle social e da constituição de quase-mercados.

<sup>466</sup> BRESSER PEREIRA, op. cit.

<sup>467</sup> BRESSER PEREIRA apud FALEIROS, V. P. **A Reforma do Estado no período FHC e as propostas do governo Lula**. INESC, 2004. p. 35-55.

<sup>468</sup> GOMES SILVA, Ilse. **Democracia e participação na “reforma” do Estado**. São Paulo: Cortez, 2003.

<sup>469</sup> BRESSER PEREIRA, Luís C. A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e mecanismos de controle. **Rev. Lua Nova**, n. 45, p. 45-95, 1998.

Os termos chaves para compreender os processos de reformas são eficácia e eficiência, quer seriam objetivos da reforma gerencial frente ao modelo antigo. Maximiniano<sup>470</sup> define eficácia como: “palavra usada para indicar que a organização realiza seus objetivos”. Assim, a organização seria mais eficaz na medida em que o índice de realização de seus objetivos for mais elevado. Já a eficiência seria o termo empregado quando a organização utiliza economicamente seus recursos. Quanto mais alto o grau de produtividade ou economia na utilização de recursos, maior o índice de eficiência da organização.<sup>471</sup>

O princípio da eficiência foi inserido como princípio constitucional pela EC 19 de 1998. Di Pietro conceitua o princípio tendo dois aspectos:

[...] pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados, e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação de serviços. (DI PIETRO, 2002, p. 83).

Assim, Sena apresenta como dilema da reforma gerencial a necessidade de adequar a eficácia com a eficiência de modo a oferecer um serviço público de qualidade para a sociedade, ao mesmo tempo economicamente viável para o Estado.<sup>472</sup>

Abrucio, esclarece que:

Com o conceito de efetividade, recupera-se a noção de que o governo deve, acima de tudo, prestar bons serviços. É a lógica de que começa a ser incorporada, pelo modelo gerencial. Porém, a valorização a ser incorporada pelo modelo gerencial. Porém, a valorização do conceito de efetividade também traz de novo à tona o caráter política da prestação de serviços públicos, uma vez que são os usuários dos equipamentos sociais que de fato podem avaliar a qualidade dos programas governamentais. E aqui está um dos calcanhares de aquiles do modelo gerencial puro: a subestimação do conteúdo político da administração pública.<sup>473</sup>

Sena conclui que segundo tais termos, o gestor público deve saber ponderar os índices de eficiência e eficácia, para tentar oferecer à sociedade um serviço público de qualidade, sem descuidar do caráter econômico do mesmo.<sup>474</sup> A Reforma do Estado articulou medidas legislativas, mudança regulatória e ações governamentais para uma reordenação estratégica do papel do Estado, que deveria passar de impulsionador do desenvolvimento para o de impulsionador da competitividade da economia. Para tanto, transferiu patrimônio público para

---

<sup>470</sup> MAXIMINIANO, 2006 apud BRESSER PEREIRA, 2006, p. 4.

<sup>471</sup> SENA, 2012, p. 5.

<sup>472</sup> SENA, 2012, p. 6.

<sup>473</sup> ABRUCIO, 2006, p. 184.

<sup>474</sup> SENA, op. cit., p. 6.



o mercado, mudou a relação do Estado com o mercado e a sociedade, considerando o Estado como complementar ao mercado.<sup>475</sup> A escolha por políticas sociais focalizadas, pelo racionamento dos gastos, pela redução da responsabilidade do Estado enquanto provedor de direitos sociais básicos à população, segundo Carinhato, teriam sido compensações pela negação de uma política social inclusiva, a qual se mostraria como única resposta razoável em um país de milhões de miseráveis passaram a depender uma ajuda monetária relevante enquanto forma de mantê-los vivos, porém ínfima em relação a um modelo que buscasse a emancipação da extrema pobreza que os acomete. Os mecanismos de transferência de renda para segmentos carentes teria se mostrado fundamental nestes termos.<sup>476</sup>

Além dos programas de transferência de renda direta cujo maior exemplo pela abrangência e pelo impacto social causado, sem dúvida, é o Bolsa Família<sup>477</sup>, há inúmeros outros exemplos sobre a mudança de forma de atuação do Estado na área social principalmente por um partido que tinha com proposta a superação do neoliberalismo. De modo geral, a maior intervenção dos governos petistas se deu com o financiamento tanto de assistência social como de empresas privadas para cumprir metas públicas. A justificativa seguiu em grande medida o discursos neoliberal, de que seria mais céleres, eficientes e menos custoso. Trata-se de uma mudança significativa de práticas públicas que passa a ter como modelo de atuação nas áreas sociais políticas focais de diminuição da pobreza, eliminação da miséria ou de promoção de acesso a grupos sociais mais vulneráveis a serviços públicos ou áreas estratégicas.

---

<sup>475</sup> CARINHATO, 2008, p. 6.

<sup>476</sup> CARINHATO, 2008, p. 8.

<sup>477</sup> O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência de renda do Governo Federal, sob condicionalidades, instituído no Governo Lula pela Medida Provisória 132, de 20 de outubro de 2003[1], convertida em lei em 9 de janeiro de 2004, pela Lei Federal n. 10.836, que unificou e ampliou os seguintes programas anteriores de transferência de renda: Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Educação - Bolsa-escola (Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso), Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso), Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação (Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso), Programa Auxílio-Gás (Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002 - Governo Fernando Henrique Cardoso), Programa Nacional de Acesso à Alimentação - Fome Zero (Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003 - Governo Lula). O PBF é tecnicamente chamado de mecanismo condicional de transferência de recursos. Consiste na ajuda financeira às famílias pobres (definidas como aquelas que possuem renda per capita de R\$ 89,00 a R\$ 178,00) que tenham em sua composição gestantes e crianças ou adolescentes entre 0 e 17 anos e extremamente pobres (com renda per capita até R\$ 89,00). A contrapartida é que as famílias beneficiárias mantenham as crianças e os adolescentes entre 6 e 17 anos com frequência na escola e façam o acompanhamento de saúde das gestantes, as mulheres que estiverem amamentando e as crianças, que também devem ter a vacinação em dia. O programa visa a quebrar o ciclo geracional da pobreza a curto e a longo prazo através de transferências condicionadas de renda. Em outubro de 2015, o valor médio do benefício era de R\$ 176,00 mensais e o menor valor, de R\$ 35,00 mensais. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa\\_Fam%C3%ADlia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa_Fam%C3%ADlia). Acesso em: 25 abr. 2021.

Na educação, para exemplificar, diversos programas oficiais foram implementados em parceria com a iniciativa privada. Houve a implementação e aperfeiçoamento de programas educacionais federais que promoveram a troca de benefícios fiscais por maior oferta de vagas da rede privada de modo a expandir o acesso à educação (PROUNI)<sup>478</sup>. Do mesmo modo, o governo implementou o financiamento com juros subsidiados a fim de permitir o ingresso no sistema privado de ensino de jovens pobres (FIES).<sup>479</sup> No que se refere à garantia de moradia, o modelo implementado foi similar, com o Estado intervindo para custear financiamentos privados a longo prazo, na intermediação entre construtoras e bancos.<sup>480</sup> Outro cenário exemplificativo seria a sistema de saúde, no qual foi autorizado a prestação de serviço por Organização Sociais, pessoas jurídicas de direito privado, que atuavam com funcionários contratados mas se utilizando da estrutura física do Estado, bem como fazendo parte das políticas públicas estatais.<sup>481</sup> Somente haveria a busca pela racionalização dos gastos sem a necessidade de contratar por concurso público, manter vínculos estatutários, ou seja, atuar dentro do regime público. Há uma invasão da lógica privada e empresarial dentro do Sistema Único de Saúde. Neste cenário, as políticas de educação, urbanismo e habitação concretizam-se apenas à nível de orientação, com pouco impacto para contrariar a empresarial e mercadológica dominante.

Esta lógica concorrencial, privada e pública, também se aplica ao cenário internacional. Havendo a competição entre Estado para atrair investimentos com a oferta de subsídios, afrouxamento de legislações ambientais, trabalhistas e sanitárias. Os Estados competem entre si como empresas e para tal usam de todas as tecnologias possíveis como propaganda, marketing, lobbys, empréstimos etc. Haveria uma dupla ação estatal: executar simultaneamente duas

---

<sup>478</sup> O Programa Universidade para Todos (Prouni) é um programa do Governo Federal do Brasil criado com o objetivo conceder bolsas de estudo integrais e parciais em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior. Foi instituído pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005 na gestão Lula. Foi criado em 2004, a partir do PL 3.582/2004 encaminhado ao Congresso Nacional. Até 2013, o Prouni permitiu o acesso ao ensino superior a 1,2 milhão de jovens, sendo que 1.116 instituições de ensino particulares participam em 2021 do programa, com uma média equivalente a uma bolsa para cada 10,7 alunos pagantes. 74% das matrículas do ensino superior brasileiro estão nas faculdades particulares, correspondendo a 5,2 milhões de alunos. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Programa\\_Universidade\\_para\\_Todos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Programa_Universidade_para_Todos). Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>479</sup> O Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES) é um programa do Ministério da Educação do Brasil, criado em 1999[1], destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas. Podem recorrer ao financiamento os estudantes matriculados em cursos superiores que tenham avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo\\_de\\_Financiamento\\_ao\\_Estudante\\_do\\_Ensino\\_Superior](https://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_de_Financiamento_ao_Estudante_do_Ensino_Superior). Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>480</sup> Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Minha\\_Casa,\\_Minha\\_Vida#Hist%C3%B3ria](https://pt.wikipedia.org/wiki/Minha_Casa,_Minha_Vida#Hist%C3%B3ria). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>481</sup> Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_social](https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_social). Acesso em: 13 abr. 2021.

operações como homogêneas em virtude da unicidade das categorias em jogo: de um lado, construir mercados que sejam o mais concorrências possível no âmbito mercantil; de outro, fazer a lógica de concorrência intervir no próprio âmbito da ação pública.<sup>482</sup> No Brasil também tal lógica fica clara no processo de disputa pelo governo federal, estadual e municipal para sediar os eventos esportivos da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas em 2016. Há a competição entre Estados que apresentam as propostas de investimentos, construções, custos como vendendo um conjunto de bens e serviços para um comitê. A escolha da proposta é vista como a escolha do melhor competidor ou o vencedor.<sup>483</sup> Há a competição até mesmo entre os Estados federados para atrair investimentos estrangeiros, com a oferta de terrenos públicos para instalações de fábricas, benefícios fiscais e toda sorte de financiamentos.

Com a gestão empresarial, Dardot e Laval, expõe que o mercado não se impõe simplesmente porque “invade” os setores associativos do Estado, mas porque teria se tornado o modelo universal para qualquer esfera da vida. Hospitais, escolas, universidades, tribunais e delegacias seriam, nas palavras dos autores, consideradas empresas utilizando-se das mesmas ferramentas e das mesmas categorias. A mudança estrutural do Estado na era neoliberal passa pela introdução do gerencialismo como forma de gestão. O Estado é reconhecido como empresa e atua em diversas frentes como tal. Não só atua em conjunto com outras empresas via financiamento, como administra a prestação de serviço pela lógica empresarial. As políticas públicas assim seguem a cartilha neoliberal, sendo insuficientes para alterar a realidade.<sup>484</sup>

### 2.3.2.3 A reforma do Judiciário

Bresser Pereira reconhece que o Poder Judiciário faria parte de setor estratégico do Estado devendo conciliar o modelo gerencial preservando as qualidades do burocrático.<sup>485</sup> Este seria o papel da implementação de “modelos”, gerenciais ou com outros nomes, ao Estado ou outras esferas da vida. O modelo gerencial acima exposto faria esse papel de inundar o Estado brasileiro com técnicas privadas.

A parte das mudanças no direito propriamente que ficaram pra a próxima parte, neste momento será relevante a mudança estrutural do Sistema de Justiça. O referido processo, no

---

<sup>482</sup> DARDAOT; LAVAL, 2016, p. 303.

<sup>483</sup> Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas/2007/10/30/ult59u135209.jhtm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

<sup>484</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 303.

<sup>485</sup> SENA, 2012, p. 4.

sistema de justiça, teria se iniciado nos anos 1990, segundo Sena. A questão da “gestão de fluxos judiciários” teria transformado o magistrado num administrador que todo o ano seria obrigado a aumentar seu “portfólio de processos” e de forma imperativa na medida em que seu salário e sua promoção vão depender cada vez mais do cumprimento dos indicadores. Haveria, assim, uma contabilidade da atividade judiciária do mesmo modo que de outras atividades, reconhecendo também o Poder Judiciário como uma empresa e as partes como clientes. A partir deste momento cada serviços passam a ser regidos pelos princípios gerenciais. Adotou-se uma “cultura de resultado” na justiça, assim como na medicina, na cultura e nos esportes, com o ato de julgamento que seriam inspirados em critérios éticos e políticos sendo substituído por valores de resultado e valores mercantis.<sup>486</sup>

No Brasil, houve um movimento reformador intrínseco ao projeto geral de reformas administrativas que engloba o âmbito judicial. Lima e da Cruz afirmam que as mudanças promovidas estariam inseridas no contexto de reformas dos governos de países desenvolvidos que seguiriam a tendência da Nova Gestão Pública.<sup>487</sup> Tratar-se ia, segundo tais autores, de adaptar para a gestão pública alguns dos elementos da administração da esfera privada na busca pela eficiência, efetividade e transparência dos atos de gestão.<sup>488</sup>

Koener, Inatomi e Barreira em retrospectiva avaliam que o debate sobre a reforma judiciária teria se iniciado em 1992, mas teriam começado a ser promovidas a partir de 2003, com a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário e realizado o Pacto Republicano para a reforma culminando com a EC 45/2004. A partir de então medidas de reformas contínuas foram sendo planejadas e aplicadas. As medidas adotadas teriam realizado um programa de reformas gerenciais, que adaptaria o serviço público a uma racionalidade de eficiência administrativa. Os projetos visariam a racionalidade da eficiência administrativa, prestados para os seus usuários por um corpo qualificado de profissionais. O seu compromisso com a efetividade social dos direitos se concluiria coma “entrega” do serviço demandado, ou seja, a decisão judicial segundo parâmetros de previsibilidade com prazos e custos razoáveis.<sup>489</sup> As reformas teriam sido lideradas pelas cúpulas dos tribunais e apoiadas por juristas de elite,

---

<sup>486</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 313.

<sup>487</sup> LIMA, Tatiana Cristina; DA CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves. O Conselho Nacional de Justiça e as Reformas do Poder Judiciário: aspectos da Tecnologia da Informação. In: ENCONTRO DA ANPAD, 35., 2011, Rio de Janeiro. *Anais* [...]. Rio de Janeiro, ANPAD, 2011. p.1.

<sup>488</sup> LIMA; DA CRUZ, 2011, p. 1.

<sup>489</sup> KOENER, Andrei; BARREIRA, Karen Elaine Sakalauska; INATOMI, Celly Cook. A reforma gerencial do judiciário no Brasil: medidas e efeitos e impactos para os direitos dos cidadãos. *Acta Sociológica*, n. 72, jan.-abr. 2017, p. 15.

altos funcionários e políticos de vários partidos. A reforma viria para superar um modelo formal, legalista e burocrático.<sup>490</sup>

Os supracitados autores analisam que entre 2004 e 2008, foram adotadas 222 medidas, que adotaram resumidamente a informatização, a simplificação de procedimentos, a uniformização do entendimento sobre a aplicação das leis e a conciliação. Haveria como meta tornar mais efetivas as decisões judiciais o que teria englobado reformas para a prevenção de litígios, ampliação de acesso, o reconhecimento de direitos e o fortalecimento da cidadania. Para a ampliação do acesso ao Judiciário teriam sido utilizados meio informais de atuação, como simplificação, informatização e oralidade.<sup>491</sup>

Com o mesmo perfil, entre 2009 e 2015, foram adotadas 241 medidas, compostas por 141 projetos de lei, 4 enunciados administrativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 39 recomendações do CNJ, 20 programas e projetos do CNJ, 18 instruções normativas da AGU, 1 portaria institucional da Advocacia-Geral da União (AGU), 7 termos de conciliação da AGU e 11 programas e projetos da AGU.<sup>492</sup> O conjunto de reformas gerenciais do Judiciário brasileiro indicaria a plena implementação de um programa, que viria sendo realizado de forma consistente por mais de uma década. Foi adotado um enfoque interno à organização de maneira a ser mais eficiente ao dar respostas às demandas. Teriam sido dados racionalizações dos processos, tanto de gestão como de decisão judicial, tendo aumentado a capacidade de resposta e estabilidade. A readequação se daria pela ampliação dos filtros de ingressos, pela simplificação de procedimentos, pela padronização de processos e decisões, e com controle dos resultados, além da qualificação e motivação dos profissionais. Em 2016, o novo Código de Processo Civil seria visto como mais uma ferramenta para alterar o estoque de processos em andamento. Haveria bloqueio de recursos, eliminação de processos repetitivos e resolução mais rápida dos conflitos de massa.<sup>493</sup>

Conselho Nacional de Justiça teria sido fundamental nas reformas. Segundo Viera e Pinheiro (2008)<sup>494</sup>, o primeiro triênio de atuação do CNJ (2005-2007) teve a publicação de resoluções e recomendações direcionadas a melhorai da gestão, especialmente nas atividades de planejamento, organização e controle. Ainda se destacaram as ações de proibição do nepotismo e o incetivo à atividade concorrencial. Já no biênio (2008-2009), o CNJ teria

---

<sup>490</sup> Ibid., p. 17.

<sup>491</sup> Ibid., p. 19.

<sup>492</sup> KOENER; BARREIRA; INATOMI, 2017 p. 19.

<sup>493</sup> Ibid., p. 38.

<sup>494</sup> VIEIRA, L. J. M.; PINHEIRO, I. A contribuição do Conselho Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Anpad, 2008. p. 1-16.

promovido diversos encontros regionais voltados para um diagnóstico e um direcionamento do Poder Judiciário em prol de uma consolidação de uma atuação mais efetiva. Este órgão também ainda e de modo periódico produz resoluções com caráter reformador como a de número 70/2009, com os seguintes temas: eficiência operacional, acesso à justiça, responsabilidade social, alinhamento e integração, atuação institucional, gestão de pessoas e infraestrutura. Foram estabelecidas 10 metas a serem seguidas, com metodologia que preconizou o uso de indicadores de desempenho e favoreceu a gestão de resultados. Dentre as metas estabelecidas par a 2010, três buscavam resolver o problema da lentidão da administração.<sup>495</sup> Estas metas são renovadas constantemente e estrategicamente. As reformas defendidas pelo CNJ apresentar-se-iam como pautadas pela gestão de resultados, além da ordem de fazer mais com menos, através de metas definidas para cada órgão mediante planejamento, em prol da modernização e uma atividade jurisdicional mais efetiva.<sup>496</sup> Sena também possui a mesma interpretação ao afirmar que as metas buscam implantar uma gestão mais eficaz com ênfase na celeridade processual, gestão administrativa e informatização dos procedimentos.<sup>497</sup>

Este modelo do Poder Judiciário aqui relatado também foi replicado nas outras instituições do sistema de justiça. Em que pese haver uma necessária inter-relação entre o Judiciário e o Ministério Público com mútua influência nos processos, atividades e relações em comum, houve ainda a instituição de modelos similares de gestão gerencial como o apresentado no Poder Judiciário. No sítio eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público está previsto como objetivos da instituição:

---

<sup>495</sup>As metas de 2010 eram as seguintes: Meta 1: julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal; Meta 2: julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007. Meta 3: reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais Meta 4: lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento; Meta 5: implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau; Meta 6: reduzir a pelo menos 2% o consumo per capita com energia, telefone, papel, água e combustível; Meta 7: disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal, em especial a quantidade de julgamentos com e sem resolução de mérito e homologatórios de acordos, subdivididos por competência; Meta 8: promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados, priorizando-se o ensino à distância; Meta 9: ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior; Meta 10: realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metlas-2010/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

<sup>496</sup> LIMA; DA CRUZ, 2011, p. 14.

<sup>497</sup> SENA; 2012. p.1.

[...] implementar uma gestão por processos efetiva na instituição, tendo desenvolvido uma metodologia própria para o direcionamento das atividades de mapeamento e gestão, divulgando e aplicando-a em todas as suas unidades administrativas e finalísticas. A gestão por processos pressupõe que os processos não são apenas identificados, com as suas atividades destacadas, mas que a organização atue em sua gestão, utilizando-se os processos de trabalho mapeados, atribuindo indicadores de desempenho para que possa avaliar o andamento de seus processos e propor melhorias ao funcionamento de cada um deles, e, por consequência, da instituição como um todo.<sup>498</sup>

Também foram instituídos sistema de metas, de gestão de pessoal e o reconhecimento dos usuários dos serviços prestados pelo Ministério Público como clientes:

De modo a fornecer uma visão mais gerencial, e que possa representar a realidade do Conselho a nível dos seus principais processos de negócio (macroprocessos) e a forma como contribuem aos clientes da instituição (Sociedade e MP brasileiro), o CNMP também desenvolveu a sua Cadeia de Valor, proporcionando essa dimensão de quais processos entregam resultados a seus clientes (finalísticos), e quais são realizados para o direcionamento (gerenciais) e manutenção da instituição (de suporte). Por fim, em conjunto com as frentes de projetos, estratégia e monitoramento, os processos visam a estruturar e desdobrar as ações de planejamento traçadas por cada setor, dando concretude às ações propostas nos Planos de Gestão, Planos Diretores e no Planejamento Estratégico da Instituição.<sup>499</sup>

Em suma, utilizando os exemplos da gestão empresarial no Poder Judiciário e no Ministério Público, ficou mais claro como o neoliberalismo e o gerencialismo como sua expressão no ambiente administrativo, estariam em vias de modificar o sistema de justiça no Brasil. A transformação de um modelo burocrático para o gerencial com a introdução da lógica privada aos serviços públicos, no ambiente judicial, seria expressivo de uma situação prática cada vez mais difusa. Esta realidade, todavia, ainda precisa ser analisada em conjunto com a subjetividade neoliberal presente de modo difuso na sociedade, o que será visto em seguida.

## 2.4 A subjetividade neoliberal

<sup>498</sup> Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/visao-360/processos/sobre>. Acesso em: 19 abr. 2021.

<sup>499</sup> O plano de capacitação de 2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo, lista como funções do referido plano: Desenvolver a visão do órgão dentro das unidades; Estabelecer metas e objetivos, buscando resultados sustentáveis; Analisar cenários, demonstrando visão sistêmica; Delegar de forma clara, objetiva e isonômica. Fomentar o desenvolvimento das pessoas; Dar e receber feedback; Coordenar equipes; Estimular a qualidade de vida no trabalho; Gerenciar conflitos. Gerenciar os processos e a qualidade dos procedimentos; Coordenar e supervisionar a execução das ações e projetos; Medir e monitorar os resultados individuais e coletivos; Garantir a conformidade com as normas internas e externas. Promover a gestão da mudança, estimulando a resiliência, a adaptabilidade e a flexibilidade. Gerar e patrocinar novas ideias, promovendo um ambiente criativo. Articular parcerias, buscando atuação em redes. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Portarias\\_Secretaria\\_Geral\\_nova\\_versao/2018/2018PortariaCNMP-SG088.-Anexo.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Portarias_Secretaria_Geral_nova_versao/2018/2018PortariaCNMP-SG088.-Anexo.pdf). Acesso em: 14 abr. 21.

A sociedade neoliberal somente se constitui com a formação de uma subjetividade que contemple os valores neoliberais. Após a análise do quadro histórico e a situação prática do neoliberalismo sobre o Estado e sobre o Poder Judiciário, eis o momento para nos aprofundarmos na subjetividade neoliberal. O objeto principal da obra de Dardot e Laval é justamente analisar de que modo esta subjetividade é capaz de introjetar um sistema normativo em cada ser a fim de exigir menos controles externos estatais ou não de controle. A originalidade do debate se dá pela análise social sobre o modo de pensar, até inconsciente, expresso em vontades e comportamentos, que muitas vezes são desconsiderados ou menosprezados ao se dar atenção mais aos debates puramente econômicos, históricos ou estruturais. Esta pesquisa não tem como objetivo a explicação total dos fenômenos, mas contribuir em um aspecto relevante pouco explorado, que é a subjetividade neoliberal.

A disputa conceitual entre os defensores de uma intervencionismo estatal neoliberal, representados pelas figuras de Rougier, Lippmann e pelos ordoliberais alemães, e a linha austríaca, representada pelo pensamento de Von Mises que se recusava reconhecer o intervencionismo, é fundamental para entender a formação a subjetividade aqui em debate. A segunda linha defenderia o *laissez-faire* puro, no qual o indivíduo seria livre para escolher entre os diversos modos de agir, sem ser tolhido por qualquer ameaça punitiva.<sup>500</sup> Tratar-se-ia de um liberalismo ortodoxo, em que a liberdade humana seria fonte de toda riqueza, negador de qualquer intervenção estatal, levando a pensadores como Murray Rothbard chagar próximo ao que veio a ser denominado de anarcocapitalismo, como a negação radical de qualquer legitimidade da entidade estatal.<sup>501</sup>

Para Dardot e Laval, ao se dar ênfase à ação individual e ao processo de mercado, os autores autoestadunidenses visariam, em primeiro lugar, a produzir uma descrição realista de uma máquina econômica que tenderia ao equilíbrio, quando não fosse perturbada por moralismos ou intervenções políticas e sociais. Em segundo lugar, visariam a mostrar como se construiria na concorrência geral certa dimensão do indivíduo, o empreendedorismo, que seria o princípio de conduta potencialmente universal mais essencial à ordem capitalista.<sup>502</sup> A concorrência e a expressão individual subjetiva, empreendedorismo, seriam a novidade do neoliberalismo e o que há de mais poderoso e definitivo sobre a sociedade atual capitalista, visto que o sistema normativa exige, defende, e se constitui em prol da concorrência. Os

---

<sup>500</sup> VON MISES, Ludwig. **L'action humaine**: traite d'économie. Trad. Raoul Audouin, Paris: PUF, 1985. p. 297. [Ed. bras.: **A ação humana**: um tratado de economia. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.]

<sup>501</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 134.

<sup>502</sup> Ibid., p. 134



sujeitos na mesma medida, vivem, se relacionam e se identificam conforme o empreendedorismo.

Seria nestes termos que autores como Thomas Lemke, com referência em Foucault, apresentam o projeto neoliberal como um projeto político tendente a criar uma realidade social que supostamente já existiria, visto que parte de uma dimensão antropológica do homem empresa, diferentemente da corrente ordoliberal.<sup>503</sup>

Thomas Lemke, com base em Dardot e Laval, afirma que a grande diferença entre o novo pensamento sobre o *laissez-faire* e o antigo, por parte da escola austroestadunidense, seria pelo fato de que a concorrência do liberalismo clássico ser um estado natural ou ideal, que seria afastada por qualquer intervenção. A concorrência sempre remeteria a certo estado, tendo muito menos relação com uma dinâmica. As ações humanas seriam direcionadas para propiciar este equilíbrio. Todas as condições fora deste quadro seriam anomalias à harmonia econômica, como se fosse a tentativa de um retorno às condições da concorrência estabelecidas a priori como “normais”.<sup>504</sup> O estado de natureza seria concorrencial. E os liberais deveriam agir pra este retorno a um mundo ideal da concorrência plena.

Já, para o novo liberalismo a concorrência não é um estado mas um processo. Um processo de descoberta da informação pertinente, como certo modo de conduta do sujeito que tentaria superar e ultrapassar os outros na descoberta de novas oportunidades de lucro.<sup>505</sup> Tratar-se-ia de uma teoria coerente da ação humana, que utilizando-se de conceitos clássicos do liberalismo como desejo de melhorar a própria sorte e fazer melhor do que o outro adiciona a competição e a rivalidade entre os sujeitos.<sup>506</sup> Nestes termos, para Dardot e Laval, há o reconhecimento de que o ator real da vida econômica passaria a ser o empreendedor, movido pelo espírito empresarial que se encontraria em graus diferentes em cada um de nós e cujo único freio seria o Estado, se este travasse ou suprimisse a liberdade. Não se trataria de um mero equilíbrio ideal definido, mas a dinâmica real da economia.<sup>507</sup> A economia funcionaria assim pela concorrência e em prol da concorrência. Qualquer artifício contra a concorrência pura seria vista como errada, imoral, corrupta ou antiética. Dardot e Laval taxam tal mudança ideológica como uma revolução na maneira de pensar. O novo modo de pensar visa moldar os sujeitos para torná-los empreendedores que saibam aproveitar as oportunidades de lucros e estejam dispostos a entrar em processo permanente de concorrência,

<sup>503</sup> Ibid., p. 135.

<sup>504</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 135.

<sup>505</sup> LEMKE, Thomas. The birth of Bio-politics: Michel Foucault's Lecture at the Collège de France on Neo-Liberal Governmentality. **Economy and Society**, v. 30, n. 2, 2001. p. 203.

<sup>506</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 136.

<sup>507</sup> Ibid., p. 136.

com a introdução, reestabelecimento ou sustentação dessa nova dimensão de rivalidade da ação.<sup>508</sup>

O pensamento austroestadunidense, veria o mercado como um processo subjetivo. A palavra mercado seria a mesma mas o conceito não, possuindo um novo significado. Seria assim um processo de descoberta e aprendizado que modificaria os sujeitos, ajustando-os uns aos outros. A coordenação não seria estática, não uniria seres sempre iguais a si mesmos mas produziria uma realidade cambiante, um movimento que afetaria os meios nos quais os sujeitos evoluem e os transforma também.<sup>509</sup>

Von Mises veria, assim, na vontade humana ou no seu agir não somente uma finalidade, de desejar algo. Ele reconheceria além da finalidade por algo melhor, a vontade de empreender, o que geraria um aprender. Desse modo, cada um estabeleceria planos individuais de ação, com o estabelecimento de metas e recursos a serem aplicados. O sujeito desta forma de pensar não é o sujeito da troca que faria cálculos a partir de dados disponíveis, mas o sujeito da empresa que escolhe um objetivo e pretende realizá-lo.<sup>510</sup>

Esta seria a principal diferença para os ordoliberais, que apostam na sociedade, ou no coletivismo, o controle sobre a economia para estabelecer a concorrência. Para os austroestadunidenses o que importaria de fato seria do autogoverno do sujeito, no qual o mercado, faria com que os sujeitos mantivessem constante aprendendo para se manter competitivos. O aprendizado seria constante e progressivo.<sup>511</sup>

Para Dardot e Laval a economia se caracterizaria pela criatividade e indeterminação ao invés de escolhas de maximização. As escolhas seriam mais dinâmicas e a economia seria uma economia de escolhas. De fato, não só a economia, mas a sociedade se caracterizaria pelas escolhas.<sup>512</sup> Von Mises expõe:

A teoria geral da escolha e da preferência [...] é muito mais do que uma simples teoria do “lado econômico” das iniciativas do homem, de seus esforços para proporcionar-se coisas úteis e aumentar seu bem-estar material. Ela é ciência de todos os gêneros do agir humano. O ato de escolher determina todas as decisões do homem. Fazendo sua escolha, o homem não opta apenas entre os diversos objetos e serviço materiais. Todos os valores humanos, oferecem-se a sua escolha. Todos os fins e os meios, as considerações tanto materiais como morais, o sublime e o ordinário, o nobre e o ignóbil, são ordenados numa série única e submetidos a uma decisão que pega coisa e descarta outra. Nada do que os homens desejam obter ou evitar fica fora desse ordenamento numa única gama de gradações e preferências. A teoria moderna do valor recua o horizonte científico e expande o campo dos estudos

<sup>508</sup> Ibid., p. 136.

<sup>509</sup> Ibid., p. 136.

<sup>510</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 140.

<sup>511</sup> Ibid., p. 141.

<sup>512</sup> VON MISES, 1985, p. 3

econômicos. Assim, da economia política da escola clássica emerge uma teoria geral do agir humano: praxeologia. Os problemas econômicos ou cataláticos estão enraizados numa ciência mais geral e não podem mais se separar dessa conexidade. Nenhum estudo de problemas propriamente econômico pode dispensar-se de partir dos atos de escolha; a economia torna-se uma parte – ainda que a mais bem elaborada até o momento – de uma ciência mais universal, a praxeologia.<sup>513</sup>

Dardot e Laval, extraem desse novo modelo social da Von Mises um modelo aplicado que implicaria na mercantilização de todas as esferas da vida. Para eles, tal fenômeno seria inédito. Não haveria meio-termo: ou se viveria numa democracia do consumidor ideal ou numa ditadura do Estado. Os princípios éticos ou estéticos não valeriam nada nesta sociedade do mercado. A limitação do poder governamental encontraria seu fundamento não nos “direitos naturais” nem na prosperidade gerada pela livre iniciativa privada, mas nas próprias condições de funcionamento da máquina econômica. A economia do mercado teria como condição a mais completa liberdade individual. Tal argumento seria mais funcional do que ético: a condição de funcionamento do mecanismo de mercado seria a escolha livre nas decisões em função das informações que cada indivíduo possui. A economia de mercado seria uma economia da informação que poderia prescindir do controle centralizado. Assim, eles avaliam que apenas as motivações individuais impeliriam os indivíduos a fazer o que deveriam fazer, sem que ninguém tenha que lhes dizer nada, utilizando dos conhecimentos individualmente adquiridos.<sup>514</sup>

Seguem, na análise sobre o pensamento de Von Mises, que qualquer regulamentação do mercado seria prejudicial ou inútil porque os indivíduos seriam os únicos capazes de fazer cálculos a partir de informações que possuem. Este seria o postulado da ação humana do esforço de Von Mises para fazer a ciência econômica repousar sobre uma teoria geral da ação humana, a “praxeologia”. Dever-se-ia permitir sempre que os indivíduos libertassem-se para empreender, como governos de si, como empreendedores. Para Von Mises, todo indivíduo teria algo de empreendedor dentro de si, sendo característica da economia de mercado liberar e estimular esse empreendedorismo humano. O empreendimento consistiria, assim, em vigiar as mudanças de circunstâncias para que as trocas fossem cada vez mais proveitosas. Todos passariam a ser vistos como empreendedores em potencial. Não se trataria somente de capitalistas nem produtores, mas de qualquer um a procura de qualquer oportunidade de lucro graças as informações que se adquire. O mercado, assim, seria um processo de formação de si.<sup>515</sup> Este empreendedor especularia, numa síntese de riscos e previsões:

---

<sup>513</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 136.

<sup>514</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 144.

<sup>515</sup> Ibid., p. 144.

Como todo homem na posição de ator, o empreendedor é sempre um especulador. Ele prevê agir em função de situações futuras e incertas. Seu sucesso ou seu fracasso dependem da exatidão com que prevê acontecimentos incertos. [...] A única fonte de onde saem os lucros do empreendedor é sua aptidão para prever, melhor do que outros, qual será a demanda dos consumidores.<sup>516</sup>

O indivíduo não seria, segundo Dardot e Laval, um maximizador passivo, mas um construtor de situações proveitosas, que ele descobriria mediante vigilância e exploração. Porque as pessoas seriam sujeitos ativos, criativos, construtores, não devendo haver interferência em suas escolhas para não correr o risco de destruir essa capacidade de vigilância e esse espírito comercial tão essencial para o dinamismo da economia capitalista. Dever-se-ia manter os sujeitos livres, autônomos e independentes, sempre. O mercado seria, assim, um processo de aprendizagem contínua e de adaptação permanente. Ele se definiria por seu caráter intrinsecamente concorrencial. Cada participante neste jogo tentaria superar os outros numa luta incessante para tornar-se líder e assim permanecer. O cenário de competição mútua seria benéfico coletivamente pois referenciado nos exemplos de sucesso e fracassos todos se contagiariam mutuamente imitando os melhores e se tornando progressivamente melhores, ou empreendedores.<sup>517</sup>

Assim, a liberdade também seria reinterpretada. O que ó moveria as pessoas seria este processo de descoberta “competitivo empresarial”. Esse modelo seria universalizante, de modo a espalhar e sistematizar o espírito de empreendimento em todos os domínios da ação coletiva, em particular no serviço público, fazendo da inovação o princípio universal da organização. Todos os problemas seriam solucionados dentro do “espírito de gestão” e da “atitude gerencial”, com todos os trabalhadores se reconhecendo como gestores. O modelo de gestão aspiraria uma validade prática universal. Esta seria a avaliação geral de Dardot e Laval sobre a nova sociedade neoliberal.<sup>518</sup>

Dardot e Laval iniciam a investigação sobre a subjetividade neoliberal afirmando ser a sociedade vista como uma empresa necessitaria de uma nova norma subjetiva que não seria mais a do sujeito das sociedades industriais. O sujeito neoliberal já não seria mais o sujeito benthamiano calculador do mercado, nem o produtivo das organizações industriais, mas sim o sujeito competitivo, inteiramente imerso na competição mundial.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> VON MISES, 1985, p. 307.

<sup>517</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 146.

<sup>518</sup> Ibid., p. 155.

<sup>519</sup> Ibid., p. 322.

A nova subjetividade surgiria a partir da superação da subjetividade moderna, que seria dividida em duas: a da cidadania, de direitos inalienáveis e a econômica, guiada pelos interesses. Um seria uma subjetividade de fim, a outra de meio. A mercantilização das relações sociais, juntamente à urbanização, teria sido um dos fatores poderosos da “emancipação” do indivíduo com as relações tradicionais, raízes, apegos familiares e fidelidades pessoais. Voltando a Marx, haveria a constatação de que o preço da liberdade subjetiva teria sido a nova forma de sujeição às leis impessoais e incontroláveis da valorização do capital.<sup>520</sup> O individualismo moderno seria a expressão de uma sociedade caracterizada pela associação entre pessoas livres e iguais, portadoras de direitos sagrados. O contrato representaria o vínculo jurídico e social destas relações, garantido pelo Estado e por seu poder de polícia. A contratualização servia de símbolo do direito e de todas as relações, inclusive a da Constituição como o contrato social. Paralelamente, o sujeito produtivo teria sido a grande obra da sociedade industrial, que não seria o sujeito trabalhador, mas aquele que produz felicidade, prazer e bem-estar. Tal subjetividade seria baseada em grande parte no utilitarismo benthamiano. Trata-se de um sujeito baseado nos prazeres e nas dores, mas ainda prático e homogeneizante, que não teria conseguido abranger todos os discursos e as instituições, de modo que o equivalente geral não teria conseguido subordinar todas as atividades sociais.<sup>521</sup>

Já a governamentalidade empresarial, segundo Dardot e Laval, não se estaria mais falando do controle disciplinar foucaultiano moderno, mas sim um governo de si inteiramente envolvido na atividade que se cumpre, porque o efeito procurado pelas novas práticas de fabricação e gestão do novo sujeito seria fazer com o que indivíduo trabalhe a empresa como se trabalhasse para si mesmo e, assim, eliminasse qualquer alienação e distância entre o indivíduo e a empresa que o emprega.<sup>522</sup>

Com a precarização das relações de trabalho, a competição entre os trabalhadores se tornaria uma necessidade retroalimentando a lógica de assunção de riscos que eles mesmo produzem, numa competição sem fim entre pares e consigo mesmo.

A racionalidade empresarial, para os pensadores franceses, apresentaria a vantagem incomparável de unir todas as relações de poder na trama de um mesmo discurso. Nesse sentido, o léxico da empresa conteria um potencial de unificação dos diferentes “regimes de existência”, o que explica os governos terem recorrido largamente a ele. De modo que a

---

<sup>520</sup> Ibid., p. 324.

<sup>521</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 326.

<sup>522</sup> Ibid., p. 327.

empresa tornar-se-ia não somente um modelo geral que deveria ser imitado, como também uma atitude que deveria ser valorizada na criança e no aluno, uma energia potencial que deveria ser solicitada ao assalariado, uma maneira de ser que seria produzida pelas mudanças institucionais e ao mesmo tempo produz melhorais em todos os domínios. Tratar-se-ia de uma nova ética, como disposição inteiro, um trabalho de vigilância sobre si mesmo.<sup>523</sup>

Bob Aubrey afirma que “falar em empresa de si mesmo é traduzir a ideia de que cada indivíduo pode ter domínio sobre sua vida: conduzi-la, geri-la e controlá-la em função de desejos e necessidades, elaborando estratégias adequadas”.<sup>524</sup> Constituir-se-ia um modo de governar-se de acordo com valores e princípios,<sup>525</sup> com a exigência externa e interna de energia, iniciativa, ambição, cálculo e responsabilidade pessoal.<sup>526</sup> Dardot e Laval avaliam que este indivíduo competente e competitivo tenderia a maximizar seu capital humano em todos os campos, que não procuraria apenas projetar-se no futuro e calcular ganhos e custos como o velho homem econômico, mas que procura sobretudo trabalhar a si mesmo com o intuito de transforma-se continuamente, aprimorar-se, tornar-se sempre mais eficaz.<sup>527</sup> Não se trataria apenas de um ética empresarial, mas da ética de nossos tempos, transformando o trabalho no veículo privilegiado de realização pessoal com a competição generalizada entre indivíduos que se ganham, se realizam e se perdem, continuam na tentativa incessante de sucesso. Valoriza um caráter combatente e guerreiro de vigor e força, na ultrapassagem de do estatuto pessoal passivo do assalariado de antigamente.

Bob Audrey reforça a ideia de que a empresa, pessoa jurídica, não seria composta de empregado ou trabalhadores, mas de vários empreendedores, ou empresas, que colaboram para o conjunto, numa incessante atividade de maximização de resultados e valorização do conjunto e de si.<sup>528</sup> Os popularmente conhecidos “colaboradores”. O indivíduo, assim, já não deveria mais se ver como um trabalhador, mas como uma empresa que vende um serviço em um mercado.<sup>529</sup> Assim, “todo trabalhador deve procurar um cliente, posicionar-se no mercado,

---

<sup>523</sup> Ibid., p. 332.

<sup>524</sup> AUDREY, Bob, *L'entreprise de soi*. Paris: Flammarion, 2000. p. 11.

<sup>525</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 333.

<sup>526</sup> ROSE, Nikolas. *Inventing our Selves: Psychology, Power, and Personhood*. Cambridge University Press; Revised, 1998. p. 154.

<sup>527</sup> DARDOT, LAVAL. 2016. p. 333.

<sup>528</sup> AUDREY, Bob. *Le travail après la crise*, Ce que chacun doit savoir pour gagner sa vie au XXIe siècle. Paris: Interéditions, 1994. p. 85.

<sup>529</sup> Não é necessário muito esforço para reconhecer a exatidão do pensamento com o processo de pejetização das relações trabalhistas no Brasil, que embora tenham como principal objetivo retirar o trabalhador da relação trabalhista com a redução de custos pelo empregador também representa a subjetividade neoliberal. Pejetização como constituição pelo trabalhador de uma pessoa jurídica e celebração com o seu empregador de um contrato simulado de prestação de serviços, recebendo o seu salário mediante a emissão de notas fiscais, tudo isso com o intuito de fazer crer que se trata de uma relação comercial.

fixar um preço, gerir seus custos, fazer pesquisa desenvolvimento e formar-se. O desenvolvimento como empresa de si mesmo.”<sup>530</sup> Ele ainda afirma que a empresa de si mesmo é uma “entidade psicológica e social, e mesmo espiritual”, ativa em todos os domínios e presentes em todas as relações.<sup>531</sup> Tratar-se-ia de uma nova regra de jogo que muda radicalmente o contrato de trabalho, a ponto de aboli-lo como relação salarial. A responsabilidade do indivíduo pela valorização de seu trabalho no mercado tornou-se um princípio absoluto, chegando-se a substituição do contrato salarial por uma relação contratual entre “empresas de si mesmo”. Audrey é enfático ao afirmar que toda atividade seria empresarial, porque nada mais seria garantido para toda a vida. Assim não haveria mais segurança e tudo a todo momento deveria ser defendido de perecer. Ser empresa de si mesmo pressuporia viver inteiramente em risco. Desse ponto de visto, tudo se torna empresa: trabalho, educação, família, consumo, lazer etc., já que “se procura tirar deste o máximo de riquezas, utilizá-lo para a realização de si mesmo como maneira de criar.”<sup>532</sup> Aubrey estabelece uma correlação estreita entre ambos: “O risco faz parte da noção de empresa de si mesmo”, “a empresa de si mesmo é a reatividade e criatividade num universo em que não se sabe como será o dia de amanhã”<sup>533</sup>

Tal realidade não é inteiramente nova, visto que atividade de risco existem, todavia ganha nova dimensão quando passa a ser regra universal. No Estado Social, a gestão de risco era bem diferente, para Dardot e Laval, visto que havia o suporte estatal. Na era neoliberal, a criação social e política dos riscos são individualizadas e seriam geridas não pelo Estado mas pelas empresas. O “risco” teria se tornado um setor comercial, na medida que se trata de produzir indivíduos que poderão contar cada vez menos com formas de ajuda mútua de seus meios de pertencimento e com mecanismos públicos de solidariedade.<sup>534</sup>

Com base nos trabalhos de Ulrich Beck e da Sociedade de Risco, reconhece-se que o capitalismo destrói a dimensão coletiva da existência, destruindo não só estruturas tradicionais como a família. Todas as formas de crise social são percebidas como crises individuais, com todas as desigualdades sendo atribuídas a uma responsabilidade individual. A maquinaria instaurada transformaria as causas externas em responsabilidades individuais e

---

<sup>530</sup> AUDREY, 1994, p. 85.

<sup>531</sup> Ibid., p. 88.

<sup>532</sup> AUDREY, 1994, p.101.

<sup>533</sup> Ibid., 1994, p. 101.

<sup>534</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 348.

os problemas ligados ao sistema em fracassos pessoas. O sujeito é considerado responsável, assim, tanto pelos riscos como pelas suas escolhas.<sup>535</sup>

Audrey, assim, é enfático em afirmar que:

[...] hoje, uma nova ideia está surgindo: somos confrontados com escolhas, possibilidades, oportunidades cada vez mais numerosas, cada vez mais rápidas. Portanto, o domínio de si mesmo não consiste mais em levar a vida de forma linear, rígida e dentro de certos limites, mas, sim, em se mostrar capaz de flexibilidade, de empreendedorismo.<sup>536</sup> [...] o valor do indivíduo não vem mais dos direitos que se adquire milagrosamente ao nascer, mas é conquistado pela empresa que se tem, pela vontade de não se contentar com esse mundo do direito que tudo é dado, determinado registrado, mas de entrar num mundo que muda, um mundo social em que é preciso valorizar pela troca.<sup>537</sup>

Já Dardot e Laval se baseiam em outros autores para reafirmar o caráter líquido e fluido das personalidades contemporâneas. Para Richard Sennet, a organização flexível, que seria apresentada às vezes como uma oportunidade para o indivíduo moldar livremente sua vida, na realidade abala o “caráter” e corrói tudo que existe de estável na personalidade: os laços com os outros, os valores e as referências.<sup>538</sup> Não que a corrosão dos laços sociais seja uma avaliação científica inédita, mas há a corrosão dos laços do sistema anterior como o da profissão, salário, previdência social e assim por diante. A corrosão dos laços sociais traduzir-se-ia pelo questionamento da generosidade, da fidelidade, da lealdade, da solidariedade, de tudo o que faz parte da reciprocidade social e simbólica nos locais de trabalho, já que o que é almejado e esperado ao indivíduo contemporâneo seja justamente a mobilidade, a tendência ao desapego, e à indiferença que dele resulta.

Dardos e Laval defendem que a novidade do governo empresarial reside no caráter geral, transversal e sistemático do modo de direção baseado na responsabilidade individual e no autocontrole. Assim, a responsabilidade não seria considerada uma faculdade adquirida, mas vista como resultado de uma interiorização de coerções. Haveria, para conseguir tal feito, o uso de diversas técnicas de controle, de auditoria, vigilância e avaliação. O objetivo geral é produzir o indivíduo responsável por si mesmo, que responda por seu atos diante dos outros e ser inteiramente calculável. A responsabilidade é baseada em critérios técnicos de gestão de

<sup>535</sup> BECK, Ulrich. **La société du risque**. Trad. Laure Bernardi. Paris: Aubier, 2001. p. 135. [Ed. bras.: BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010].

<sup>536</sup> Ibid., p. 135.

<sup>537</sup> AUDREY, 2000, p. 99-100.

<sup>538</sup> SENNET, Richard. **Le travail sans qualité: les conséquences humaines de la flexibilité**. Trad. Pierre-Emmanuel Dauzar, Paris, Albin, Michel, 2000. [Ed. bras.: A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo, trad. Marcos Santarrita, 15. ed. Rio de Janeiro, Record, 2010]



recursos humanos e de administração. Nessa sistemática de vigilância e controle, o sujeito da avaliação seria igualmente constrangido a impor ao outro (subordinado, cliente, paciente ou aluno) as prioridades da empresa. A técnica de si mesmo é uma técnica de bom desempenho que visaria a intensificação de desempenho.<sup>539</sup>

Encontra-se aqui a ideia de que o indivíduo deve mostrar-se ativos, ser gestor de seus riscos, em questões de emprego, saúde e educação. Isso significa ver uma complementaridade ideológica entre a norma do mercado baseada na “livre escolha” do sujeito racional e a “transparência” do funcionamento social, condição necessária para uma escolha “ótima”. Trata-se de estabelecer um mecanismo que identifica o compartilhamento da informação, instaurar um mecanismo que identifica o compartilhamento da informação e o compartilhamento do risco.<sup>540</sup>

A implementação de dispositivos informacionais comerciais ou legais permite uma transferência de risco dos envolvidos para quem “escolhe”, tanto para o administrado, para o doente, o estudante e o desempregado. Aplicar-se-iam indicadores e “rankings” para embasar tais escolhas “livres” dos indivíduos. Dardot e Laval avaliam que a estratégia consiste em partir da aspiração à decisão pessoal na questão da escolha de vida e reinterpretar o conjunto de riscos como escolhas da vida.<sup>541</sup> Por isso, a transparência em todas as esferas se torna um modo ideal, visto que os indivíduos necessitariam e exigiriam dados e informações para fazer as melhores escolhas. O maior crime que se poderia cometer seria a produção de dinâmicas não públicas, não transparentes, ou que de alguma forma ludibriasse a confiabilidade do sistema de vigilância e controle, o que geraria uma ineficiência generalizada dos comportamentos individuais. Todas as decisões e escolhas seriam assim racionalizadas, calculadas e publicizadas a fim de prestar contas socialmente e produzir um fluxo de troca de informações social.<sup>542</sup>

A subjetividade neoliberal deve ser definida como a subjetividade necessária à implementação do sistema normativo neoliberal, cuja virada histórica se deu a partir dos anos 1970 nos países centrais do capitalismo, e a partir dos anos 1990, no Brasil. E que se caracteriza, principalmente, pela expansão do modelo empresarial para todas as esferas da vida. As relações sociais são vistas como relação de ganho e perda, onde vige a lógica da concorrência e da busca pelo lucro como único sentido real da humanidade. O que implica a

---

<sup>539</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 353.

<sup>540</sup> Ibid., p. 349.

<sup>541</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 350.

<sup>542</sup> Não haveria exemplo melhor do fenômeno como os sistemas de transparências públicas baseado na ampliação conceitual e legal do princípio da publicidade, mas também nas redes sociais em que há a difusão em massa de informações sobre todos os aspectos da vida, gerando uma sociedade vigilante.

necessidade de mudança de todas as estruturas sociais que sejam distintas desta lógica. Defende-se assim a atuação do Estado apenas em função da otimização da economia de mercado, o que implica não a retirada do aparelho estatal da vida pública, mas a sua atuação estratégica. Há a defesa da liberdade e da igualdade dos indivíduos para empreender e o empreendedorismo como modelo social universal.

### **3 O NEOCONSTITUCIONALISMO É FUNCIONAL AO NEOLIBERALISMO**

#### **3.1 A subjetividade neoliberal jurídica**

O segundo capítulo teve o sentido de apresentar uma realidade política, econômica e social dos anos neoliberais a nível global e nacional. Sendo o neoliberalismo um sistema normativo influente e determinante em diversas esferas da vida social, o âmbito jurídico é fundamental para a sua implementação e funcionamento. Sendo assim, o terceiro capítulo servirá para aprofundar a investigação sobre a sociedade neoliberal e sua relação com o Direito, e, de forma específica, a relação entre o neoliberalismo e o neoconstitucionalismo.

A pesquisa abordará, neste momento, em primeiro lugar o que é considerado a subjetividade jurídica neoliberal. Partindo do pressuposto de que há uma subjetividade neoliberal no âmbito jurídico de modo a influenciar e ser influenciada pela normatividade neoliberal não jurídica, haverá a tentativa de expor suas características, fundamentos e capacidade operativa. Em seguida, o estudo do neoconstitucionalismo será retomado para avaliar em que medida pode ser considerado uma expressão desta subjetividade jurídica neoliberal, para, por fim, expor o porque de neoconstitucionalismo ser funcional à implementação e expansão do neoliberalismo no Brasil.

### 3.1.1 Hayek e a defesa do Estado e Direito mínimos

O neoliberalismo requer a atualização de ideias, teorias, práticas e conceitos para manter o poder normativo na atualidade. Dardot e Laval utilizam-se do pensamento de Friedrich Hayek para apresentar um conjunto de ideias que foram decisivas para a construção da subjetividade neoliberal. Na abordagem deles, a teoria de Hayek sobre a economia, o mercado, o direito e a justiça poderia ser vista como base para a subjetividade jurídica neoliberal contemporânea já consolidada.

Mesmo que outros autores tenham contribuído para a formação do pensamento neoliberal, os supracitados autores reconhecem em Hayek um dos principais intelectuais do “movimento” neoliberal, visto que suas ideias se mantêm influentes décadas depois de ele ter fundado a Sociedade Mont-Pèlerin (1947) e de ter seu programa político aplicado diretamente por Margaret Thatcher e Ronald Reagan na grande virada neoliberal.<sup>543</sup>

Para entender sua teoria sobre o direito, é necessário compreender sua visão sobre o mercado enquanto ordem espontânea. Para Hayek, o mercado seria resultado da ação humana mas não de um desígnio humano.<sup>544</sup> Esta diferenciação é determinante para estabelecer a artificialidade das relações econômicas e a naturalidade das relações do mercado<sup>545</sup>, visto que as primeiras se restringiriam a projetos humanos voluntários visando determinados fins, com organização, metas e estratégias e o segundo grupo abarcaria o mercado com um funcionamento próprio independente de qualquer interferência externa. A própria sociedade também seria vista como uma ordem espontânea, já que os laços que a manteriam unida seriam meramente econômicos, ainda que existissem, em seu interior, relações não econômicas. A ordem do mercado não seria uma economia, mas constituída de relações econômicas ou de trocas que seriam a base do vínculo social.<sup>546</sup> Isto porque, para o autor, a economia enquanto ciência seria a intervenção humana na esfera “natural” da sociedade.

Este modelo espontâneo de sociedade teria sido inspirado na teoria da evolução de Darwin, de modo a reconhecer o direito como fruto de um processo contínuo de aperfeiçoamento e adaptação com circunstâncias aleatórias e imprevisíveis. Assim do mesmo modo que o mecanismo de seleção natural asseguraria a sobrevivência das espécies mais

---

<sup>543</sup> DOSTALER, Gilles. **Le libéralisme de Hayek**. Paris: Le Découverte, 2001. p. 24.

<sup>544</sup> HAYEK, Friedrich. **Essais de philosophie, de science politique et d'économie**. Paris: Les Beller Lettres, 2007. p. 159-172.

<sup>545</sup> GARAPON, 2016, p. 161.

<sup>546</sup> Ibid., p. 163.

adaptadas ao ambiente, a seleção inconsciente das regras de conduta justas ou regras de direito privado favoreceriam a adaptação por processo de tentativa e erro permitindo a ampla difusão das regras mais eficazes.<sup>547</sup> Nesta lógica, haveria uma seleção das regras de condutas justas que estaria na base do progresso da sociedade. Eles afirmam que o progresso, para Hayek, não seria consciente de um legislador mas que as regras do direito privado teriam sido incorporadas às tradições e costumes antes de serem codificadas, devendo os juízes terem como função somente a descoberta de tais normas. Por esta razão, que Hayek seria totalmente contrário ao positivismo jurídico e um defensor do direito em sua forma jurisprudencial, preferindo o modelo da *common law* ao romano-germânico. A tradição liberal deveria ser revalorizado contra autores como Hobbes e Kelsen, de modo a não reduzir o direito à vontade de um legislador, mas sim reafirmar o direito como anterior à legislação. Por parte do referido autor haveria uma oposição ao direito público que seria “fabricado”, “artificial” e “prejudicial” em qualquer aspecto. O direito que não fosse imagem e em razão do mercado seria um poder exterior com finalidades de ordem políticas ilegítimo, arbitrário e autoritário. Este direito ainda deveria ser rejeitado por ser hierárquico num sistema piramidal de normas, o que denotaria um processo de produção normativo contrário ao balizador da economia que seria o mercado, horizontal, com o poder e tomadas de decisão descentralizados.<sup>548</sup>

Ao contrário do que pode parecer, Dardot e Laval não reconhecem nesta teoria a defesa de um direito natural. Para os autores, o direito idealizado por Hayek não deveria nem ser visto como fruto da razão “natural” nem de desígnios deliberados, mas produto da experiência prática humana.<sup>549</sup> O direito de nenhuma forma seria produto da razão humana consciente ou de uma elevação divina. Se assim fosse, seria artificial e prejudicial, por não ser inato ao progresso cultural humano.<sup>550</sup> O autor não elevaria o direito como fruto da natureza para não permitir interpretações arbitrárias sobre o que seria o direito.

A originalidade de Hayek, na opinião de Dardot e Laval, seria o fato de vincular esses direitos não a uma lei da natureza prescrita por Deus (Locke) ou à lei geral da vida (Spencer), mas às regras de conduta justa. Assim, ambos identificam um limite da esfera a ser protegida contra qualquer forma de coerção, vista como a instrumentalização das pessoas a serviço dos objetivos de outrem.

---

<sup>547</sup> Ibid., p. 166.

<sup>548</sup> GARAPON, 2016, 163.

<sup>549</sup> Ibid., p. 167.

<sup>550</sup> Ibid., p. 167.

As liberdades seriam, assim, sempre negativas, como sinônimo de ausência de obstáculos ou de qualquer coerção exercida por outrem.<sup>551</sup> Eis o conceito de coerção por Hayek:

Por coerção entendemos o fato de que uma pessoa seja dependente de um ambiente e de circunstâncias tão controladas por outra pessoa que, para evitar um dano maior, é obrigada a agir não em conformidade com seu próprio plano, mas a serviço dos objetivos dessa outra pessoa.<sup>552</sup>

As “regras – leis” teriam, assim, a função de proteger o indivíduo da coerção exercida por outro, num regime de liberdade, em que “a esfera livre do indivíduo compreenderia toda a ação que não seria explicitamente restringida por uma lei geral.”<sup>553</sup>

Dardot e Laval reconhecem que:

[...] os contornos da esfera protegida parecem estabelecer por si mesmos os limites da intervenção do Estado: toda intromissão deste último nessa esfera constituirá um atentado arbitrário aos direitos do indivíduo, de modo que se teria o critério que permite discriminar as intervenções legítimas das ilegítimas.<sup>554</sup>

O reconhecimento da espontaneidade do mercado implicaria na exigência da não-perturbação. Qualquer ação humana nesta área seria prejudicial, como intervenção indevida e ilegítima. Tal máxima implicaria numa ordem jurídica punitiva ante interventiva. O direito, assim, para Hayek, diferentemente da visão ordoliberal, teria como modelo ideal um direito mínimo e não intervencionista. O direito tenderia cada vez mais à valorização do direito penal no lugar do direito administrativo ou público em uma ordem jurídica ideal indicativa do que não deveria ser feito, contrária ao dirigismo. As normas jurídicas, para Hayek, deveriam ser “interdições de invasão do domínio protegido do outro.”<sup>555</sup>

Além da interdição da invasão das liberdades individuais, para Hayek há a necessidade de estabelecer leis fundamentais da sociedade neoliberal. Ele defendeu desse modo três leis fundamentais ao Direito: “A da estabilidade das posses, a da transferência destas mediante consentimento e a do cumprimento das promessas [...]”<sup>556</sup>. Tratar-se ia do conteúdo essencial de todos os sistemas de direito privado, de acordo com Dardot e Laval.<sup>557</sup> Além de considerar qualquer intervenção na esfera privada ilegítima, o direito ideal seria composto somente por regras impessoais e abstratas que se imporiam a todo indivíduo. Fins específicos ou previsão

<sup>551</sup> HAYEK, Friedrich. *La constitution de la liberté*. 1960, p. 53.

<sup>552</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>554</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 171.

<sup>555</sup> HAYEK, 2007, p. 251.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 168.

de circunstâncias particulares deveriam ser totalmente evitadas para não prejudicar a ordem espontânea da economia.<sup>558</sup> O modelo ideal, nestes termos, seria uma “sociedade de direito privado”, termo cunhado por Franz Böhn,<sup>559</sup> com o direito privado sendo reconhecido como oriundo desta ordem espontânea.<sup>560</sup>

Aprofundando: o sistema normativo defendido por Hayek possui três pilares: a generalidade, a previsibilidade e a igualdade. O primeiro elemento exige um direito igual para todos sem nenhuma especificidade ou tentativa de priorizar determinados grupos ou situações. Defende-se assim um direito generalista prospectivo, jamais retroativos ou focalizado.<sup>561</sup> O segundo atributo fundamental seria a previsibilidade, devendo as normas jurídicas serem conhecidas e indubitáveis, de modo que os indivíduos tenham segurança mínima para levar adiante seus projetos pessoais num ambiente social marcado por inúmeras situações de risco. Por fim, seria indispensável a igualdade, com a aplicação da lei a todos, inclusive o Estado. Como complemento à rejeição um direito que valorizasse equidades ou a igualdade material, todo o sistema normativo seria aplicado a todos indistintamente, promovendo a privatização de todo o direito.<sup>562</sup>

O pensamento de Hayek além de elaborar definitivamente o direito a ser aplicado, estabeleceria a nova legitimidade do Estado e da ordem jurídica. O autor tinha como proposta clara estabelecer a “distinção fundamental entre medidas compatíveis e medidas incompatíveis com um sistema de liberdades.”<sup>563</sup> Hayek pretendia assim determinar as regras gerais de conduta justa, de modo que nenhuma intervenção do Estado violasse tais regras gerais.<sup>564</sup> Este núcleo fundamental das regras de conduta implicaria uma nova gestão dos direitos individuais com a ordem espontânea do mercado sendo reconhecida como extensão do domínio da liberdade individual, a partir de uma longa evolução cultural da sociedade.<sup>565</sup> As liberdades, neste esquema, seriam resultados dos costumes e tradições, e não mais conquistas humanas advindas de revoluções ou processos políticos históricos, como afirmado e defendido pelos autores liberais. Há, desse modo, uma modificação da forma de pensar o direito até mesmo nos redutos liberais clássicos.

O grande salto conceitual de Hayek seria a defesa da exigência de o Estado se orientar pelo direito privado. O próprio Estado deveria aplicar a si mesmo as regras que valem para

---

<sup>558</sup> Ibid., p. 165.

<sup>559</sup> Ibid., p. 258-259.

<sup>560</sup> Ibid. p. 28.

<sup>561</sup> Id., 1960, p. 208.

<sup>562</sup> HAYEK, 1960, p. 210.

<sup>563</sup> Ibid., p. 222.

<sup>564</sup> Ibid., p. 222.

<sup>565</sup> Ibid. p. 168.

toda pessoa privada.<sup>566</sup> Baseando-se em Böhn, Hayek defende que a ordem liberal deveria formar uma “sociedade do direito privado”, com as regras do direito privado prevalecendo universalmente.<sup>567</sup>

Para Hayek, o denominado Estado de Direito, concretizado no Estado alemão do pós-guerra, seria o exemplo a ser seguido. No Estado de Direito, haveria “o critério que nos permite fazer a distinção entre as medidas que são compatíveis com um sistema de liberdade e as que não o são”.<sup>568</sup> O neoliberalismo produziria, assim, um modelo normativo denominado Estado de Direito que se confundiria idealmente como uma sociedade de direito privado.<sup>569</sup>

Ele afirma que:

A característica que mais claramente distingue um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância, no primeiro, dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito. Deixando de lado os termos técnicos, isso significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento.<sup>570</sup>

E segue:

O Estado deve limitar-se a estabelecer normas aplicáveis a situações gerais deixando os indivíduos livres em tudo que depende das circunstâncias de tempo e lugar, porque só os indivíduos poderão conhecer plenamente as circunstâncias relativas a cada caso e a elas adaptar suas ações.<sup>571</sup>

Foucault, em outro momento, também vislumbrou no Estado alemão do pós-guerra um novo modelo estatal, relevante para a implementação do neoliberalismo. Ao contrário de Hayek que o idealizava teoricamente, Foucault, já na década de 1970, fez uma análise sobre o Estado que existia. O filósofo reconheceu, na Alemanha, a construção de uma forma de Estado em oposição ao despotismo e ao Estado de polícia. Sua legitimidade decorreria da capacidade de enquadrar por meio de leis uma limitação de antemão ao próprio Estado, de modo que não seria a vontade do soberano, mas a forma da lei, que regeria o sistema normativo. O Estado de direito não teria apenas como característica restringir sua ação ao

<sup>566</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 172.

<sup>567</sup> Ibid., p. 172.

<sup>568</sup> Ibid., p. 223.

<sup>569</sup> Ibid., p. 177.

<sup>570</sup> HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 96.

<sup>571</sup> Ibid., p. 99.

quadro geral da lei, mas também ser capaz de oferecer a cada cidadão vias de recursos jurídicos contra a potência pública com a disponibilização de instâncias judiciais responsáveis por arbitrar as relações entre os cidadãos e a potência pública.<sup>572</sup> Neste Estado, qualquer cidadão poderia processar o Estado, responsabilizando não só seus funcionários mas a própria entidade estatal.

Com influência de Foucault, Dardot e Laval reconhecem que a mais importante consequência da extensão do direito privado ao Estado seria o fato de que no Estado de Direito o poder político somente poderia intervir na esfera privada para punir uma infração cometida contra uma regra promulgada.<sup>573</sup> Assim, os autores franceses avaliam que não competiria ao Executivo mais dar “ordens” ou “mandamentos” ao indivíduo, ou realizar prescrições particulares, mas somente velar pelas regras gerais que incluem a de não violar direitos privados. Para eles:

O que está em jogo aqui é exatamente a preservação da eficiência da ordem do mercado, já que o elemento decisivo da confiança reside no fato de que o indivíduo possa contar com a aptidão do Estado para fazer com que as regras gerais sejam respeitadas e, ao mesmo tempo, com respeito as regras gerais pelo próprio Estado. Em resumo, a certeza proporcionada pelo quadro jurídico deve compensar a incerteza inerente à situação do indivíduo dentro de uma ordem espontânea tal como a ordem do mercado.<sup>574</sup>

O modelo jurídico do Estado de Direito foi também foi elaborado por Hayek. Para ele, neste modelo de Estado a norma jurídica não poderia ter o sentido das leis feitas pelos legisladores, havendo três níveis de normas: o nível metalegal, que seria o da regra do Estado de direito, o segundo, da legislação propriamente dita de regras de conduta e o último, o nível governamental, que seria o de regulamentação, dos decretos. Sendo assim, a regra é a de que todas as leis e decretos existentes deveriam se conformar com os princípios.<sup>575</sup>

Nos estudos sobre a teoria hayekiana, Dardot e Laval destacam a importância da distinção entre princípios e leis. Os princípios do Estado de Direito idealizado por Hayek seriam universais, como normas superiores, produtos do direito comum, tradicional. Já as leis, seriam específicas, produto da ação humana e mutáveis, devessem ser constantemente fiscalizadas e controladas. Haveria uma limitação dos poderes de todo o governo, inclusive os

---

<sup>572</sup> HAYEK, 1960, p. 201-204; FOUCAULT, 1976, p. 175-176.

<sup>573</sup> HAYEK, op. cit., p. 206.

<sup>574</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 178.

<sup>575</sup> HAYEK, 1960, p. 205.



poderes do legislador, de modo que haja limites intransponíveis, devendo o Legislador se conformar em sua atividade.<sup>576</sup>

De forma sucinta, o pensamento de Hayek defende que:

[...] o direito apresentará necessariamente ao emergir do processo judicial; ele consistirá de normas que regulam a conduta das pessoas em relação a outrem, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras e encerrando proibições que delimitam as fronteiras do domínio protegido de cada pessoa (ou grupo organizado de pessoas). Toda norma desse tipo destina-se a se perpétua, embora esteja sujeita a ser revista à luz de uma melhor compreensão de sua interação com outras normas; e só será válida, como parte de um sistema de normas que se modificam mutuamente. Essas normas só alcançarão o objetivo de assegurar a formação de uma ordem abstrata de ações se forem universalmente aplicadas, não se podendo dizer que sua aplicação em casos particulares tenha propósito específico, distinto do sistema de normas como um todo.<sup>577</sup>

### 3.1.2 Direito como instrumento do mercado concorrencial

No neoliberalismo, a concorrência torna-se o modelo social de funcionamento ideal. Este sistema normativo exige a concorrência em todos os aspectos da vida. Além da quebra dos monopólios econômicos, estatais ou não, e a defesa e implementação de uma economia concorrencial, a concorrência é imposta às relações afetivas, familiares, religiosas, organizativas, trabalhistas, partidárias e jurídicas. Assim, se reconhece que o neoliberalismo repele qualquer concentração de poder.

A concorrência se generalizou com a expansão do modelo de empresa. Este modelo deve ser implementado em todos os sistemas sociais de forma profunda, numa permanente disputa para a mercantilização das relações e destruição das barreiras públicas e comuns. Do sistema econômico aos demais, busca-se implementar totalmente e de forma totalizante a subjetividade neoliberal, que é individualista, informal, descentralizada, participativa, instrumental, multilateral, espontânea, horizontal, célere e dinâmica. Nestes termos, Rubens Casara afirma que a partir da racionalidade neoliberal, o meio passou a adotar o modelo de mercado e o quadro concorrencial, de modo que a normatividade neoliberal enuncia que todas as instituições e todas as pessoas devem agir como sujeitos econômicos em busca do lucro e tratando os demais indivíduos como concorrentes.<sup>578</sup>

<sup>576</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 177.

<sup>577</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo, 1985. 1 v. p. 141.

<sup>578</sup> CASARA, Rubens. **Contra a miséria neoliberal**: racionalidade, normatividade e imaginário. São Paulo: Autonomia Literária, 2021, p. 175.

Na esfera econômica, tal modelo fica ainda mais claro tendo em vista o processo histórico de perda de monopólio da intervenção estatal em determinadas áreas, com privatizações, terceirizações e precarização das relações trabalhistas. Os grandes monopólios estatais já não existem e há uma incessante luta pela pulverização dos grandes conglomerados empresariais que são vistos como disfuncionais, pelo menos a nível nacional. Tal discurso e prática ficam claros na disputa regulamentar dos motoristas de aplicativos contra o monopólio de taxistas, processo de “pejotização” das relações trabalhistas ou na quebra do domínio da comunicação com a internet e a explosão de novos canais, mídias, redes sociais etc.

Todos atuam na sociedade como empresas, que buscam valorizar seu próprio capital humano, em busca de lucro e da acumulação. Cada pessoa, nas mais diversas relações, considera-se uma empresa, com a necessidade de realizar auto investimento, programação de alocação de recursos, numa lógica meritocrática de busca de lucro e acumulação de capital. Casara utiliza-se de Sauvêtre, para afirmar que: “A lógica concorrencial, transformada em norma, tem necessariamente uma: “dimensão constitutiva, focada na implementação da norma da concorrência nas instituições, relações de subjetividade” e “uma dimensão defensiva, até mesmo destrutiva, que consiste em proteger o funcionamento regulado do mercado contra práticas sociais com potencial regulatório ou redistributivo”, o que implica em identificar, controlar ou destruir os elementos que atentam contra o mercado e a racionalidade neoliberal.”<sup>579</sup>

No neoliberalismo, há a inversão de sentido moderno de o Estado representar um corpo coletivo político que representasse o interesse de pátria, do povo ou da maioria para ser simplesmente um meio organizativo do mercado. A razão de existir do direito também se transformou para ser um instrumento de uma economia dinâmica, eficiente e competitiva. Não deve haver, assim, função jurídica que não sirva às regras econômicas ou que de alguma forma vá de encontro às regras técnicas da economia de mercado.

Garapon se baseia em Richard Posner para reconhecer que no neoliberalismo o Direito imitaria o mercado.<sup>580</sup> O Estado, assim, limitar-se-ia a ser a regra do jogo econômico onde as partes seriam os empreendedores. Dardot e Laval, se referenciando mais uma vez em Foucault percebem que no neoliberalismo, há a exigência da intervenção estatal para proteger a regra do jogo econômico através das leis.<sup>581</sup> Desse modo, haveria o reconhecimento de que teria se estabelecido um novo critério de legitimação do direito. A divisão moderna entre direito

---

<sup>579</sup> CASARA, 2021, p. 240.

<sup>580</sup> GARAPON, 2010. p. 27.

<sup>581</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 181.

público e privado perderia o sentido, visto que haveria a rejeição desta divisão para aceitar que somente o direito privado seria direito legítimo. Somente as regras do direito privado seriam indispensáveis para a sociedade desconsiderando o direito público produto da vontade política.<sup>582</sup> Superando a ideia de que haveria uma sociedade do direito privado o direito privado seria o único direito legítimo. Nada além do direito privado deveria ser reconhecido como direito.

Desse modo, o sujeito empreendedor, enquanto indivíduo que incorporou e incorpora os valores neoliberais e atua na sociedade reproduzindo esta subjetividade, reconhece a legitimidade da intervenção jurídica do Estado unicamente de modo a lhe fornecer as regras do jogo econômico. O direito além de produzir o as regras da competição concorrencial, ainda constitui espaço de atuação dos sujeitos na resolução dos seus conflitos de mercado. Os sujeitos empreendedores exigem um espaço de interação que lhes permita conduzir-se como sujeito racional, ou a maximizar suas funções de utilidade no âmbito judicial.<sup>583</sup> Trata-se de regras do jogo econômico, mas não de quaisquer regras. Somente seriam legítimas aquelas que fossem destinadas à maximização da empresa. É, assim, que o direito e o sistema de justiça é incorporado ao mercado como mais um dos fatores de produção.

Qualquer regra jurídica que seja contrária à dinâmica econômica seriam ilegítimas. No neoliberalismo, o direito somente seria justo se seguisse a lógica privada e mercadológica. O Estado deveria utilizar a empresa como modelo, de modo que sua estrutura, sua forma de atuação, seus atores se assemelhem aos da empresa.

Neste novo sistema normativo, as consequências seriam, nas palavras de Foucault um “crescimento da demanda judicial”, podendo ser reconhecido um verdadeiro “intervencionismo jurídico”.<sup>584</sup> Quanto menor a ação administrativa, maior seria o campo de intervenção da ação judiciária, uma vez que os sujeitos econômicos precisam ter seus conflitos solucionados por uma organização autônoma que faz as regras do jogo serem respeitadas sem participar ativamente do jogo.<sup>585</sup> O direito público, administrativo ou a política de forma ampla, seriam vistos como inadequados, irracionais, ilógicos, desproporcionais e ineficientes. Por este motivo, as decisões de interesse público deveriam ser retiradas da esfera propriamente políticas e transferidas para o Judiciário, onde a política seria esvaziada. Tratar-se-ia de um ambiente visto como ideal para a produção jurídica onde a comunicação seria técnica e os agentes pretensamente neutros politicamente. Haveria somente

---

<sup>582</sup> GARAPON, op. cit., p. 28.

<sup>583</sup> GARAPON, op. cit., p. 28.

<sup>584</sup> FOUCAULT, 1976, p. 180.

<sup>585</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 181.

a disputa pelo melhor direito, retirando-se do espaço de representação popular os conflitos sociais. O direito serviria portanto, somente, para dar segurança à economia. Seria um direito próximo ao direito contratual, sendo apelidado de “*rule of law*”.<sup>586</sup>

### 3.1.3 A justiça empresarial

De acordo com Foucault, o modelo de economia liberal seria uma economia submetida a uma dupla arbitragem: à arbitragem espontânea dos consumidores, que partilham os bens e os serviços que lhe são oferecidos no mercado ao sabor das suas conveniências, pelo plebiscito dos preços e por outro lado à arbitragem concertada do Estado, que assegura a liberdade, a lealdade e a eficiência do mercado.<sup>587</sup> Para fazer com que instituições sejam, cada vez mais, semelhante às leis do mercado, o princípio geral da sociedade é o princípio da regulação econômica geral, como princípio da regulação social. A inovação institucional para realizar esta função do mercado será a do Estado de Direito ou o “reinado da lei” em oposição ao despotismo.<sup>588</sup>

A repulsa pelo autoritarismo ou despotismo, segundo Foucault, dar-se-ia por este Estado ser composto por um sistema no qual não haveria diferença de natureza, de origem, de validade e, por conseguinte, das prescrições gerais e permanente, do poder público em relação a suas leis, e, de outro lado, as decisões conjunturais, transitórias, locais, individuais deste mesmo poder público, através da regulamentação. Haveria assim, um poder soberano absoluto em oposição ao Estado de direito. Neste, as leis limitam a atuação estatal antecipadamente. Tratar-se-ia de um Estado em que cada cidadão tem possibilidades concretas, institucionalizadas e eficazes de recurso contra o poder público, onde o Poder Público e os indivíduos podem estar em lados opostos nas instâncias judiciais.<sup>589</sup>

No modelo neoliberal, não deve haver dirigismo estatal de nenhuma forma. O Estado de direito, para Foucault, é simplesmente o contrário de um plano. É o contrário de planificação, como projeto de finalidade, devendo o Estado se abster totalmente da atividade econômica visto que a economia seria um jogo e a instituição jurídica que emoldura a economia deve ser pensada como regra do jogo, como o “*rule of law*” apenas. O Estado de direito formaliza a ação do governo como prestador de regras para um jogo econômico em

---

<sup>586</sup> Ibid., p. 29.

<sup>587</sup> Ibid., p. 224.

<sup>588</sup> Ibid., p. 232.

<sup>589</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 234.

que os únicos parceiros e os únicos agentes reais devem ser os indivíduos como empresas.<sup>590</sup> Trata-se de estabelecer a regra do jogo e não o controle econômico-social desejado.

Citando Polanyi, Foucault reconhece que: “A principal função de um sistema de jurisdição é governar a ordem espontânea da vida econômica. O sistema da lei deve desenvolver e fortalecer as regras segundo as quais funciona o mecanismo competitivo da produção e distribuição.” Assim, o sistema de leis seria a representação da regra do jogo e um jogo que vai, pela espontaneidade dos seus processos econômicos, manifestar certa ordem concreta. O Estado, o poder público, nunca intervirá na ordem econômica a não ser na forma da lei, e, é no interior dessa lei, que efetivamente o poder público limita as próprias intervenções, sendo mesmo tempo o efeito e o princípio da sua própria regulação.

O Poder Judiciário e o jurídico são revalorizados, uma vez que a instituição judiciária além de aplicar a lei passa a adquirir uma nova autonomia e nova importância.<sup>591</sup> Somente a justiça, ou o aparelho da justiça, pode cumprir a função de mediar o conflito entre Estado e indivíduos, visto que seria, real ou ficticiamente, independente do poder público.<sup>592</sup>

Na sociedade neoliberal, para Foucault, o verdadeiro sujeito econômico não é o homem de troca, nem o consumidor ou o produtor, mas é a empresa. Não se trataria todavia de uma simples instituição, mas certa maneira de se comportar. De se comportar no campo econômico, na forma da concorrência “em função de planos e projetos, com objetivos, táticas, etc”<sup>593</sup> Assim, há a multiplicação das dinâmicas empresariais com superfícies de atrito entre essas diferentes unidades de forma números e grandes, com a proliferação de conflitos e litígios.

Enquanto a regulação econômica se dá espontaneamente, pelas propriedades formais da concorrência, a regulação social por sua vez – a regulação social dos conflitos, das irregularidades de comportamentos, dos danos provocados por uns aos outros, vai exigir um intervencionismo judiciário que deverá ser praticado com arbitragem no âmbito das regras do jogo. A segurança seria a condição da liberdade de empreender, visto que o neoliberalismo atenuaria a oposição entre liberdade e segurança. Assim, a segurança exigiria um ambiente jurídico estável com riscos reduzidos, dando margem somente a um risco previsível. A liberdade seria, segundo Garapon, a liberdade de arriscar dentro de um ambiente seguro de negócios vigiado.<sup>594</sup>

---

<sup>590</sup> Ibid., p. 238.

<sup>591</sup> Ibid., p. 240.

<sup>592</sup> Ibid., p. 234.

<sup>593</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 240.

<sup>594</sup> Ibid., p. 32.

Com a análise exposta, extrai-se a que a antítese do direito neoliberal seria o direito público, fruto da representação política democrática. Este direito, com desdobramentos e ramificações, como o administrativo, é visto como inadequado, irracional, ilógico, desproporcional ou ineficiente na medida em que se afasta do modelo empresarial imposto.

Há, desse modo, a transformação do direito público para adequá-los às normas empresariais. O direito serviria portanto, somente, para dar segurança à economia. Seria um direito próximo ao direito contratual, sendo apelidado de “*rule of law*”.<sup>595</sup> Nestes termos, o direito positivo dá espaço ao direito jurisprudencial como direito relevante, sendo o espaço judicial como ambiente ideal para a realização da empresa.

A tese de Hayek sobre o Estado de Direito em oposição ao autoritarismo é representativa. Ele defendeu que:

distinção mais geral entre o Estado de Direito e o governo arbitrário. Sob o primeiro, o governo limita-se a fixar normas determinando as condições em que podem ser usados os recursos disponíveis, deixando aos indivíduos a decisão relativa aos fins para os quais eles serão aplicados. Sob o segundo, o governo dirige o emprego dos meios de produção para finalidades específicas. As normas do primeiro tipo podem ser estabelecidas de antemão, como normas formais que não visam às necessidades e desejos de pessoas determinadas.<sup>596</sup>

Garapon expõe uma mudança do centro de gravidade da justiça e do processo judicial para o indivíduo, sendo a instituição Justiça substituída pelo protagonismo do indivíduo que passa a ver o sistema de justiça como prestador de um serviço individualizado.<sup>597</sup> As partes, neste novo ambiente, se veem como consumidores e a lei perde seu caráter normativo, transformando-se em simples informação a ser gerida pelas partes para atender os interesses individuais da melhor forma. A lei, nas palavras de Garapon, passaria a ser vista somente como um dos parâmetros da decisão.<sup>598</sup> A este parâmetro, outros se somam.

A justiça não tem mais a função de aplicar o direito comum, mas sim de se legitimar pela eficiência dos serviços judiciais que presta aos indivíduos, passando a ter somente o dever de fomentar a capacidade das partes de atuar judicialmente e de buscar seus objetivos.<sup>599</sup> O comportamento dos sujeitos não deve se adequar mais à norma, mas sim gerir a norma de forma a promover a melhor resposta aos respectivos interesses.

---

<sup>595</sup> Ibid., p. 29.

<sup>596</sup> HAYEK, 1990, p. 97.

<sup>597</sup> HAYEK, 1990, p. 46.

<sup>598</sup> Ibid., p. 47.

<sup>599</sup> Ibid., p. 48.

### 3.1.4 O neoliberalismo e o interesse

Na sociedade neoliberal, Rubens Casara identifica que o motor social é o interesse. Para ele, por interesse deve-se entender a vontade da obtenção de algo que se deseja (um bem ou uma vantagem). A satisfação do interesse seria o princípio implícito em toda a normatividade econômica, ao que o neoliberalismo, em suas palavras, implica uma perspectiva de ilimitação. Assim, no âmbito estatal, desaparecem os limites rígidos ao exercício do poder político, com o poder político progressivamente se identificando com o poder econômico, o que inviabilizaria a antiga normatividade democrática baseada na soberania popular.<sup>600</sup> O neoliberalismo implica assim na adoção de qualquer medida necessária à preservação da lógica da concorrência, dos fins do mercado e de uma ideia de interesse que significaria, segundo o autor, a obtenção de vantagens pessoais e a geração de lucro.<sup>601</sup> O interesse pessoal passa a ser percebido como superior a todos os outros, sendo reconhecido por Laval como “o fundamento normativo da nova humanidade”. As pessoas baseiam suas condutas no egoísmo, em cálculos para a satisfação dos seus próprios interesses. Os interesses pessoais se despem de valores morais ou religiosos. Há a vigência plena do individualismo. Segundo Casara, vige a naturalização da imagem do homem econômico, enquanto sujeito da relação social interessada.<sup>602</sup> O que implica na normatividade neoliberal reconhecer em todas as esferas de poder a expectativa do “crescimento econômico”, como finalidade e fundamento de legitimidade de toda ação, pública ou privada. Assim, valores como a democracia, a igualdade, a liberdade, a verdade e justiça fiquem subordinados aos fins do mercado, ao crescimento econômico, à lógica da concorrência e à valorização do capital.<sup>603</sup>

Assim, Casara é taxativo ao afirmar que através de uma linguagem econômico matemática promete-se afastar valorações morais, ideologias e o imprevisível humano, uma vez que o número se apresenta como um princípio que se afirma unívoco, o que torna qualquer reflexão desnecessária.<sup>604</sup> A partir da normatividade neoliberal, deve-se confiar na lógica do mercado (nas ações regidas por cálculos de interesse), e considerar a política e o Estado como tendencialmente inconvenientes, a não ser quando a atuação estatal estiver a serviço do mercado. Desse modo, o critério da exclusiva satisfação pessoal leva à redução do

---

<sup>600</sup> CASARA, 2021, p. 204.

<sup>601</sup> Ibid., p. 204.

<sup>602</sup> CASARA, 2021, p. 207.

<sup>603</sup> Ibid., p. 208.

<sup>604</sup> Ibid., p. 210.

espaço público, bem como à antipolítica, ao abandono de autodeterminação coletiva diante da promessa de autodeterminação individual capaz de assegurar a felicidade.<sup>605</sup>

Neste cenário, o indivíduo se torna seu próprio legislador. Para Garapon, o neoliberalismo deposita no indivíduo, pessoas ou empresas, o centro de todas obrigações jurídicas, que não deve ser obrigado a nenhuma outra sem aquelas impostas a si. Assim, cabe aos sujeitos do processo definir as regras aplicáveis, os procedimentos, o julgador (juiz, árbitro ou mediador), jurisdição, penas e responsabilidades. No neoliberalismo todos passam a ser gestores do próprio capital ou da própria vida, sendo autossuficientes na gestão da saúde, nas finanças, na educação e também na resolução de conflitos jurídicos, tornando-se juízes de si.<sup>606</sup> A lei não se anuncia mais como uma ordem, mas com uma técnica de racionalização de poder diante dos indivíduos.<sup>607</sup>

O processo judicial passar assim a ser um espaço de interação, com metas, estratégias, reação a cenários incertos e desafiadores. Globalmente, as normas processuais foram alteradas sob o discurso da desburocratização e do acesso à justiça resultando em procedimentos alternativos de resolução de conflito, com fomento à negociação e conciliação, e adaptação do direito material ou processual adaptável às partes, com abordado na segunda parte desta pesquisa.

Garapon reconhece, então, para além de uma degradação do direito, a instrumentalização da lei e uma mudança na compreensão do tempo da justiça.<sup>608</sup> Em suas palavras, não seria mais o procedimento que estruturaria o tempo, mas a contingência de eventos ou as decisões dos atores que comandariam as respostas processuais.<sup>609</sup> E o produto deste processo é uma decisão judicial na qual juízes se propõem a exercer um controle, não mais binário de validar ou repudiar um comportamento sem alternativas, mas sim uma função autorizativa, não arbitrária, baseada na ideia de circulação como valor em si, de movimento como nova representação da vida.<sup>610</sup> A justiça nestes termos passa a ter como padrão de eficiência de respostas às demandas que lhe são entregues, num fluxo de interesses, que a torna uma empresa da prestação de serviços judiciários.<sup>611</sup>

### **3.2 O neoconstitucionalismo expressa a subjetividade neoliberal jurídica**

---

<sup>605</sup> Ibid., p. 214.

<sup>606</sup> Ibid., p. 48.

<sup>607</sup> Ibid., p. 61.

<sup>608</sup> CASARA, 2021, p. 51.

<sup>609</sup> Ibid., p. 53.

<sup>610</sup> Ibid., p. 54.

<sup>611</sup> Ibid., p. 54.



### 3.2.1 Um sistema de controle judicial

Após a apresentação do que seria considerado a subjetividade neoliberal jurídica ou como o neoliberalismo implementa uma subjetividade no mundo do direito de modo a transformá-lo e adaptá-lo a um novo sistema normativo social, a pesquisa está apta a expor a relação entre esta subjetividade jurídica e a subjetividade do neoconstitucionalismo.

Esta subjetividade é formada por diversos mecanismos teóricos e práticos cujo cerne é a elevação do Sistema de Justiça e do Direito a um protagonismo inédito. O neoconstitucionalismo tem como pressuposto a efetividade da Constituição Federal. Visa-se superar o modelo em que a Constituição era reconhecida apenas como um documento político valorativo. Neste modelo, o Poder Judiciário era subalterno e acessório, tendo como principal função o controle sobre a aplicação correta das leis.

Estabelece-se um novo paradigma, com o reconhecimento de que a Constituição Federal é norma, norma efetiva e aplicável, como parâmetro normativo. O sistema normativo passa a ser referenciado nas normas constitucionais e o Poder Judiciário atrai para si a legitimidade para dizer se o direito aplicável é constitucional ou não. A filtragem constitucional passa a ser a regra no neoconstitucionalismo.

A subjetividade neoconstitucional, assim, propõe controle rígido sobre o direito na perspectiva do direito constitucional. Todo o direito passa pelo processo de constitucionalização com a adaptação, correção e transformação com base nos princípios e valores constitucionais. Há o reconhecimento de que diferentemente de um ambiente político, a Justiça seria mais propícia a atividade racional de interpretação do direito, a revelação das “vontades” do legislador e do Poder Constituinte, com maior capacidade de adaptação às demandas sociais e exigências de uma sociedade mais dinâmica cujas mudanças são mais velozes e inesperadas.

O Poder Judiciário, com o neoconstitucionalismo, passa a ser o fiel da balança, literalmente. Além de ter sua estrutura redimensionada, o Judiciário passa a definir de fato o direito aplicado. Desse modo, o sistema brasileiro torna-se cada vez mais jurisprudencial seguindo o modelo de sistema de justiça neoliberal. A partir da associação entre o direito positivo e autoritarismo político, defende-se o *common law*<sup>612</sup>, conforme o sistema ideal pensado por Hayek. Ele diz que:

---

<sup>612</sup> HAYEK, 2007, p.163.

De fato, o direito, tal como conhecemos, jamais poderia ter-se desenvolvido integralmente sem esse empenho dos juízes, ou mesmo sem a intervenção ocasional de um legislador para desenredá-lo dos impasses a que a evolução gradual pode levá-lo ou fazer face a problemas, inteiramente novos. No entanto, ainda continua sendo verdade que o sistema de normas como um todo não deve sua estrutura à criação intencional de juízes ou legisladores. É resultado de um processo de aperfeiçoamento no decorrer do qual a evolução espontânea dos costumes e o aprimoramento intencional dos detalhes de uma sistema existente interagiram constantemente.<sup>613</sup>

Para implementar este novo sistema estrutural de produção normativa e controle estatal social, há a necessidade de alterar o que se entende pelo direito e a forma de produção do direito. O discurso legitimador é o de mudanças controladas e seguras, sem alterar as normas superiores do sistema constitucional, que fundamentam o Estado de Direito e o sistema normativo neoliberal.

Para o neoconstitucionalismo, a Constituição é a norma superior em que todo o sistema normativo deve se fundamentar. Funciona, assim como a meta norma, como centro de produção normativo, através da aplicação direta de direitos fundamentais, regras estruturais do sistema normativo, princípios e valores superiores. A constituição passa a ser o balizador de todo o direito, como norma superior, independente da política. O neoconstitucionalismo à semelhança do neoliberalismo exige segurança e é contrário a processos políticos fora dos marcos normativos definidos pela meta regra, que é Constituição Federal e os valores dela deduzidos.

O pensamento de Hayek condiz com a normatização dos valores como regras não positivadas. Para ele, os valores são traços abstratos de uma ordem factual existente que os homens desejam aprimorar por terem descoberto ser esses valores condições para a busca eficaz de uma multiplicidade de propósitos diferentes e imprevisíveis. Não seriam ordens concretas. Seriam importantes para a eficácia de todas outras normas.<sup>614</sup>

A racionalidade neoliberal vê no Judiciário o produtor ideal do direito e ente político mais apto a assegurar os valores neoliberais. Na sociedade neoliberal, como Foucault afirma, há a explosão da demanda judicial, uma vez que os indivíduos se veem perdidos sem laços sociais fortes e atuam socialmente de forma individual. A arena judiciária se torna o palco dos embates sociais entre as pessoas. Há, ainda, a desvalorização das funções dos demais poderes políticos a fim de reafirmar a expansão do sistema jurídico sobre o político. Conforme Foucault, o Poder Judiciário é revalorizado juntamente à revalorização do jurídico, uma vez

---

<sup>613</sup> Id., 1985, p. 116.

<sup>614</sup> HAYEK, 1985, p. 121.

que a instituição judiciária além de aplicar a lei, passa a adquirir uma nova autonomia e nova importância.<sup>615</sup> Apenas o Judiciário tem capacidade de mediar o conflito entre Estado e indivíduo, visto que é considerado independente do poder público.<sup>616</sup>

Para implementar o controle judicial, o principal mecanismo idealizado foi o a renovação do pós-positivismo, O pós-positivismo é uma das ferramentas para a alteração do direito requerida pelo neoliberalismo, bandeira do neoconstitucionalismo, uma vez que permite a superação do direito produzido pelo Legislativo e Executivo.

### 3.2.2 Pós-positivismo

Na primeira parte desta pesquisa, dissecamos o neoconstitucionalismo apresentando suas principais características. Dentre elas, ficou latente a defesa do pós-positivismo. Tal característica pode ser até considerada a principal característica deste conjunto de teorias e práticas, com diversos subelementos como a defesa dos princípios como norma, o uso da ponderação e a reintrodução da moral e da ética ao direito. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo não tenderia a uma volta ao passado jusnaturalista, mas o uso da razão prática para superar o positivismo.

O pós-positivismo é central ao modelo social do neoliberalismo. Conforme a teoria de Hayek, o direito para ser legítimo deveria se basear não no direito positivo. Mas sim, na razão jurídica advinda dos costumes e tradições do lento processo de evolução da humanidade.<sup>617</sup> Ele é enfático em afirmar que:

A concepção do positivismo jurídico que atribui toda lei à vontade de um legislador, é fruto da falácia intencionalista característica do construtivismo, um retrocesso àquelas teorias segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano, teorias que conflitam irreconciliavelmente com tudo o que sabemos acerca da evolução do direito e da maioria das outras instituições humanas.<sup>618</sup>

Como já exposto, o direito no neoliberalismo deve ser cada vez mais oriundo de uma difusa construção jurisprudencial, como expressão genuína do mercado, no lugar daquele oriundo do processo político legislativo, pretensamente autoritário e arbitrário. A subjetividade neoliberal opõe-se a toda hierárquica política, que é associada ao autoritarismo. Ao Estado, opõe-se a sociedade civil, democrática. Sendo o modelo descentralizado de

---

<sup>615</sup> DARDOT; LVAL, 2016, p. 240.

<sup>616</sup> Ibid., p. 234.

<sup>617</sup> GARAPON, 2016, p. 165.

<sup>618</sup> HAYEK, 1985, p. 84.

aplicação do direito um dos instrumentos representativos de uma sociedade pretensamente mais democrática e igualitária, pretende-se estabelecer as regras gerais da conduta justa, de modo que nenhuma intervenção do Estado viole as regras gerais. As liberdades, neste esquema, seriam o resultado dos costumes e tradições, e não mais conquistas humanas advindas de revoluções ou processos políticos históricos.<sup>619</sup> Assim, o direito positivo é associado a um modelo não democrático, por não ser fruto da sociedade civil, mas sim do Estado, potencialmente autoritário e deturpador da vontade real e espontânea das pessoas.

A proposta de Hayek tem como ponto crucial a superior hierarquia da norma metalegal. Tal regra é superior a todas as demais, e é reconhecida como a regra do Estado de Direito, com a limitação dos poderes de todo o governo, inclusive os poderes do legislador, de modo que haja limites intransponíveis. Deve o Legislador se conformar em sua atividade. Dardot e Laval reconhecem a importância dos princípios nesta arquitetura de poder, como regras universais e superiores, produtos do direito comum, tradicional e contrárias e valorativamente superiores às leis que seriam específicas, produto da ação humana e mutáveis, passíveis de controle.<sup>620</sup>

O Estado de Direito é concebido como um conjunto de regras e princípios, expressos ou não, de limitação do poder do Estado de forma a estabelecer um conjunto mínimos de direitos individuais intocáveis. Para tal, além de direitos e deveres previstos, define-se uma arquitetura detalhada para a sua operacionalização, como, por exemplo, a previsão de ações constitucionais, instâncias e mecanismos recursais, acesso à justiça aos pobres dentre outros.

No neoconstitucionalismo, reconhece na Constituição Federal a norma superior que é parâmetro de validade e legitimidade de todo ordenamento jurídico. Mas não só. Também defende-se os princípios constitucionais como normas superiores. Paira sobre todo o sistema jurídico, a necessidade de aplicação de princípios e valores superiores ao direito positivo, expressos ou não. Tais princípios são normas superiores de fato, superiores inclusive ao próprio texto constitucional, e funcionam com normas superiores do neoliberalismo para garantir a generalidade, a previsibilidade e a igualdade do sistema e fundamentar o sistema de liberdades intocáveis. Ou seja, garantir o sistema jurídico neoliberal, em que o direito positivo é diminuído.

Para tal, a interpretação torna-se cada vez mais informal. Além da prática de fundamentar decisões com a reivindicação de princípios como norma, ou da aplicação direta de direitos fundamentais superando a legislação infraconstitucional e regulamentar, a

---

<sup>619</sup> Id., 1960, p. 168.

<sup>620</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 177.

ponderação de direitos introduz um sistema jurídico extremamente informal. Tal abertura interpretativa, permite a introdução de uma nova racionalidade jurídica, em que já não é mais central a hierarquia, a antiguidade ou a especialidade das normas, no método tradicional da subsunção.

Os agentes no sistema jurídico veem-se cada vez mais livres para negociar o direito, tanto processual como material. O direito não é visto mais como regra imposta. Ele passa a ser um instrumento da solução de conflitos privados apenas. Todo o direito passa a ser negociado, ou arbitrado. Inclusive os direitos considerados fundamentais constitucionais, visto que não existem mais direitos absolutos.

Reconhece-se que todo direito constitucional pode e deve ser ponderado e relativizado para a aplicação efetiva da Constituição. Através do reconhecimento que a Constituição deve sempre ser efetiva e aplicada, abre-se espaço para a aplicação direta das normas constitucionais, o que implica a impossibilidade de aplicação de todos os direitos constitucionais de forma absoluta, visto que se está numa esfera mais principiológica ou de regras mais abertas. Assim, se relativiza as hierarquias normativas, bem como competências, procedimentos e nulidades, gerando a conciliação de interesses que passam a ser reconhecidas como expressão do justo.

Um direito informal, relativo, descentralizado e pós-positivista condiz com a subjetividade jurídica neoliberal que exige a descentralização de poderes, normas superiores intangíveis e atemporais, controle estatal, inclusive da produção e aplicação do direito e a concorrência entre direitos e atores da justiça.

### 3.2.3 A nova ética neoliberal universal

Já foi exposto como o neoliberalismo enquanto sistema normativo desenvolve uma nova ética. Não se trata de um moral subjetiva, mas um sistema de normas universalizantes e objetivas, capaz e potente à expansão. Trata-se da ética da liberdade de empreender, de lucrar, negociar, comprar e vender, ser eficiente, investir, planejar e executar, vencer na vida e ser o primeiro.

No mundo neoliberal, a ética passa a ser um sistema de autocontrole do indivíduo. O sujeito, além de sofrer processos de controle externos, incorpora os valores sociais e exercita o autocontrole, através de sua liberdade. A análise de governamentalidade de Foucault tem

este elemento como central. Análise de poder como conjunto de relações reversíveis deve-se referir-se a uma ética do sujeito definida pela relação de si para consigo.<sup>621</sup>

A introdução do sujeito ético no pensamento político corresponde à pressuposição de que inexistem relações de governo sem liberdade, seja esta última concebida como iniciativa criadora ou resistência. A ética torna-se condição da política, tanto para quem governa quanto para quem resiste em ser governado. Há uma tensão constante no mundo das liberdades, em querer ser e não querer. Em manejar a liberdade dos indivíduos.<sup>622</sup>

No direito neoconstitucional, a ética é revalorizada de modo a expandir o autocontrole dos sujeitos do sistema de justiça. Ao lado de todas as formas de controle formas e exteriores, introduz-se o autocontrole dos sujeitos através da exigência da ética.

O discurso legitimador reconhece nesta nova ética aplicável uma ética não natural, ou deduzida da racionalidade humana ou da metafísica. Tratar-se-ia de uma ética espontânea das relações humanas, baseada na prática humana em busca das soluções justas. Não se funda em valores superiores religiosos ou metafísicos, mas sim nos valores humanos considerados comuns a toda a humanidade, como a liberdade, igualdade, proteção da integridade psicofísica, dignidade e assim por diante. Trata-se de reconhecer a superioridade da ética humana frente a qualquer direito positivo, uma vez que estes são históricos, interessados, políticos, transitórios e superficiais, ao contrário daqueles humanistas, não interessados, universais, não-históricos, racionais, razoáveis, inegociáveis e inquestionáveis.

O reconhecimento da importância de uma ética superior atende aos anseios do pensamento neoliberal, através do qual o Estado deve ser controlado por normas superiores a ele, no caso, superiores à própria legislação. Além de a Constituição servir de parâmetro principal, há o recurso da utilização da ética e dos princípios que espelham o lento processo espontâneo de produção do direito jurisprudencial, fruto da razão e prática humana, como norma superior. Trata-se de elemento de controle do Estado, principalmente contra o arbítrio do direito positivo, cujo intervencionismo deve ser limitado ao máximo a fim de proteger as liberdades.

O pensamento de Hayek coaduna-se com tais afirmações. Ele expõe na *Servidão Voluntária*: “Pode-se mesmo afirmar que, para o Estado de Direito ser uma realidade, a existência de normas aplicadas sem exceções é mais relevante do que o seu conteúdo. Muitas

---

<sup>621</sup> FOUCAULT, 2001, p. 241-242.

<sup>622</sup> LEMKE, 2006. p. 105.

vezes, o conteúdo da norma tem na verdade pouca importância, contanto que ela seja universalmente aplicada.”<sup>623</sup>

Assim, no neoconstitucionalismo, os princípios e os valores empregados para julgar ou exercer o controle de constitucionalidade são decorrentes da nova ética neoliberal. Para além do princípio da proporcionalidade, expressão maior da eficiência econômica, há a defesa da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da instrumentalidade das formas, da fungibilidade, da efetividade, da fundamentação, da economicidade, da celeridade processual, do poluidor pagador e assim por diante. São inúmeros princípios que pairam sobre o sistema jurídico como normas superiores, como regras gerais, aptas a substituírem qualquer regra infraconstitucional. Uma das máximas do neoconstitucionalismo é a de que princípio é norma. Ou seja, através do reconhecimento da normatividade de princípios, abriu-se a possibilidade de introduzir elementos não positivados ao direito, como a moral e a ética.

#### 3.2.4 A efetividade da constituição contra o direito legislado

Com a defesa da normatividade da Constituição, reconhece-se a falta de hierarquia entre direitos constitucionais, de modo em que os conflitos aparentes de normas constitucionais devem ser resolvidos pela ponderação entre normas equivalentes. A partir desta perspectiva, há a possibilidade da seleção de direitos, regras e princípios constitucionais para a solução de qualquer questão jurídica. Num despejo, por exemplo, defende-se a remoção ou não, pela ponderação no caso concreto entre o direito à moradia e à propriedade privada, deixando de lado ou menosprezando as regras próprias para locação. Num momento de crise, pode-se superar as regras expressas para impedir a violação da dignidade humana. Como também pode impedir a progressão de regime prisional de um apenado tendo como fundamento a necessidade de proteção da segurança pública.

Na disputa de poder político e econômico, o neoconstitucional é fundamental para legitimar uma nova arquitetura de poder. Com o pós-positivismo, houve dispersão e atomização da produção normativa, com a ampliação fática dos legitimados que produzem o Direito. O neoconstitucionalismo defende a superação do direito positivo legalista com a ampliação da capacidade operativo do Judiciário em interpretar o direito e reconhecer sua validade, legitimidade e efetividade nos moldes do modelo neoliberal. Na prática, há o

---

<sup>623</sup> HAYEK, 1990, p. 99.

deslocamento da produção normativa do Legislativo para o Poder Judiciário. Com a Constituição se tornando a norma superior, aplicável diretamente em qualquer caso, há a substituição dos legisladores (parlamentares) por juízes, advogados, promotores, defensores em produzirem a norma aplicável, diretamente da Constituição, sem a necessidade real de levar em consideração a lei, medidas provisórias, decretos, instruções normativas ou regulamentos em geral. Assim, a produção normativa é pulverizada para cada instância judicial, implementando o direito jurisprudencial.

Este sistema normativo jurisprudencial substitui o tradicional sistema denominado romano-germânico, em que imperava a formalidade legal. No novo sistema, em que pese a lei ainda ser elemento normativo relevante, a jurisprudência passa a ganhar peso e preponderância, já sendo o sistema reconhecido como jurisprudencial.

Trata-se de um sistema de precedentes, em que o direito nasce efetivamente a partir de cada decisão judicial. Em cada processo há a contribuição para a produção da norma aplicável, com os casos sendo alçados a instâncias superiores de forma a produzir os novos precedentes, entendimentos dominantes e casos exemplares. A lei tem sua validade e aplicabilidade questionada através do controle de constitucionalidade visto que a Constituição e os princípios constitucionais são os parâmetros de validade determinantes. Juízes, desembargadores e ministros possuem legitimidade para realizar tal controle, de forma incidental e direta. E produzem súmulas, vinculantes ou de referência, sobre o entendimento jurisprudencial a ser aplicado, produzindo a norma definitiva. Trata-se de um sistema concorrencial das melhores decisões, em substituição ao modelo impositivo da lei, em que os juízes possuíam menos autonomia. No sistema jurisprudencial, todos os atores do sistema de justiça atuam em concorrência em busca de vitórias judiciais e da produção do melhor direito, o direito vencedor. De modo difuso, tal técnica é aplicada por todos participantes do sistema, perdendo o sistema jurídico a sistemática anterior que era hierarquizada, centralizada e formal.

Esta nova moldura institucional do poder desloca a produção normativa do ambiente executivo e legislativo para o judicial. Em que pese o Estado brasileiro concentre poder através da elaboração de orçamento público, investimentos e atuação direta, no âmbito jurídico, toda a legislação é revisada pelo Supremo Tribunal Federal de forma direta através do controle de constitucionalidade e pelos milhares de juízes que afirmam ou negam a constitucionalidade das normas. Trata-se de uma sociedade judiciária, em que a cidadania é equiparada a capacidade de ser representada judicialmente, e que a política institucional é praticada dentro dos tribunais.



Está-se assim reafirmando um ambiente de disputa pretensamente justo mas que esconde e mistifica a influências políticas e econômicas do ambiente judicial. A subjetividade neoliberal realiza uma inversão da relação entre direito e o indivíduo, fazendo com que os direitos passassem a representar um capital, que exigiria dos indivíduos um novo saber: o de utilizar, invocar judicialmente e até negociar o direito, a fim de maximizar as vantagens e minimizar os riscos.<sup>624</sup>

Há a abstração interessada de modo que o neoconstitucionalismo apareça como neutro politicamente. Ele, todavia, é funcional ao neoliberalismo e a uma sociedade cada vez mais privatista, financeira e individualista, a sociedade neoliberal.

### **3.3 O neoconstitucionalismo é funcional ao neoliberalismo**

O neoconstitucionalismo além de expressar a subjetividade jurídica neoliberal é funcional a ela. Não pode ser reconhecido apenas como o reflexo do modo de pensar e de agir neoliberal no ambiente jurídico, mas, de fato, um dos instrumentos para realizar a plena implementação do sistema normativo neoliberal no Brasil no âmbito jurídico. A centralidade do sistema jurídico na dinâmica social exige uma transformação profunda do sistema jurídico em solo brasileiro, de modo a promover processo de instituição, naturalização e legitimação da racionalidade neoliberal.<sup>625</sup>

Considerando que o neoliberalismo é um sistema normativo, que impõe regras e condutas nas mais diversas esferas da vida, o Direito é um dos sistemas sociais mais relevantes para estabelecer um novo sistema normativo geral e generalizante. O neoconstitucionalismo enquanto conjunto de ideias e práticas existe e se constitui, de forma consciente ou não, para recepcionar, integrar, adaptar e fomentar o neoliberalismo. O neoconstitucionalismo, assim, deve ser entendido como um dos múltiplos indutores do neoliberalismo no Brasil. Trata-se de uma nova racionalidade aceita e utilizada para fazer a transição entre dois modelos jurídicos vigentes, cujo marco é a Constituição de 1988.

Neste momento explicar-se-á o porque de o neoconstitucionalismo ser considerado funcional ao neoliberalismo. Quais são os mecanismos e formas de atuar implementados ou defendidos, indispensáveis para a operação perfeita ou ideal do modelo social neoliberal, levando em conta que o sistema jurídico é indispensável para atender as expectativas operacionais deste sistema normativo.

---

<sup>624</sup> HAYEK, 1990, p. 47.

<sup>625</sup> CASARA, 2021, p. 178.

### 3.3.1 O direito empresarial concorrencial

No neoliberalismo, a concorrência é imposta como modelo de todas relações humanas. Já abordamos a abrangência do modelo concorrencial, em que as pessoas se identificam com empresas e buscam o lucro e acumulação em todas as esferas da vida. Tal modelo não é somente um modelo de normas impositivas, mas também alimenta e forma a subjetividade individual. Desse modo, Casara é afirmativo ao reconhecer que: “A racionalidade neoliberal faz do *eu* uma ficção, o empresário de si, e do *outro* um concorrente. O empresário de si entra em disputa com outras pessoas também identificadas como empresários. Dá-se uma espécie de coisificação: o outro, resumido a uma empresa perigosa para os interesses do eu. Mesmo em instituições como a família, o outro cada vez mais é identificado como um adversário a ser vencido.”<sup>626</sup>

E segue:

“A ideia de concorrência, portanto, sempre está relacionada com a competição, a disputa, a rivalidade ou a guerra. A concorrência também costuma ser relacionada com um estado dinâmico, com situações de busca por lucro, em um mercado no qual os agentes econômicos estão livres para (...) vencer (...). A lógica da concorrência, portanto, é marcada pela rivalidade entre duas ou mais pessoas que devem fazer o que for possível para vencer uma disputa.”<sup>627</sup>

Este ambiente social da concorrência não impõe uma mudança de mentalidade, mas de toda estrutura social, econômica e do Estado. E o Direito não escapa a esta dinâmica concorrencial. A concorrência também é introduzida no ambiente jurídico, de modo que o direito se organiza tendo o mercado como modelo. Há, assim, uma reprodução forçada dos institutos públicos pela lógica mercadológica. O direito, o Estado e o Poder Judiciário implementam regras e formas de atuação extraídas das práticas empresariais. O sistema de justiça passa a ser visto como ambiente de competição regrada sobre a forma da concorrência. E o processo judicial como a forma política de uma competição de vontades em conflito.<sup>628</sup>

Assim, o sistema de justiça é palco para a produção concorrencial da justiça e do próprio direito. As disputas judiciais passaram a ser vistas pela lógica mercadológica da perda e ganho. O tempo passa a ser determinante para repor a lucratividade e poder aquisitivo do capital investido, as ações são pensadas cada vez mais numa lógica meramente mercadológica,

---

<sup>626</sup> CASARA, 2021, p. 233.

<sup>627</sup> Ibid., p. 232.

<sup>628</sup> CASARA, 2021, p. 27.

com todos os elementos do processo (trabalhadores, investimento público e privado, tempo dedicado, produção probatória, negociação do direito processual, estratégias processuais) pensados na lógica lucro/prejuízo. O direito aplicado reproduz essa dinâmica, visto que produto das relações cada vez mais privatistas, empresarial e concorrencial.

Teoricamente, o neoconstitucionalismo é fundamental para introduzir a lógica concorrencial no direito brasileiro. O neoconstitucionalismo reconhece na Constituição a principal norma de referência de sentido. Vigem o princípio da unidade, de modo que a Constituição é vista como uma norma única e em que suas normas internas são equivalentes, de mesma hierarquia e valor. A aplicação de mais de uma norma constitucional é resolvida pela ponderação, mecanismos de resolução de conflito aparente entre normas constitucionais. Dessa forma, promove-se na interpretação e aplicação do texto constitucional, em relação a todos demais ramos do direito, a concorrência entre Direitos Fundamentais e normas constitucionais a fim de extrair a síntese do justo. O direito aplicado é a síntese de diversas normas em concorrência, uma vez que defende-se a aplicabilidade direta da Constituição, de forma integral, a cada caso concreto. Assim, o método interpretativo de subsunção cede a métodos mais informais, produzindo um direito mais subjetivo, discricionário, informal, fluído, maleável e adaptativo.

Os direitos, nesta dinâmica, entram em concorrência permanente para a solução dos casos. Os direitos passam a ser considerados ativos no mercado. Como o sistema é cada vez menos formal e a interpretação passa a ser fluída, abre-se espaço para a instrumentalização dos direitos constitucionais.

Pelo processo de ponderação, em que pese se defenda a aplicação direta da Constituição e a máxima efetividade das normas constitucionais, no conflito entre normas constitucionais, há a relativização das normas para solucionar diretamente os casos concretos. Considerando que os princípios constitucionais são normas e os direitos fundamentais são aplicados diretamente, até mesmo as regras expressas da Constituição Federal são relativizadas. Nenhum direito é mais considerado absoluto. Os princípios, ética ou valores supralegais são introduzidos para, por dentro, instrumentalizar o direito.

Para implementar a concorrência, realizou-se a quebra do monopólio de produção normativo pelo Poder Legislativo. O Judiciário juntamente aos outros atores do sistema de justiça passam a fazer parte da produção normativa, descentralizando o poder de forma expansiva. A produção normativa passa a ser molecular, descentralizada e racionalizada conforme os valores do neoliberalismo, passível de controle e correção permanentemente. O

direito em si não tem mais um núcleo duro de produção, sendo o direito produzido pelos juízes. O sistema torna-se cada vez mais jurisprudencial.

A concorrência, nestes moldes, é vista como a indicadora da justeza do direito aplicado. Na luta pela sobrevivência do direito mais apto, ou na incessante correção do melhor direito, o direito justo é aquele em acordo com a Constituição e com os princípios supralegais constitucionais, não necessariamente o previsto em lei. O direito positivo é encarado cada vez mais como injusto. A justiça já não advém mais pelo direito ser fruto do processo eleitoral, da representação popular. Ao contrário, o direito decidido coletivamente de forma democrática através dos embates institucionais tradicionais da democracia representativa é considerado corrompido, atrasado, ineficiente, sem sentido. Valoriza-se o autocontrole do próprio sistema judicial para a produção da norma justa, visto que ele se autocorriga de forma permanente, de modo a produzir sempre o direito mais correto e justo.

O sistema jurídico imposto é condizente como as exigências concorrenciais do neoliberalismo, que veda centralização de poderes. Há a produção do direito conforme a espontaneidade do mercado, nos moldes do proposto por Hayek, visto que o sistema de controle político-democrático será reduzido para dar espaço a produção do direito num ambiente pretensamente neutro, técnico, apolítico, sem representação popular propriamente dito. O direito, assim, não é produzido. Ele “brota”, “surge” ou “nasce” dos casos concretos, das demandas sociais. O Judiciário é o único apto e capaz de fazer a leitura do que é direito, ou seja, de reconhecer essa potência espontânea do direito na sociedade. O que representaria a idealização da democratização da produção normativa, já que não haveria instâncias públicas ou estatais que filtrassem a demanda social espontânea. Assim, o Direito nasce como produto da sociedade, que é ideologicamente representada pelas partes interessadas nos processos judiciais. Não seria fruto de políticos, de partidos ou do Estado. Nasce idealmente da sociedade civil e representa os interesses privados, na lógica de que o Estado nada mais é do que a aglomeração de indivíduos em prol do interesse dos indivíduos e os próprios sujeitos possuem autonomia e liberdade para decidir as normas que lhe serão aplicáveis. O Judiciário é visto como fazendo parte da sociedade civil, fora do Estado, em paridade com advogados, partes interessadas, membros do Ministério Público e Defensoria Pública.

Nesse ambiente pretensamente igualitário, há a valorização do consenso para a decisão das questões jurídicas, já que todos os direitos são relativos, e não absolutos. Vigora a instrumentalidade das formas e a exigência de fundamentação com base na subjetividade neoliberal disfarçada, através do princípio da razoabilidade, proporcionalidade, duração

razoável dos processos, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da efetividade e normatividade da Constituição.

O neoconstitucionalismo ao introduzir no Direito o sistema concorrencial para produzir o direito aplicável, permite e fomenta a influência de fatores extrajurídicos nas decisões. O direito produzido jurisprudencialmente requer o capital de investimento processual suficiente para passar por todas instâncias judiciárias, com a necessidade de investimento de capital político ou monetário, visto que as demandas judiciais exigem profissionais, especialistas, investimento de tecnologia processual, atuação estratégica etc. O sistema de justiça virou o palco de embates cruciais para a produção normativa, no lugar dos embates políticos tradicionais do parlamento, favorecendo o poder econômico sobre o político.

### 3.3.2 Controle maior sobre o Estado

O neoconstitucionalismo abstrai o Sistema de Justiça do Estado, como se aquele fosse representante da sociedade civil contra o Estado possivelmente violador e opressor. Há a divisão instrumental entre o Estado e a sociedade civil, e daquele, em potencialmente violador (Poder Legislativo e Executivo), e o protetor: o Poder Judiciário.

Há a implementação de um modelo de controle total sobre o Estado, no que se refere ao Poder Legislativo e Executivo. Assim, toda a ação estatal é controlada pelo Poder Judiciário, embora não haja em contrapartida, de fato, controle sobre o Poder Judiciário. Com base na teoria de Hayek, vislumbra-se a necessidade de defesa da ordem espontânea do mercado contra qualquer interferência arbitrária e ilegítima, representada pela ação estatal ou pública. Não só a ação estatal mas o próprio direito deve ser fruto da sociedade e não dos espaços propriamente políticos. Assim, o direito deve ser jurisprudencial. E o Judiciário torna-se protagonista. Hayek, inclusive, reconhece na figura do juiz: “uma instituição de uma ordem espontânea.”<sup>629</sup>

O sistema normativo é baseado no controle sobre a arbitrariedade da ação contra o mercado que é traduzida em defesa da esfera privada dos indivíduos. Os direitos individuais e o sistema de proteção aos direitos, juntamente ao sistema de normas metalegais do Estado de direito, formam a arquitetura de poder desenvolvida para permitir a inviolabilidade do mercado e a expansão sem limites do poder econômico. A função do Estado e do Direito seria assegurar a regularidade de um processo adequado aos interesses mercadológicos de modo

---

<sup>629</sup> HAYEK, 1985, p. 110.

ainda a permitir a antecipação de ações futuras. O jogo do mercado. De modo que Hayek é afirmativo sobre; “Nem toda lei pode, portanto, ser produtor de legislação; o poder de legislar pressupõe, entretanto, o reconhecimento de algumas normas comuns; e tais normas subjacentes ao poder de legislar podem também limitar esse poder.”<sup>630</sup>

O modelo neoliberal, assim, funciona com base na confiança e no respeito às regras gerais. A segurança está no coração da razão neoliberal, de modo que garantir as regras gerais do mercado é a principal função do Estado, inclusive a ele mesmo.<sup>631</sup> A segurança individual não seria mais uma proteção contra a arbitrariedade do soberano mas a condição de possibilidade de um jogo.<sup>632</sup>

Este modelo é condizente com a análise de Foucault, em que o Estado passa a representar o mercado, tendo no Poder Judiciário e na ação individual jurídica a principal forma de contenção do poder estatal. O Estado de Direito teria como característica restringir sua ação ao quadro geral da lei, e também a capacidade de oferecer a cada cidadão vias de recursos jurídicos contra a potência pública com a disponibilização de instâncias judiciais responsáveis por arbitrar as relações entre os cidadãos e a potência pública.<sup>633</sup> Foucault reconhece, assim, um “crescimento da demanda judicial”, podendo ser reconhecido um “intervencionismo jurídico”.<sup>634</sup> Para ele, quanto menor a ação administrativa, maior seria o campo de intervenção da ação judiciária, uma vez que os sujeitos econômicos precisam ter seus conflitos solucionados por uma organização autônoma que faz as regras do jogo serem respeitadas sem participar ativamente do jogo.<sup>635</sup> Exatamente, a proposta neoconstitucional de elevar o Poder Judiciário ao guardião da regra do jogo, das regras constitucionais.

Esta modelo é condizente com o modelo neoliberal de sociedade, em que o poder deve ser descentralizado de modo a permitir a maximização da concorrência entre empreendedores. Já foi afirmado que Hayek reconhece no mercado uma ordem espontânea, natural. Ao contrário da economia, que seria fruto de desígnios humanos.<sup>636</sup> Por este motivo, Hayek seria completamente contrário ao positivismo jurídico e defensor do direito em sua forma jurisprudencial. O direito deveria ser visto sempre como anterior à legislação, fruto da política e da atividade humana contra a natureza do mercado. O direito para ser afirmado como tal deveria ser a imagem da ordem espontânea do mercado. Não baseado na “razão” natural, ou

<sup>630</sup> Ibid., p.111.

<sup>631</sup> HAYEK, 1985, p. 31.

<sup>632</sup> Ibid., p. 31.

<sup>633</sup> HAYEK, 1960, p. 201-204; FOUCAULT, 1976, p. 175-176.

<sup>634</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 180.

<sup>635</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 181.

<sup>636</sup> HAYEK, Friedrich. **Essais de philosophie, de science et d'économie**. Paris: Les Beller Lettres, 2007. p. 159-172.

em desígnios deliberados, mas produto da experiência humana.<sup>637</sup> A repulsa pelo autoritarismo enquanto poder soberano absoluto teria como oposição o Estado de direito, no qual as leis limitam a atuação estatal antecipadamente. Tratar-se-ia de um Estado em que cada cidadão tem possibilidades concretas, institucionalizadas e eficazes de recurso contra o poder público, onde o Poder Público e os indivíduos podem estar em lados opostos nas instâncias judiciais.<sup>638</sup> Repudia-se o dirigismo estatal de qualquer forma. Neste quadro, o direito público, administrativo ou a política de forma ampla passam a ser vistos como inadequados, não racionais, ilógicos, desproporcionais e ineficientes. Por este motivo, as decisões de interesse público deveriam ser retiradas da esfera propriamente políticas e transferidas para o Judiciário, onde a política seria esvaziada.

O Estado de direito, para Foucault, é o contrário de planificação, como projeto de finalidade. Deve se abster totalmente da atividade econômica visto que a economia seria um jogo e a instituição jurídica que emoldura a economia deve ser pensada como regra do jogo, como “rule of law” somente. O Estado de direito formaliza-se como a ação do governo como prestador de regras para um jogo econômico em que os únicos parceiros e os únicos agentes reais devem ser os indivíduos como empresas.<sup>639</sup>

O pós-positivismo do neoconstitucionalismo se adéqua ao modelo normativo neoliberal ao afirmar a necessidade de um direito cada vez mais principiológico, baseado em valores supralegais e jurisprudencial. O direito fundamentado na Constituição permite a superação do direito positivo sendo a Constituição uma meta norma produtora de princípios e valores que pairam sobre todo o ordenamento. Nos casos concretos, os juízes terão a possibilidade de extrair a decisão justa baseando-se majoritariamente nestes princípios e valores como expressão da razão prática humana. Desse modo, se impede decisões arbitrárias baseados no direito positivo que é visto como ilógico, irrazoável e contrário à espontaneidade da sociedade, do direito privado, do mercado e do poder econômico.

A subjetividade neoliberal jurídica reconhece a legitimidade normativa somente no autocontrole privado. Em oposição ao Estado, os indivíduos são mais aptos para se organizar e gerir os próprios conflitos, sendo o Judiciário visto cada vez mais como um ente cuja função é mediar os conflitos privados, em prol dos interesses privados. Conforme defendido por Hayek, as regras jurídicas deveriam proteger o indivíduo da coerção exercida por outro, fundando um regime de liberdade. O direito neoliberal é contrário a qualquer intervenção na

---

<sup>637</sup> GARAPON, 2016, p. 167.

<sup>638</sup> GARAPON, 2016, p. 234.

<sup>639</sup> Ibid., p. 238.

esfera privada, de modo que o direito ideal seria composto somente por regras impessoais e abstratas que se imporiam a todo indivíduo, de modo a não ferir a ordem espontânea do mercado.

O espaço de decisão política propriamente dito foi esvaziado, nada mais sendo reconhecido como político. O político é condicionado pelo direito, e em específico, pelo direito constitucional. A política em si e a atuação estatal é controlada individualmente e coletivamente através do controle judicial. O que é considerado constitucional é o que legitima a atuação estatal. Através da exigência de compatibilidade com valores superiores, a moral e ética humanista, há mais elementos de controle fora inclusive daqueles do texto constitucional. Espaços até então considerados reservados ao controle judicial cedem espaço, como no caso do mérito administrativo, que antes era considerado discricionário ao administrador público e hoje é plenamente controlado, a partir da constitucionalização do direito administrativo.<sup>640</sup>

Com a constitucionalização de todos os ramos do direito e a necessidade de implementar os direitos fundamentais, abre-se a possibilidade de restringir a atuação estatal de forma a garantir direitos individuais em face do Estado, como esfera de limitação ou de proteção, bem como impor condutas ao Estado, como dever jurídico-constitucional.

---

<sup>640</sup> Durante a pandemia de Covid-19, o Poder Judiciário atuou ativamente de forma a participar da esfera de decisões políticas, visto que foi chamado a se manifestar sobre diversas demandas e atuação pública da Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar, negou liberdade para os presos com tuberculose na pandemia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/stj-nega-hc-coletivo-presos-tuberculose-rio-janeiro>. Houve concessão e revogação de liminar para a soltura de presos idosos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/desembargadora-revoga-liminar-ordenou-soltura-idosos-rj>. E: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/juiz-rj-concede-prisao-domiciliar-maiores-60-anos>. Também, a requisição de respiradores no pico da pandemia ensejou complexa batalha judicial entre entes públicos, empresas privadas e pacientes. Um dos capítulos marcantes da disputa foi a decisão da 2ª Vara Federal de Barueri (TRF-3) que, em sede de liminar, proibiu a União de requisitar respiradores artificiais a uma empresa de Santana de Parnaíba. A magistrada acatou pedido da cidade da Grande São Paulo e declarou nulo o ato administrativo da União que requisitava sete respiradores ao município. Na ADI 6.341, aliás, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) alegou que o artigo 3º da Lei 13.979/2020. Em decisão liminar, contudo, o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, entendeu pela procedência parcial do pedido, indicando que o dispositivo deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, de modo a não afetar a competência concorrente de estados e municípios. A decisão da Justiça Federal da 3ª Região está longe de ser a única. Também nesta segunda, o juiz federal substituto da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro, decidiu conceder pedido liminar, em sede de mandado de segurança preventivo formulado pela, e suspendeu requisição do governo federal de dez aparelhos respiradores adquiridos pelo Hospital Universitário Pedro Ernesto. No município de Cotia (SP) foram a uma empresa de respiradores pulmonares – a Magnamed Tecnologia Médica –, sem autorização para lá ingressar. Acabaram usando a força da guarda municipal para tomar posse dos aparelhos – ao todo, 35. O argumento foi o de ajudar a população, com a invocação, para tanto, de uma decisão judicial que permitia à municipalidade comprar os aparelhos – mas não deles se apropriar. Antes do caso envolvendo a administração pública de Cotia, o presidente em exercício do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desembargador federal Lázaro Guimarães, deu parcial provimento a pedido de suspensão de liminar proposto pelo município de Recife, para evitar requisição, pela União, de mais de 200 respiradores mecânicos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-mediatar-batalha-respiradores>. Acesso em: 24 dez. 2021.



O direito neoconstitucional é portanto um direito limitado, controlado, impotente e domesticado de acordo com os anseios teóricos neoliberais que veem no direito estatal legislativo, uma ameaça constante às regras do jogo do mercado.

O pensamento de Hayek é exemplificativo desta subjetividade ao defender esferas privadas de proteção contra o intervencionismo estatal e atribuir ao Poder Judiciário a função de estabelecer um limite e impedir qualquer sobreposição do mundo público sobre o privado. Conforme exposto por Dardot e Laval, a subjetividade jurídica neoliberal implementa a superação do direito positivo e a aplicação de regras gerais e princípios que deveriam ser equivalentes às regras do mercado.<sup>641</sup>

Durante, a pandemia de Covid-19, entre os anos 2020 e 2021, a quase totalidade das ações do Estado brasileiro tiveram de passar pelo crivo judicial numa abrangência inédita. De início com a negação do governo federal em impor isolamento social a nível federal, e a imposição autônoma por partes dos Estados e Municípios, a questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Os ministros decidiram a preponderância da autonomia a prefeitos e governadores para determinar medidas para o enfrentamento ao coronavírus.<sup>642</sup> Iniciou-se o combate ao Covid de fato através de regra imposta pelo Judiciário. Em seguida, quase todas as medidas administrativas de combate ao Covid foram judicialmente questionadas.<sup>643</sup> E tiveram que passar pelo filtro jurídico do sistema judicial. A tendência geral do processo foi o de juízes de primeira instância serem contrários às medidas restritivas, e as instâncias superiores mais estatizantes reconhecendo a legitimidade do Estado em restringir direitos.<sup>644</sup>

<sup>641</sup> DARDOT; LAVAL, 2016, p. 181.

<sup>642</sup> Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/16/decisao-do-stf-sobre-isolamento-de-estados-e-municipios-repercuta-no-senado>. Acesso em: 24 dez. 2021.

<sup>643</sup> No tocante ao combate à pandemia, o Judiciário produziu decisões tanto a favor como contrárias ao isolamento social e as medidas de restrição. Decidiu-se por anular decretos com medidas restritivas no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/juiza-anula-decretos-restritivas-covid-19-rio>. A permissão de funcionamento de bares e restaurante além do horário estabelecido administrativamente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/justica-rio-permite-bares-restaurantes-funcionem-20h>. A autorização para funcionamento de lojas de conveniência no Rio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/magistrado-autoriza-funcionamento-lojas-conveniencia-niteroi>. A autorização para retomada de aulas particulares presenciais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-12/orgao-especial-tj-mantem-retomada-aulas-presenciais-rio>. A autorização para aplicativos de reserva de hospedagem funcionarem em área turística. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/juiz-proibe-booking-airbnb-reservas-hoteis-paraty>. A permissão para retorno presencial de universidades privadas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/trt-permite-volta-aulas-universidades-privadas-rj>. Autorização para funcionamento de casas lotéricas e de material de construção por serem essenciais. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/04/justica-autoriza-abertura-de-lotericas-e-lojas-de-material-de-construcao-no-rio.ghtml>. A permissão para venda de produtos alimentícios em lojas de departamento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/casa-video-vender-alimentos-produtos-medicos>. Acessos em: 24 dez. 2021.

<sup>644</sup> O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro derrubou liminar que anulava decretos de lockdown: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/tj-rj-derruba-liminar-anulava-restricoes-covid-19-rio>

Assim, além das limitações ao poder operativo do Estado promovido pelas alterações na estrutura do Estado, através das privatizações, quebra de monopólios, perda de legitimidade de atuação, desmonte do quadro de trabalhadores, terceirizações e redução orçamentária, como neoconstitucionalismo, há a limitação jurídica da atuação que é vista sempre como potencialmente violadora de direitos. Toda atuação deve passar pelos filtros legitimadores do direito e do controle judicial.<sup>645</sup> Trata-se da expansão do sistema normativo neoliberal jurídico em que a atuação estatal é condicionada à permissão do Poder Judiciário, que é reconhecido com não estatal.

Trata-se de um espaço de contenção de qualquer tentativa de ruptura mínima como o sistema normativo econômico vigente. Ultrapassando-se as instâncias tradicionais de controle social, o controle se dará pelo Poder Judiciário, através de diversas instâncias de poder. Desde a produção normativa até atuação administrativa efetiva. Trata-se de um soldado de reserva em prol do estado de coisas neoliberal, sob a forma do Estado de Direito.

### 3.3.3 Menos Democracia

No modelo neoconstitucional, os espaços tradicionais de embate político e partidário perdem espaço para novas esferas de poder em que a soberania popular é reduzida. Ao exigir o referendo judicial de toda ação estatal, se introduz mais um ator social em cena, que por natureza não é democrático. Em que pese a divisão entre poderes não ser novidade, a dimensão atual o é. A profundidade da inserção do controle judicial sobre a atuação do Estado

---

janeiro. Órgão especial do TJ-RJ mantém retomada de aulas presenciais no Rio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-12/orgao-especial-tj-mantem-retomada-aulas-presenciais-rio>. Presidente do TJ-RJ restabelece flexibilização da quarentena no Rio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/presidente-tj-restabelece-flexibilizacao-quarentena-rio>. TJ-RJ libera reservas por aplicativo em Paraty. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/tj-rj-libera-reservas-app-paraty-stj-mantem-decisao>. TRT-1 permite volta às aulas em universidades privadas do RJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-06/tj-proibe-reabertura-escolas-privadas-rio-janeiro>. TRT-1 permite volta das aulas em escolas e universidades do Rio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/trt-permite-volta-aulas-universidades-privadas-rj>. Todos acessos foram realizados em: 24 dez. 2021.

<sup>645</sup> No tocante à vacinação contra Covid-19, toda a implementação da campanha de vacinação foi judicializada, sendo discutido a ordem de prioridades, a opção por marca de vacinas, a vacinação ser obrigatória e formas de exigência indireta e até a possibilidade e exigência de vacinação em crianças. Como exemplos: Desembargadores suspendem vacinação prioritária de servidores. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-15/desembargadora-suspende-vacinacao-obrigatoria-servidores-rj>. Supremo Tribunal Federal reestabelece obrigatoriedade de passaporte da vacina. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-01/fux-restabelece-passaporte-vacina-marica-rj>. Juiz suspende vacinação de trabalhadores da educação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/juiz-rio-suspende-vacinacao-profissionais-educacao>. TJ-RJ autoriza entidade privada não exigir passaporte de vacinação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-24/tj-autoriza-clubes-militares-rio-aceitem-nao-vacinados>. TJ-RJ reestabelece prioridade de vacinação aos profissionais de educação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/tj-rj-restabelece-prioridade-vacinacao-trabalhadores-educacao>. Acessos em: 24 dez. 2021.

também é inédita. O que faz como que cada vez haja margem para a manifestação real do anseio social do povo.

O Sistema de Justiça é um ambiente elitista, com linguagem técnica, onde a política é afastada, dando mais espaço ao poder econômico. Em que pese o discurso seja o de acesso à justiça, de forma individual ou coletiva, na prática há o desvio do enfoque da arena política para a jurídica, onde processos de mudança reais ou de enfrentamento de políticas reacionárias exigem ultrapassar inúmeros filtros e mediações para terem resultado satisfatório.

Com base em Foucault, já restou claro que, no neoliberalismo, há a proliferação de conflitos e litígios a partir da multiplicação das dinâmicas empresariais entre indivíduos.<sup>646</sup> Para ele, somente a justiça pode cumprir a função de mediar o conflito entre Estado e indivíduos, visto que seria, real ou ficticiamente, independente do poder público.<sup>647</sup> Neste cenário, é inevitável a revalorização do Poder Judiciário. E a desvalorização da política.

Rubens Casara é de opinião similar, reconhecendo que a antipolítica reina no neoliberalismo. Para ele, a antipolítica é inegavelmente a face neoliberal da política, que promete substituir os governantes por gestores e reduzir o governo à ideia de boa governança. A política é demonizada no espaço público e se torna uma questão de concorrência entre grupo de interesse, em que cada um desses grupos reivindica a sua parcela de vantagens do Estado, sem que existam reivindicações mais gerais ou formulações em termos universais.<sup>648</sup>

Nesse ambiente despolitizado, a legitimação advém da técnica. Já não se trata mais de reconhecer que a lei é produto da soberania popular, da representação eleitoral ou do jogo democrático. A norma é fruto da avaliação técnica de juristas com conhecimento específico sobre o direito constitucional, de modo a fazer valer a Constituição Federal e seu projeto de poder refratário a arroubos considerados populistas, autoritários ou corruptos. A constituição é reconhecida como norma geral, formada por princípios gerais, que pairam sobre todo ordenamento jurídico, de modo a impedir qualquer legislação contrária às regras do jogo do mercado. Há defesa das regras gerais do mercado, de modo dissimulado pela defesa da implementação de direitos fundamentais e dos marcos democráticos. Não existe mais neste aspecto proibições, interdições, ordens superiores contra a ordem espontânea do mercado.

A soberania popular é reconhecida como uma ameaça à Constituição, visto que o modelo do Estado Democrático de Direito não pode ter seus pilares de sustentação questionados, por maiorias parlamentares ou políticas transitórias. Defende-se assim o papel

---

<sup>646</sup> FOUCAULT, 1979, p. 240.

<sup>647</sup> Ibid., p. 234.

<sup>648</sup> Ibid., p. 214.

contramajoritário da Constituição e do Poder Judiciário. O neoconstitucionalismo exige a proteção da Constituição, através do controle constitucional, de qualquer alteração radical do estado de coisas normativo. O direito legislado ou regulamentar é encarado como atécnico, populista, irracional, corrupto, interessado, ilógico ou arbitrário. Recorre-se permanentemente a analogia histórica do autoritarismo nazista e fascista para reconhecer a necessidade de defesa de um sistema de proteção dos direitos individuais fundamentais. Assim, toda a demanda social já está previamente delimitada pelo Poder Judiciário que definirá o que é constitucional, levando em consideração que no Brasil os membros do sistema de Justiça não são eleitos pela população. Em que pese haver um reduzido poder político sobre as indicações e nomeações, a grande maioria dos cargos são ocupados por membros técnicos de carreira.

A subjetividade neoliberal e neoconstitucional tem como principal projeto retirar a potência transformadora das lutas sociais, uma vez que o parâmetro do Direito já estaria definido desde 1988. E, qualquer alteração infra ou constitucional, passa necessariamente pelo filtro do Judiciário, através do controle de constitucionalidade. Inclusive mudanças da própria Constituição passam pelo controle, uma vez que toda EC é considerada passível de controle para não violar as cláusulas pétreas. Sendo assim, o Judiciário, de fato, é o guardião da Constituição, porém, da Constituição que ele próprio reconhece como a Constituição legítima.

O embate político travado, nas instâncias tradicionais, perde importância. Assim, a organização partidária e a participação popular nas casas legislativas cede espaço para a participação via representação judicial em processos judiciais. Há a mudança da arena política para um ambiente mais hostil ao povo, sub-representado, desorganizado e despossuído de conhecimento jurídico. As decisões por serem pretensamente técnica não devem prestar contas à população. Os membros do sistema de justiça não são eleitos, mas selecionados, na maioria dos casos, por concurso público o que implica em desnecessidade de respaldo popular. A participação em qualquer hipótese já é mediada por um corpo técnico de advogados, defensores ou promotores de justiça.

A atuação do Poder Executivo, a atuação administrativa, nas mais diversas instâncias, também é limitado e controlado pelo Poder Judiciário. Todo ato administrativo é passível de controle constitucional, o que na prática, implica tanto a suspensão de atos considerados irregulares, como a imposição ações a serem tomadas pela Administração Pública para cumprir as exigências da norma constitucional. Sendo assim, há o controle judicial sobre o que é o direito e sobre a atuação administrativa do Estado.

No neoliberalismo, para Casara, tanto a vontade da maioria quanto os direitos fundamentais ficam subordinados aos interesses dos detentores do poder econômico.

Qualquer norma contrária aos interesses do mercado deve ser afastada. Assim o comum foi transformado em privado, os direitos em mercadoria, a vida e a dignidade em objetos negociáveis. O que, para autor, passa a ser fundamental no neoliberalismo é a criação de comandos concretos em favor do mercado.<sup>649</sup> Para Rubens Casara, os direitos humanos positivados deixam de representar limites rígidos ao exercício de poder e obstáculos contra arbítrios para se tornarem dispositivos a serviço do mercado.<sup>650</sup> Nestes termos, a normatividade neoliberal não impõe mais obstáculos ao exercício do poder econômico (ou do poder político, desde que em favor do mercado), razão pela qual, no âmbito estatal, desaparece a dimensão de garantia de direitos (salvo dos direitos relacionados à propriedade e à liberdade de contratar).<sup>651</sup>

---

<sup>649</sup> CASARA, 2021, p. 229.

<sup>650</sup> Ibid., p. 220.

<sup>651</sup> Ibid., p. 227.

## CONCLUSÃO

Este trabalho percorreu diversas etapas para chegar a esse momento: o da conclusão. De início, o tema foi devidamente introduzindo a fim de ambientar o leitor e a leitora. A escolha do objeto da dissertação foi devidamente explicado e houve a exposição do caminho a ser percorrido. Neste momento, após o aprofundamento do neoconstitucionalismo e neoliberalismo, e das respectivas subjetividades, com a exposição da relação de funcionalidade entre elas, chegamos a conclusão esperada: a de que o neoconstitucionalismo é funcional ao neoliberalismo.

Deve-se reconhecer, de antemão, os limites da presente pesquisa, decorrentes da abordagem teórica e metodológica escolhida. Há limites para esta conclusão na exata medida da abrangência da análise empírica produzida. Metodologicamente, a hipótese da pesquisa deve ser limitada pelo empírico pesquisado. A funcionalidade, assim, fica limitada e relativada pelo que foi considerado empírico, inviabilizando a generalização em relação aos fatos não pesquisados.

Na presente pesquisa, a empiria foi utilizada a fim de especificar a relação entre neoconstitucionalismo e neoliberalismo, com a abordagem sobre a prática jurídica neoconstitucional e a sociedade brasileira neoliberal dos anos 1990 em diante. Diversos fatos e exemplos foram trabalhados, embora a pesquisa não tenha se debruçado sobre um objeto em específico que poderia ser capaz de fundamentar de forma mais qualificada a hipótese da pesquisa. A empiria utilizada limitou-se a descrições sociais realizadas por outros pesquisadores e a decisões judiciais episódicas, o que invariavelmente não permite uma análise fática minuciosa mas que teve a capacidade ilustrativa e explicativa satisfatória para demonstrar a hipótese da pesquisa.

Considerando que o objetivo da pesquisa era abordar o tema de forma específica no que se refere ao neoconstitucionalismo, que é um objeto relativamente genérico, a pesquisa teve a capacidade de atingir o seu objetivo: estabelecer a relação entre a subjetividade neoconstitucional e a neoliberal.

Em relação à ideia central, como já detalhadamente abordado, reconheceu-se que o neoconstitucionalismo foi responsável pela transformação radical da subjetividade jurídica no Brasil a partir dos anos 1990. Com a introdução da tese de normatividade da Constituição Federal e dos princípios constitucionais, houve a superação da ideia de que a Constituição seria genericamente um documento político valorativo sem aplicação prática. As normas constitucionais passaram a ter aplicabilidade plena, equivalente a qualquer ato normativo,

fundamentando petições e decisões judiciais relativas a qualquer questão jurídica. Passou a ser comum, fundamentações jurídicas com base em direitos fundamentais, princípios constitucionais ou os fundamentos da República.

A supremacia constitucional e a constitucionalização do Direito exigem além da validação das decisões judiciais conforme o parâmetro constitucional, a validação de todo o sistema normativo. Desse modo, se torna prática obrigatória o controle constitucional de todo ordenamento, de modo cotidiano, permanente e difuso. Não são só as decisões judiciais que devem baseadas no texto constitucional, mas todos os atos públicos e privados. Assim, as relações privadas também passam pelo crivo do controle constitucional.

Com a exigência da proteção e efetivação dos direitos fundamentais, estabelece-se um novo paradigma na forma de interpretar o direito no Brasil. Há a desvalorização da formalidade legal, uma vez que no caso concreto deve-se sempre efetivar direitos fundamentais. Qualquer norma pode ser afastada já que a máxima é o reconhecimento da necessidade de implementar os direitos fundamentais. A partir daí, vige a preponderância do Poder Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional.

Há jurídica e socialmente o reconhecimento de que o Poder Judiciário e seus membros são mais qualificados para implementar as mudanças sociais desejadas e realizar o controle sobre os outros dois Poderes do Estado, o Legislativo e Executivo. É estabelecido, assim, um sistema de controle sobre a validade e legitimidade do direito, tendo como referência a Constituição Federal, os princípios constitucionais e também a ética, através da moralização do Direito e do pós-positivismo. A interpretação jurídica torna-se cada vez mais informal, como defesa da aplicação do direito justo em vez do direito positivo.

Como consequência prática desta nova arquitetura de poder no Brasil, foi reconhecida a normalização do ativismo judicial, da judicialização da política e a disseminação de decisões judiciais arbitrárias. E para além destes efeitos valorados negativamente tendo em vista uma funcionalidade esperada de um sistema de justiça, a grande consequência da implementação do neoconstitucionalismo no Brasil foi a transformação da subjetividade e da prática jurídica.

O direito, no Brasil, já é entendido e interpretado de outro modo. O Estado e o sistema de justiça idem. O neoconstitucionalismo conseguiu elevar a Constituição a um documento jusnormativo, aplicável a qualquer caso jurídico. Mas não só, constitucionalização do direito rompe as barreiras do sistema jurídico e vira referência política, cívica e ética para o comportamento das pessoas. Toda a vida social passa a ser vista sob o olhar do direito constitucional, tendo as normas constitucionais (regras e princípios, expressos ou não, e seus

valores difusos) como parâmetro. O modelo constitucional passa, assim, a ser o novo modelo social. Altera-se o vocabulário utilizado e se gera a judicialização da política e a da vida, através da constitucionalização do direito. Judicialização e constitucionalização caminham lado a lado.

Todas as causas minimamente relevantes para a sociedade são judicializadas e interpretadas a partir do olhar constitucional. As grandes causas geram batalhas judiciais, com inúmeras decisões, recursos, debates públicos sobre o melhor direito ou o direito correto, com a mídia cobrindo e interferindo nos debates jurídicos, como foi exemplificado pelas decisões durante a pandemia de Covid.

De fato, esse fenômeno representa uma nova arquitetura de poder entre os Poderes da República. O Legislativo e Executivo são, cada vez e de forma mais intensa e detalhada, controlados pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensora Pública. Nenhuma ação estatal é reconhecida como legítima sem possível controle jurídico. Supera-se teorias tradicionais de espaços administrativos ou legislativos imunes ao controle judicial constitucional. Os espaços de imunidade, irresponsabilidade ou mérito administrativo diminuem significativamente, sendo exaustivamente fiscalizados, controlados e reformados. O orçamento público, a gestão de pessoas, a aplicação de recursos públicos, o processo eleitoral e até as relações internacionais são passíveis de controle jurídico. Tudo é passível de judicialização. Note-se que para além do controle político ou administrativo tradicional, exige-se o controle jurídico. Ignora-se o controle popular. Ideologicamente, o controle jurídico é visto como controle democrático e popular, como o Judiciário sendo o legítimo representante da sociedade civil.

O novo cenário jurídico brasileiro ocorre numa sociedade que passa pelo processo de neoliberalização desde os anos 1980. O neoliberalismo, neste trabalho, foi reconhecido como um sistema normativo, ultrapassando a visão de que seria mera etapa de acumulação capitalista. Como sistema normativo é produtor de uma subjetividade específica.

Reconhece-se assim que a forma de pensar neoliberal é expansiva a todas as esferas da vida. Há a difusão do pensamento individualista, empresarial e concorrencial na mesma proporção em que o Estado e o mercado brasileiro vão se adaptando e se transformando para as novas exigências da dinâmica econômica e política do capitalismo contemporâneo. Ao lado do processo de quebra de monopólios estatais, privatizações, terceirização, diminuição de direitos trabalhistas e estatutários, quebra de barreiras fiscais e comerciais, financeirização e reprimarização da economia, implementou-se diversas reformas normativas e estruturais, inclusive do Sistema de Justiça.



Com a reforma do Poder Judiciário, através da EC 45 em 2004, e com as posteriores alterações constitucionais e legislativas, houve uma reestruturação do Sistema de Justiça para implementar formalmente e estruturalmente a reforma neoliberal da Justiça. Procedimentos mais céleres, a ampliação do acesso ao sistema e a extinção e criação de órgãos atualizou o sistema para os tempos neoliberais. Na esteira, o direito infraconstitucional é alterado periodicamente. Com o discurso de necessidade de modernizar a justiça, reduzir custos e tornar os processos judiciais mais eficientes e céleres, implementou-se novos modelos processuais e procedimentais. A justiça implementou o modelo empresarial por meio negociação e relativização de direitos, desburocratização, produtivismo, criação de métodos de gestão de pessoas e de processo. O modelo idealizado na Constituinte de 87 foi significativamente alterado.

Neste cenário, a subjetividade neoconstitucional mostra-se fundamental e indispensável para a implementação da subjetividade neoliberal no sistema de justiça. Em primeiro lugar, há a defesa incondicional do pós-positivismo com a implementação de técnicas de interpretação não formais, o que reestrutura o modelo hierarquizado e monopolista de produção normativa pelo Poder Legislativo. Com o controle constitucional das normas, desloca-se a produção normativa de fato para o Poder Judiciário, que passa de forma mais abrangente e efetiva a ter o poder final para decidir o que é o direito aplicável. Súmulas, indicativas e vinculantes, enunciados, precedentes, acórdãos com repercussão geral passam a ser as normas de fato.

Soma-se ainda este cenário, a defesa da preponderância do Poder Judiciário como instituição mais capaz de efetivar os direitos fundamentais e controlar suas violações. A tese é a de que o Judiciário é o guardião da Constituição. Em defesa dos direitos fundamentais e do Estado democrático de Direito, estabelece-se um sistema de controle sobre o Poder Legislativo e Executivo, que passam a representar o Estado exclusivamente, como se o Poder Judiciário estivesse excluído, ou fosse representante da sociedade civil. Associa-se ao Estado a potência autoritária, uma vez que ele não representa os valores do mercado. O Judiciário, ao contrário, não precisa ser efetivamente controlado, visto que possuiria processos próprios de autocontrole. Assim, como os indivíduos, que se guiam pelo modelo empresa e pela ética empresarial, e são capazes, de forma autônoma, de realizar o autocontrole conforme a ética.

Como protagonista, o modelo ideal passa a ser o modelo jurisprudencial, o que vem sendo implementado de forma gradual. Tal modelo corresponde aos anseios teóricos de Hayek de reconhecer no direito um direito emergido espontaneamente da sociedade. O direito justo e aplicável deve ser sempre aquele emergido da ética comum da sociedade, em oposição

ao direito positivo, produto do processo político parlamentar e visto como autoritário, disfuncional e ineficiente. Há inclusive o controle sobre o processo parlamentar legislativo, impulsionando um controle constitucional preventivo sobre a produção de leis e emendas constitucionais. O controle do Judiciário é pleno.

O direito jurisprudencial corresponde à exigência concorrencias e empresariais do sistema normativo neoliberal. Com a pulverização da produção normativa que passa a ser molecular, por juiz, há a quebra do monopólio parlamentar na produção do direito. Há a difusão da concorrência em produzir o direito, ou o melhor direito, tanto entre Poderes, como entre instâncias de poder. Inclusive o direito propriamente dito passa a ser pensado de forma concorrencial, com a legitimação advindo da valorização do direito mais apto, vencedor de teses jurídicas no sistema de precedentes. Rejeita-se o direito positivo, legitimado pela representação democrática e pela soberania popular.

Com a relativização de qualquer direito e a normatividade dos princípios e ética, há a implementação de um verdadeiro comércio do direito, já que na construção do direito jurisprudencial, a formalidade do processo legislativo perde valor, e se torna mais relevante a capacidade operativa do sujeito defender seus interesses. É cada vez mais relevante o poder econômico, técnico e profissional dos sujeitos para a produção do direito aplicável, com longos, custosos e difíceis processos, passando por todas instâncias do sistema até a decisão final no Supremo Tribunal Federal. Até os partidos políticos passaram a judicializar as questões políticas, contratando escritórios de grande porte e advogado renomados. As perdas políticas são imediatamente levadas à arena judiciária a fim de mediar a relação pelo Poder Judiciário e tentar reverter a situação. Utiliza-se estrategicamente o direito na política partidária e institucional.

Os tribunais superiores e, principalmente o Supremo Tribunal Federal, atraem pra si e são objetos das principais questões políticas nacionais. Os ministros atuam politicamente de forma que os atores políticos tradicionais sabem que a gestão jurídica da política é indispensável. A judicialização da política foi normalizada.

O neoconstitucionalismo em que pese defender o modelo democrático do Estado de Direito, na prática, produz um sistema cada vez menos democrático e despolitizado, onde impera o poder econômico. Defende-se a maior capacidade de o Poder Judiciário resguardar a Constituição porque ele seria um poder contramajoritário, defensor das minorias políticas, além de ser o único poder técnico. Assim, o direito já não é mais visto necessariamente como produto da soberania popular, organizada partidariamente e representada nas instâncias do Estado. O direito aplicável é aquele referendado pelo Sistema de Justiça por estar de acordo

com a Constituição Federal, dos valores do Estado de Direito e de uma ética humanista. O direito justo é aquele referendado por uma organização pretensamente técnica, não estatal, apolítica, não interessada e burocrática. Este direito seria preferível ao direito positivo, interessado, politizado e fruto de processos escusos de tomada de decisão.

Nesta lógica, a empresa, na sua forma e com seus valores, passa a ser o modelo dominante. Tanto a Justiça, estruturalmente, se transforma tendo a empresa como modelo, como os trabalhadores de seu sistema internalizam a subjetividade empresarial e atuam como empresários, calculando riscos, investimentos, chances, perdas e ganhos. O mercado dita as regras, com controle menor sobre si. O controle passa a ser exercido pela sociedade em relação ao Estado, de forma generalizada.

O neoliberalismo enquanto sistema normativo expande sua subjetividade para o sistema jurídico, o que, no caso brasileiro, ocorre também através de o neoconstitucionalismo. A defesa do neoconstitucionalismo é a defesa da adaptação do sistema de justiça brasileiro à subjetividade neoliberal. De forma consciente ou não, a implementação e defesa do de suas teorias e técnicas contribuem tanto para a adaptação do sistema jurídico a nova normatividade, como discursivamente para a sua legitimação. Não se trata de reconhecer que somente o neoconstitucionalismo opera para este fim, visto que diversos outros fatores e elementos foram identificados como funcionais ao neoliberalismo. Entretanto, sem dúvida, ele tem relevância na funcionalidade do neoliberalismo no sistema de justiça brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008a.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, É. O. (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008b.

AUDREY, Bob, **L'entreprise de soi**. Paris: Flammarion, 2000.

AUDREY, Bob. **Le travail après la crise**. Ce que chacun doit savoir pour gagner sa vie au XXIe siècle. Paris: Interéditions, 1994.

BAN, Cornel. Brazil's Liberal Neo-Developmentalism: New Paradigm or Edited Orthodoxy?, **Review of International Political Economy**, v. 20, n. 2, 2013.

BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico n.º 319/1996 do Banco Mundial: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma**. 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf> pg. 61. Acesso em: 25 abr. 2021.

BARCELOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2005. p. 3. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 19 nov. 2020.

BECK, Ulrich. **La société du risque**. Trad. Laure Bernardi. Paris: Aubier, 2001. p. 135. [Ed. bras.: BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010].

BEZERRA FILHO, João. **O processo de constitucionalização do Direito Brasileiro: repercussões do neoconstitucionalismo no âmbito jurídico**. Direito e garantias fundamentais II, organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Batira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

BÖHN, Franz, “**Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens**”, *Ordo*, v. 3, 1950, pg. 15, citado por Laurence Simonin, “Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence”.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo. Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de constitucional**, 1993.

BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)**. 2013. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Recife, Recife, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105/15. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html). Acesso em: 22 mar. 2021:

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 mar. 21.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 22 mar. 2021.

BRESSER PEREIRA, Luís C. A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e mecanismos de controle. **Rev. Lua Nova**, n. 45, p. 45-95, 1998.

BROWN, Wendy. **Les habits neufs de la politique mondiale, néolibéralisme et neoconservatisme**. Trad. Christine Vivier, Philippe Mangeot e Isabelle Sanit-Saës. Paris: Les Prairies Ordinaires, 2007. p. 37.

BROYER, Sylvian. Ordnungstheorie et ordolibéralisme: les leçons de la tradition. Du caméralisme à ordolibéralisme: ruptures e continuités?. In: COMMUM, Patricia (org.). **L’ordolibéralisme allemand aux sources de l’économie sociale de marché**. cit. p. 98. (nota 73.)

CALIXTO, Angela Jank; DE CARVALHO, Luciani Coimbra. **O pós-positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo**. Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Curitiba, 2016. p. 134.

CANDIOTTO, Cesar. **A governamentalidade em Foucault: da analítica do poder à ética da subjetivação**. Local, ano. p. 92. Disponível em: [http://oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf\\_articles/OQNFP\\_31\\_6\\_cesar\\_candiotto.pdf](http://oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf_articles/OQNFP_31_6_cesar_candiotto.pdf). Acesso em: 06 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, **Fundamentos da Constituição**, 1991.

CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, reforma do Estado e políticas sociais nas últimas décadas do século XX no Brasil. *Aurora*, a. II n. 3. 2008. p. 3.

CASARA, Rubens. **Contra a miséria neoliberal**: racionalidade, normatividade e imaginário. São Paulo: Autonomia Literária, 2021. 204 p.

CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei**. Pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Edições JusPodivm, 2006.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 24.

DE BRUYNE, Paul; HERMAN, Jacques; DE SCHOUTETHEETE, nome. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais**. Francisco Alves Editora. 5. ed. 1991. p. 143.

DE MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020.

DE OLIVEIRA, Maria Angélica Albuquerque Moura. **Delimitações sobre o Novo Movimento Constitucional na América Latina**: Diferenças e Aproximações em Relação ao Neoconstitucionalismo; Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] CONPEDI; UFMG; FUMEC; Dom Helder Câmara (org.). MEYER, Emilio Peluso Neder; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; REPOLES, Maria Fernanda Salcedo (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

DOS SANTOS, Fábio Luis Barbosa. **Uma história da onda progressista sul-americana (1998-2016)**. Elefante, 2016. p. 329.

DOSTALER, Gilles. **Le libéralisme de Hayek**. Paris: Le Découverte, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALEIROS, V. P. **A Reforma do Estado no período FHC e as propostas do governo Lula**. INESC, 2004. p. 35-55

FERNANDES; BICALHO. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 189, p. 105-131, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>. Acesso em: 22 mar. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, p. 151-167, jan./abr. 2009.

FILGUEIRAS, Luiz. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique. **Neoliberalismo y sectores dominantes**. Tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006. ISBN: 987-1183-56-9

FINE, Bem; SAAD FILHO, Alfredo. Thirteen Things You Need to Know About Neoliberalism. **Critical Sociology**, v. 45, n 4-5, 19 de ago. 2017. p. 687.

FIORI, José Luís. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

FIORI, José Luís, “The Political Economy of the Developmentalists State of Brazil”. In: KARAEV, A. **Brasil: passado e presente do “capitalismo periférico”**. Moscou: Progresso, 1987. p. 222.

FOUCAULT, Michel. **L’herméneutique du sujet**. Cours au Collège de France, 1981-1982. Édition établie par François Ewald et Alessandro Fonta, para Frédéric Gros. Paris, Gallimard/Seuil, 2001. (Coll. Haute études).

FOUCAULT, M. **Il faut défendre la société**. Cours au Collège de France. 1975-1976. Édition établie par François Ewald et Alessandro Fontana, para Mauro Bertani e Alessandro Fontana, Paris: Gallimard/Seuil, 1997. p. 26.

FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**. Paris: Dits et écrits. II, cit., 1979.

FOXLEY, Alejandro. **Experimentos neoliberales en América Latina**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

GAGO, Verônica. **A razão neoliberal. Economias barrocas e pragmática popular**. Editora Elefante. 2018.

GAMBLE, Andrew. **The free Economy and the Strong State: The Politics of Thatcherism**. Durham: Duke University Press, 1988.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Instituto Piaget. 1996.

GARAPON, Antoine. **La Raison du moindre État**. Le néolibéralisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010. p. 27.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 1 v. (Coleção *As Ilusões Armadas*) ISBN 978-85-359-0277-8

GOMES SILVA, Ilse. **Democracia e participação na “reforma” do Estado**. São Paulo: Cortez, 2003.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **STF e a criminalização da homofobia**. 2020. p. 1  
Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GROS, Denise Barbosa. **Instituto Liberais e Neoliberalismo no Brasil da Nova República**. 2003. Tese (Doutorado) – Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, Porto Alegre, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

HABERMAS, JÜRGEN, **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. volume I.

HARVEY, David. **A brief history of Neoliberalism**. Ed. Oxford. 2005.

HAYEK, Friedirch. **Essais de philosophie, de science politique et d'économie**. Paris: Les Beller Lettres, 2007.

HAYEK, Friedrich. **Essais de philosophie, de science et d'économie**. Paris: Les Beller Lettres, 2007.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Sao Paulo, 1985. 1 v. p. 141.

HAYEK, Friedirch. **La constitution de la liberté**. 1960.

HERZ, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição – Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. 2012. (Dissertação) Mestrado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis/SC, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Obrigações: caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 65, 1º maio 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4094>. Acesso em: 5 maio 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, 2007. p. 82.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

KOENER, Andrei; BARREIRA, Karen Elaine Sakalauska; INATOMI, Celly Cook. **A reforma gerencial do judiciário no Brasil: medidas e efeitos e impactos para os direitos dos cidadãos**. Acta Sociológica número 72, janeiro-abril de 2017.



LAURINDO, Marja Mangili. Neoconstitucionalismo e instrumentalização da lei no Brasil. **Captura crítica: direito, política, atualidade**, Florianópolis. v. 6. n. 1. 2017.

LEMKE, T. Marx sin comillas. Foucault, la Gubernamentalidad y la crítica del neoliberalismo. In: LEMKE, T. et al. **Marx y Foucault**. Buenos Aires, Nueva Visión, 2006. p. 5-20. (Col. Claves). p. 5.

LEMKE, Thomas. The birth of Bio-politics: Michel Foucault's Lecture at the Collège de France on Neo-Liberal Governmentality. **Economy and Society**, v. 30, n. 2, 2001

LEMOS, Walter Gustavo da Silva; BELLO, Enzo. BemViver e Comum: alternativas do constitucionalismo econômico latino-americano ao modelo capitalista de produtivismo extrativista. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 2, 2019. p. 158-184.

LIMA, Tatiana Cristina; DA CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves. O Conselho Nacional de Justiça e as Reformas do Poder Judiciário: aspectos da Tecnologia da Informação. In: ENCONTRO DA ANPAD, 35., 2011, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro, ANPAD, 2011.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13. n. 101. out. 2010/jan. 2012.

MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves; MELO, Bricio Luis Da Anunciacao. A constitucionalização do direito no sistema jurídico romano-germânico e a aproximação do sistema da common law em busca da segurança jurídica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017. **Anais [...]**. São Luís – MA, 2017. p. 29.

MENDES, Gilmar Feneira. **Controle de constitucionalidade**. Aspectos jurídicos e políticos. 1990.

MORAES, Marcos Vinicius Malheiros. Genealogia – Michel Foucault. In: **Enciclopédia de Antropologia**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2018. Disponível em: <http://ea.fflch.usp.br/conceito/genealogia-michel-foucault>.

MUNDIM, Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti; MOTTA, Ivan Dias da. Neoconstitucionalismo: a reinterpretção da constituição e o ativismo judicial. In: CONPEDI/ UFG / PPGDP (org.). NEVES, Cleuler Barbosa das; STURZA, Janaína Machado (coord.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 129

OLIVEIRA, Maria Angélica Albuquerque Moura de. Delimitações sobre o novo movimento constitucional na América Latina: Diferenças e aproximações em relação ao neoconstitucionalismo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015. **Anais [...]**. 2015. p.81.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2019,

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmico, 1988.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 273.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **Constitucionalismo garantista y democracia**. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n.22, p. 31.-65, jul/dez.2003.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Os paradoxos da argumentação jurídica no marco do neoconstitucionalismo democrático. **Revista Direito e Liberdade – RDI – ESMARN**, v. 20, n. 1.p. 239-264, jan./abr. 2018.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Emenda Constitucional nº 45: da crise à legitimidade democrática do judiciário**. 2010. Dissertação (Mestrado). Fortaleza. 2010.

RODRIGUEZ, Manuel Atienza. Mejor abandonarnos el neoconstitucionalismo (com comillas o sin ellas). **Revista i-latina**, p.1-8, 2019.

ROSANVALLON, P. La justice, nouvelle scène de notre démocratie. (Libération,1995). In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Instituto Piaget, 1996/1995. p. 43.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, 2015. p. 715..

ROSE, Nikolas. **Inventing our Selves: Psychology, Power, and Personhood**. Cambridge University Press; Revised, 1998.

ROUGIER, Louis, **Les mystiques économiques**, Librairie de Médicis,1938.

SAAD FILHO, Alfredo, MORAIS, Lecio. **Brasil: neoliberalismo versus democracia**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 24.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo e Positivismo**. Espanha: 2016.

SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. p. 35.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. [s.l.; s.d.].

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SENA, Gabriel Astoni. A reforma do Poder Judiciário no Brasil: análise a partir das metas do Conselho Nacional de Justiça. In: ENCONTRO DO ANPAD, 36., 2012. **Anais** [...] Rio de Janeiro. 2012.

SENNET, Richard. **Le travail sans qualité: les conséquences humaines de la flexibilité**. Trad. Pierre-Emmanuel Dauzar, Paris, Albin, Michel, 2000. [Ed. bras.: *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*, trad. Marcos Santarrita, 15. ed. Rio de Janeiro, Record. 2010]

SICSÚ, João, DE PAULA, Luiz F.; MICHEL, Renaut (org.). **Novo-desenvolvimentismo, um projeto nacional de crescimento com equidade social**. São Paulo; Rio de Janeiro: Manole; Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SILVA, Matheus Teixeira. O tribunal constitucional como legislador positivo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017. **Anais** [...] São Luís – MA, 2017. p. 225.

SIMONIN, Laurence. “Ordolibéralisme et intégration économique européenne”. **Revue d’Allemagne et des Pays de Langue Allemande**, v. 33, n.1, 2001. p. 66.

SOUZA, Paulo. **Considerações acerca da prisão do Senador da República Delcídio Amaral, à luz do ordenamento jurídico vigente e dos Princípios Republicanos**. 2016. p. 1 Disponível em: <https://oluapazuos.jusbrasil.com.br/artigos/266805801/consideracoes-acerca-da-prisao-do-senador-da-republica-delcidio-amaral-a-luz-do-ordenamento-juridico-vigente-e-dos-principios-republicanos>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. **Revista de Direito do Estado**, v. 1 p. 89-104. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. UNISINOS. 2012a.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. 2012b. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 08 mar. 21.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas à corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 226.

STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. 2015.

TARTUCE, Flávio. Técnica de ponderação no Novo CPC, debate com o Professor Lênio Streck. **Jornal Carta Forense**, 2016. p. 1. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilica. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 1. (nota 19) (E-book).

VAILATTI, Diogo Basílio. Compreendendo a livre iniciativa com base no neoconstitucionalismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: CONPEDI, 2016. p. 62.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 257.

VON MISES, Ludwig. **L’action humaine: traite d’économie**. Trad. Raoul Audouin, Paris: PUF, 1985. p. 297. [Ed. bras.: **A ação humana: um tratado de economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.]

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Constitucionalismo Latino-americano e Estado Plurinacional**. 2019. p. 1. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/09/03/constitucionalismo-latino-americano-e-estado-plurinacional>. Acesso em: 20 fev. 2021.