

REFLEXÃO PRELIMINAR SOBRE A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO NO DIREITO

Tarso Genro

I

Perguntado sobre como construir uma história Simenon deu uma resposta definitiva, cujo conceito implícito retira o homem do espaço da naturalidade e joga-o no mundo da socialidade. Diz Simenon: "Tendo um determinado homem, uma determinada mulher, em determinados ambientes. Que lhes poderá acontecer, que os obrigue a chegar até aos seus limites?"¹ Que lhes poderá acontecer - é o que, na verdade, diz Simenon - para que os meus personagens violem as normas e se expressem, então, na sua trágica ou grandiosa humanidade, cujo regramento tanto acelera o vício como pode construir a virtude.

Não é essa a verdadeira questão do Direito? Talvez Simenon, sem o saber, tenha dito mais sobre a relação Direito x Sociedade do que dezenas de aulas de "Introdução", que constituem a base da formação das novas gerações de estudantes. O Direito moderno, todo, diz o que *não deverá acontecer*, para que a sociedade "aconteça" com mínima previsibilidade e estabilidade.

A norma é uma configuração ideal de limites. Ela é uma vontade organizada do sujeito contra a previsibilidade da natureza. Se os limites que ela institui devem ou não ser obedecidos, devem ou não ser revitalizados ou dissolvidos, é uma questão política e ética. É portanto uma questão da Filosofia do Direito. Afinal, o Direito como conjunto de prescrições, cuja síntese diz os limites configurados pela ética e pela política numa sociedade na História, não se desvincula do sujeito que pensa sobre ele e o produz.

¹ SIMENON, Georges. In: COWLEY, Malcom (org.). *Escritores em ação: as famosas entrevistas à Paris Review*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 11.

Permitam-me iniciar uma reflexão sobre "Direito e neoliberalismo" invocando um autor fora de moda, Georg Lukács, que inspirado em outro ainda mais fora de moda (Karl Marx), estabeleceu uma diferença fundamental entre o espaço da natureza e o mundo da sociedade. Essa diferença parece extremamente pertinente para pensar a crise do Direito e do Estado, nesta época de barbárie do capitalismo informatizado e hiperexcludente.

Nos seus argumentos contra Feuerbach, Marx sustentou que no mundo da natureza orgânica certas espécies aparecem, mas são espécies "silenciosas". O leão individual pertence à espécie leão, mas o leão individual não sabe disso. Sem ter consciência disso ele serve à sua espécie e a representa. Com previsibilidade e silenciosamente. Sua relação com o ambiente natural e com a sua própria espécie é instintiva e a "regulação" ou "ilegalidade" que o orienta é puramente biológica, jamais construída por meio de opções em que ele escolheria entre duas ou mais possibilidades.

Constrastante com isso, porém, o homem (mesmo aquele que pertence ao tipo de sociedade mais rudimentar) é consciente da sua particularidade. Ele integra determinado grupo, cujas relações internas e dos próprios integrantes do grupo com toda a exterioridade, exigem escolhas, das quais derivam a sua socialidade. Esse fato eleva o homem acima do "silêncio" puramente biológico. Determina o surgimento de "uma dialética singular entre as demandas da espécie em contraposição ao indivíduo, as responsabilidades do indivíduo diante da espécie e o impacto dos dois, tanto sobre a espécie, quanto sobre o indivíduo"².

Se nos fosse permitida uma abstração ainda mais radical quem sabe pudéssemos dizer, com capacidade de defender o conceito, o seguinte: a história do homem, desde a sua separação da natureza (impulsionado pela sua consciência de si) é a história de uma luta para afastar-se crescentemente da "armadilha" natural do "silêncio". Aquele "silêncio" sempre retirado nas relações que são puramente naturais, que são desafiadas pelo homem, cuja "práxis" também é a apropriação da sua própria exterioridade.

A trajetória histórica do homem, por essa diferença essencial, estaria assim direcionada "para ver a sua plena realização individual nos deveres

² LUKÁCS, Georg. As crises gêmeas. In: SADER, Emir (org.). *Vozes dos séculos*: entrevistas da New Left Review. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1997. p. 89.

inerentes à aceitação do seu lugar como membro da espécie"³. Sua história, essa forma, também configura-se como a história da produção de regulações conscientes das suas diversas formas de socialidade, construindo sucessivos patamares de diferenciação da natureza.

No direito da sociedade moderna o ponto mais luminoso desse movimento, no Direito, talvez tenha sido as elaborações de Kelsen. Sua presença, aliás, na História do Direito, como de resto já mostrou Oscar Correias⁴, está longe de ser esgotada. Para Kelsen, defensor de um Estado de extração kantiana⁵, o ato consciente de "separação" da norma (como regulação) das mutações sociais, é o supremo ato de "ordenar" juridicamente por meio desta capacidade de orientar a ordem, a regra presumidamente "neutra" configura-se como ordem jurídica e civiliza a especificidade dos humanos que estão em disputa ou cooperação.

Como parte essencial da história do discurso jurídico o pensamento de Kelsen é a suprema dignidade do "não-silêncio". Daquela decisão do homem que pela "fala", pela "palavra" que faz a norma, produz uma regulação infinitamente superior à legalidade natural e assim torna-se pretensamente vitorioso sobre a própria História, porque é capaz de ordenar o seu movimento bruto sem "degradar-se" nele.

Para Kelsen, a busca metodológica sincera da "neutralidade", mediante uma Teoria Pura do Direito, "purificada de toda a ideologia e de toda política", é um esforço iluminista tardio. Mas é um esforço que busca retirar o Estado e sua legalidade da espontaneidade da força dos "instintos" e do jogo das forças sociais: jogo que privatiza o Estado, quando subjugado pela força econômica dos monopólios (no capitalismo), ou sujeita-o também a interesses privados, pela força do partido único e da burocracia, nas conhecidas experiências do socialismo real.

A atual crise do Direito e do Estado nos obriga a valorizar o esforço "neutralizante" de Kelsen. Mormente se chegarmos à conclusão que a tese

³ *Id.* *Ibid.*

⁴ CORREAS, Georg. As crises gêmeas. In: SADER, Emir (org.). *Vozes do século*: entrevistas da New Left Review. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1997. p. 89.

⁵ CERRONI, Umberto. Hacia un nuevo pensamiento político. In: *Socialismo, liberalismo, socialismo liberal*. Venezuela : Nueva Sociedad, 1993. p. 147.

da extinção do Estado (como referência utópica capaz de produzir uma dialética negativa do seu caráter opressivo e comprometido) não elimina a sua necessidade prática, logo, a sua presumida permanência histórica. Vejamos como se defende Kelsen⁶:

“Se sempre tem sido os detentores do poder, segundo a ordem estatal vigente, que tem se oposto a todo intento de modificar esta ordem, esgrimindo argumentos extraídos da essência do Estado, e que tem declarado como absoluto, esse fruto contingente da história (que é o conteúdo da ordem estatal) porque ele estava de acordo com seus interesses, esta teoria, em troca, que declara o Estado como ordem jurídica cujo conteúdo é variável segundo os casos e sempre suscetível de ser modificado [Grifei. T. G.], esta teoria, que portanto não deixa ao Estado mais que o critério formal de suprema ordem coativa, [esta teoria] descarta um dos obstáculos políticos mais poderosos que em todas as épocas tem servido para tratar qualquer reforma do Estado em benefício dos governados [Grifei. T. G.]. Mas é precisamente por isto que esta teoria se revela como teoria pura do Direito, pois somente arruina a abusiva utilização política de uma pseudoteoria do Estado [Grifei. T. G.]”

A impossibilidade da pureza “neutra” do ordenamento, que é defendida pela filosofia de Kelsen, faz emergir duas questões metodológicas que são aparentemente contraditórias, mas que também revelam uma potência democratizante da presumida “neutralidade”. A primeira delas é a cogitação se o esforço teórico, que enseja a Teoria Pura, tensiona no sentido de “separar” Estado e sociedade, ou seja, se o esforço da neutralidade não é um esforço que verdadeiramente orienta o Estado para torná-lo mais aberto aos socialmente mais fracos. A segunda questão é se essa pretensa “pureza” do Estado e do Direito, em relação a toda a ideologia e a toda a política, não ajuda também a esconder a “falsa neutralidade política do intérprete”. E aqui vale a advertência de Eros Grau:

“O objeto desta ciência é dissociado da realidade social e sujeito exclusivamente a uma valoração estética, algo completamente diverso

⁶ KELSEN, Hans. Dios y estado. Apud CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas*. México : Coyoacán, 1994. p. 104.

daquilo que torna realmente efetivo o direito e daquilo que o direito é: uma instância da realidade social. A neutralidade política do intérprete existe somente nos livros e no discurso jurídico.”⁷

Mas parece que podemos ir adiante, pois o Estado, tal qual foi constituído pelos modernos, nunca dispôs de mecanismos institucionais para “igualar os desiguais” nem para compensar os “fatores reais de poder”, que constrem as suas instituições formalmente neutras, através das quais inclusive as suas normas “neutras” operam. Hoje, essas instituições do Estado, vencidas por um mundo pautado pela terceira revolução científico-tecnológica e pela globalização econômica, são objetivamente paralisantes: paralisam o movimento de defesa dos “de baixo”, ou seja, da cidadania que precisa de um Estado forte e ágil, para proteger-se dos superpoderes reais do capital monopolista, que avança a sua regulação em todas as direções; e paralisam também - contraditoriamente - outro movimento, o de avanço dos “de cima” (ou seja, desse mesmo grande capital) que diz precisar de menos instituições (públicas) e menos “direitos” (públicos), para impor crescentemente seus regramentos privados.

Isso ocorre seguramente porque há dois séculos que não criamos nenhuma instituição democrática⁸. As instituições fundamentais do Estado são praticamente as mesmas de duzentos anos atrás. Enquanto isso, as transformações que se operaram na técnica, na ciência e na própria economia mundial construíram um mundo cujas bases materiais se voltam tanto contra os valores da modernidade, tornando cada vez mais inócuas as tradicionais instituições do estado, como se voltam contra a realização prática dos direitos fundamentais, cada vez mais distantes da cotidianidade do homem comum.

II

As disfunções do Estado Moderno, que afogam a vida coletiva, destroem o “sentido” do público e anulam a crença na vida democrática

⁷ GRAU, Eros Roberto. *La doppia destrutturazione del Diritto: una teoria brasiliana sull' interpretazione*. Milano : Unicopli, 1996. p. 92.

⁸ PRZEWORSKI, Adam. (Entrevista). *Revista Veja*. Editora Abril, 18/10/95. p. 10.

(enquanto a própria maquinaria da terceira revolução científico-tecnológica instiga o individualismo e a solidão). Essas disfunções ajudam a desvincular os homens das formas de solidariedade mínima que emprestaram certa coerência aos atuais padrões civilizatórios e ao próprio Estado Moderno.

As velhas fontes de regulação, que antes eram identificadas com o Estado, alienaram-se de forma radical da vida prática e passaram a ser pautadas, não mais pela produção da legalidade através de instituições visíveis, mas pela "mão invisível do mercado", subordinado diretamente ao capital financeiro volatizado.

Escrevi em outro ensaio⁹ que no período imperialista clássico os Direitos dos respectivos países mantinham relações de exterioridade. O poder imperial ou se configurava pela adaptação bruta do direito interno às necessidades do país dominante (pelos golpes militares), ou pela autoridade de fato (proveniente da ocupação territorial), para adaptar (em qualquer dos casos pela força) a ordem jurídica interna às necessidades do desenvolvimento das potências imperiais.

Hoje, o "novo colonialismo" - a classificação é da revista *Newsweek* (1/8/94) - pode efetivamente legislar "de fora" e exigir, mediante sucessivas imposições econômicas, o ajustamento do direito interno às necessidades do capital financeiro transaccional, sob pena de asfixia política e econômica do "país-alvo"¹⁰.

Todas as etapas desse processo têm necessidades normativas próprias, que exigem alterações na própria Constituição. São elas:

"a primeira, consagrada à estabilização macroeconômica, tendo como prioridade absoluta um superávit fiscal primário, envolvendo, invariavelmente, a revisão das relações fiscais intergovernamentais e reestruturação dos sistemas de previdência pública; a segunda, dedicada ao que o Banco Mundial vem chamando de 'reformas estruturais', quer seja, a liberalização financeira e comercial, desregulação dos mercados e privatização de empresas estatais; e, a terceira etapa, definida como a da retomada dos investimentos e do crescimento econômico."¹¹

⁹ GENRO, Tarso. Direito e globalização. *Journal do Comércio*. 12/12/96. p. 26.

¹⁰ FIORI, José Luís. *Em busca do dissenso perdido*. Ed. Insight. p. 234.

¹¹ *Id.* *Ibid.*

A adaptação normativa que está em curso (e responde a essas fases) é um processo, ao mesmo tempo, planejado e espontâneo. Espontâneo, no sentido de que o Direito em elaboração não parte de modelos ideais, cujas realizações passem a ser determinadas pela norma. Ou seja, a carga normativa possível de ser implementada pelo Estado não desenha qualquer "utopia", qualquer futuro pensado, não pretende, como em todo o direito iluminista, afirmar na prática ideais democráticos, dar racionalidade à aproximação a esses ideais, realizá-los da melhor forma possível, conciliando, por meio da resolução de sucessivos conflitos, o Direito Público e o Direito Privado.

O processo atual funde no Direito Público o interesse universal da reprodução do capital financeiro (interesses privados ultra-restritos) em nome da humanidade.

"A sociedade toda se move neste sentido como que hipnotizada pelo consumo improvável, alimentada pela mídia subordinada, fetichizada por uma competição em que não se sabe quem é o adversário, mas que nos espreita e nos estimula.

Em última instância, o processo em curso trata, na verdade, de substituir o planejamento público, que necessariamente carrega as próprias contradições e tensões do jogo democrático - ainda mais complexo pela fragmentação social já mencionada - pelo planejamento racional de longo curso - 'espaço para planejamento a longo prazo', como dizia Schumpeter - que necessita reduzir a força normativa da constituição, para sujeitar a sociedade às necessidades do novo ciclo de acumulação ensejado pela terceira revolução científico-tecnológica."¹²

Trata-se de um constitucionalismo aberto "para fragmentação da sociedade, pressupondo a inexistência de critérios universalistas para a regulação da esfera pública."¹³

¹² ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. Editora UNESP, 1996. p. 338.

¹³ NEVES, Marcelo. Teoria do Direito na modernidade tardia. In: *Direito e democracia: entrevistas a Katie Arguello*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, Editora Obra Jurídica, 1996. p. 111.

III

Quando aquele personagem de Joyce, no seu magnífico conto, "Os Mortos", termina a sua narrativa dizendo que

"nevava sobre toda a Irlanda. Caía neve por toda a sombria planície central, nas montanhas desprovidas de árvores, nevava com brandura sobre o Bog of Allen e, mais para o oeste, nevava delicadamente sobre as ondas escuras e rebeldes de Shannon."¹⁴

Ele impregna - platonicamente - toda a paisagem do seu país de uma brancura melancólica, que envolve na verdade a sua alma. Com isso Joyce faz o que só o ser humano é capaz de fazer: "subjetiva" a História. Ao integrar na paisagem da Irlanda, pela literatura, o corte da sua tristeza e desesperança, submete o espaço, a geografia, o clima à sua alma melancólica. Impõe para si, por meio da arte, uma "regulação" entre a consciência e a objetividade, que confronta com toda a naturalidade. Não foi gratuitamente que Lenin dizia que preferia um idealista inteligente a um materialista burro.

Essa melancolia e a desesperança de estar no mundo, que pode ser contínua ou intermitente, como situação de desconforto ou infelicidade, é também uma base constitutiva da interação da consciência com o mundo prático. Mas, por meio da "violência" sobre a naturalidade - violência aqui usada no sentido de violação de várias séries de legalidades naturais - o homem impõe regras sobre a exterioridade e o concreto humano passa a ser o concreto pensado. Não mais um mundo material inerte deixado à sua própria sorte. A arte e o Direito, aliás, são subjetivações superiores, por meio das quais o homem promove a autoconsciência do gênero para libertar-se, mas também para ordenar suas repressões internas ou externas e seguramente também para constituir realidades exteriores acima da natureza silenciosa, que é simplesmente a natureza sem o homem.

Tomemos um fato da vida cotidiana: as "culpabilidades" e os "usos recíprocos que se cruzam entre hegemônicos e subalternos"¹⁵. É redundante dizer que a sociedade de classes não funcionaria sem um permanente

¹⁴ JOYCE, James. *Dublinenses*. São Paulo : Siciliano, 1993. Os mortos, p. 221.

¹⁵ CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro : Editora UFRJ, 1996. p. 231.

processo de relegitimação das desigualdades e das hierarquias que lhe são inerentes. E também que essa relegitimação só é possível com a *ativa e consciente* colaboração dos desiguais. Essa consciência, porém, é uma consciência "regulada", de forma não consciente pelos indivíduos, mediante sucessivos patamares de normatização. Eles vão das normas espontâneas, que regulam a vida familiar e social, até as leis e a Constituição do Estado.

É preciso ir mais a fundo: essa inconsciência, na verdade, é uma inconsciência dos indivíduos tomados como unidade fragmentária da vida comum, não uma inconsciência da sociedade enquanto totalidade social organicamente constituída. A Constituição, segundo a correlação de forças na disputa política (que implica um grau de consciência social da nação em questão), a Constituição poderia ser esta como poderia ser outra. As formas de *controle e reprodução social* poderiam ser diversas, segundo a disposição das normas que orientam o funcionamento do Estado, que regulam os seus poderes e que viabilizam um sistema por meio do qual os direitos se exercitam, com maior ou menor eficácia.

Mas o conjunto de regulações existentes numa sociedade determinada não pressupõe necessariamente uma macro-regulação estrutural da humanidade que tenha a mesma natureza. O próprio *descontrole das relações universais* é um dos elementos constitutivos das regulações internas, ou seja, é necessário que haja *ausência de um controle humano racional sobre o mundo*, para que - por isso - o *controle do capital possa ser trasfigurado em ordem jurídica interna "consciente" das nações*. Por essa conversão permite-se que a *única previsibilidade possível*, seja a previsibilidade dos interesses do capital.

Na verdade,

"o mundo em que vivemos não está sujeito ao rígido controle humano - que é a essência das ambições da esquerda e, poder-se-ia dizer, o pesadelo da direita. Quase ao contrário, é um mundo de perturbação e incerteza, um 'mundo descontrolado'. E, o que é perturbador: aquilo que deveria criar uma certeza cada vez maior - o avanço do conhecimento humano e a 'intervenção controlada' na sociedade e na natureza - está na verdade envolvido com essa imprevisibilidade."¹⁶

¹⁶ GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical*. São Paulo : Editora Unesp, 1996. p. 11.

As relações do Direito com o neoliberalismo não podem ser vistas fora dessa ambigüidade, que hoje ordena as relações internacionais: ou seja, um *descontrole humano* da regulação dessas relações, subjugado por um controle "mercantil" do conjunto das relações humanas, que exigem *intencionalmente, em cada país, um Direito que capitule perante essa objetividade.*

Isso não implica necessariamente *menos leis* ou mesmo *menos direitos*. Lembro aqui o descrito por Calligaris¹⁷:

"o legalismo da sociedade norte-americana contemporânea tem também esta explicação: ele confirma que as relações sociais não são mais conflitos de significações ou um diálogo de valores, mas uma rede de danos e indenizações concretas, reais."

Ora,

"a primeira exigência de um sistema de direito [verdadeiramente democrático. T. G.] é indicar aqueles que terão a palavra: os sujeitos do direito. Trata-se, em si, de um ato de poder que passa pelo estabelecimento de categorias e que designa os eleitos e os reprovados. Inicialmente reservado ao clube dos ocidentais, o direito internacional durante muito tempo excluiu uma parte importante dos povos do mundo, postos na situação de dependência colonial ou sob tutela."¹⁸

À tutela colonial, que não permitia a emergência de novos sujeitos no Direito Internacional Público, sucede a tutela "globalitária" - globalização e totalitarismo econômico - que constitui, hoje, a nova ordem mundial. Uma ordem que constrija o direito interno e subordina os projetos nacionais possíveis - de integração cooperativa e soberana - afirmando os diversos projetos tutelares dos países ricos, *cujas desregulação universal impele a integração submissa, regradada e politicamente uniforme.*

¹⁷ CALLIGARIS, Contardo. *Crônicas do individualismo cotidiano*. São Paulo: Ática, 1996. p. 27.

¹⁸ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *A ingerência contra o Direito*. In: RAMONET, Ignácio, GRESH, Alain (orgs.). *A desordem das nações*. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 27.

Ao pensar o Direito e a sua Filosofia na ordem "globalitária", "moderna e excludente"¹⁹ - como bem diz Arruda Jr., com quem compartilho a sedução de unir Marx e Bobbio - devemos pensar na *democratização radical do Estado*, única forma de retirá-lo da submissão e da cogência da "externalidade" do capital volátil. Nosso projeto deve se submeter o Estado à sociedade por meio de formas diretas de participação voluntária combinadas com a representação política tradicional. Desenhar outras novas formas institucionais, para um Estado que substancialmente não muda há duzentos anos, é a suprema tarefa do jurista, democrático e humanista, nos dias trágicos que o neoliberalismo nos impõe, até agora impunemente.

¹⁹ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Racionalidade jurídica: direito e democracia. In: *Direito e democracia: entrevistas a Katie Arguello*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, Ed. Obra Jurídica, 1996. p. 45.