

O ATIVISMO JURÍDICO COMO ESTRATÉGIA DA RAZÃO NEOLIBERAL NO BRASIL*

LEGAL ACTIVISM AS A STRATEGY OF REASON NEOLIBERAL IN BRAZIL

João da Cruz Gonçalves Neto**

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar um quadro conceitual genérico da recepção da razão neoliberal global no Brasil, tal como a postulam Wendy Brown, Dardot e Laval, por meio de uma de suas estratégias decisivas, o ativismo jurídico. Esse ativismo, presente em todo o período do governo do Partido dos Trabalhadores, por não estar ancorado nos pressupostos necessários ao seu sucesso, a saber, instituições políticas e jurídicas sólidas e uma cultura democrática razoavelmente estabelecida, conduziu o país como estratégia decisiva, ao populismo autoritário de direita, mantendo e reforçando a velha estrutura de dominação oligárquica local e antimoderna, em sintonia com a ultramoderna oligarquia global, e também neofeudal, como a define Streeck, ao pretender promover uma reforma moral da política.

Palavras-chave: neoliberalismo; populismo autoritário; ativismo jurídico; reforma moral.

Abstract: The objective of this article is to present a generic conceptual framework for the reception of global neoliberal reason in Brazil, as postulated by Wendy Brown, Dardot e Laval, through one of its strategies, legal activism. This activism, present throughout the entire period of the Workers' Party government, for not anchored in the assumptions necessary for its success, namely, solid political and legal institutions and a reasonably established democratic culture, led the country to right-wing authoritarian populism, maintaining and reinforcing the old structure of local and anti-modern oligarchic domination, in tune with the ultramodern global oligarchy, as well as neofeudal, as Streeck defines it, in seeking to promote a moral reform of politics.

Key-words: neoliberalism; authoritarian populism; judicial activism; moral reform.

1. INTRODUÇÃO

Depois de vinte anos de governo ditatorial militar, que comandou o país de 1964 a 1985, parte do povo brasileiro festejou o retorno de eleições diretas, seguido do

* Artigo elaborado a partir de pesquisa financiada pelo Edital Universal FAPEG 07/2014.

** Graduado em filosofia e direito pela UFG; mestre em filosofia pela UFG; doutor em filosofia pela PUCRS; pós-doutor em direito pela UFSC. Professor de filosofia jurídica na faculdade de direito da UFG; coordenador no Núcleo de direitos humanos da UFG. Contato: dellacroce@dellacroce.pro.br.

que pareceu ser uma transição a uma democracia apenas condicional, uma vez que não houve resistência popular capaz de depor e condenar institucionalmente o regime de exceção anterior. A Lei nº 6683/79, a chamada Lei da Anistia, que inaugurou o período de redemocratização no Brasil, igualou em força e legitimidade os agentes do regime e seus opositores, perdendo as centenas de assassinatos e sessões de sadismo pessoais cometidos em nome da estabilidade política e da luta contra o “comunismo”, sem que ainda hoje houvesse sido realizada uma efetiva justiça de transição¹.

A Constituição Federal de 1988, nascida de um espírito renovador e otimista, projetava enormes expectativas quanto à realização dos ideais políticos ocidentais, como a concretização do Estado de Direito, da democracia, do liberalismo, das liberdades individuais, dos direitos humanos, da função social da propriedade, tendo como arquitetura política matriz a do Estado de bem-estar social europeu do pós-guerra. Este Estado foi pensado como um distribuidor de justiça social, assumindo as necessidades mais básicas e essenciais para a construção de uma sociedade minimamente saudável como um dever político a ser prestado ao povo (como saúde e educação universais e gratuitas), tendo como contraparte um modelo de cidadão politicamente concebido e munido de direitos que o imunizaria dos cálculos utilitários do mercado, sendo assumido, portanto, que bem mais que um simples consumidor.

Ocorre que a “Constituição cidadã” já nasceu para uma realidade bastante adversa, tanto no plano político internacional, quanto no plano cultural interno. Como um pequeno barco que rema tenazmente contra o forte fluxo do rio, os ideais democráticos e de fortalecimento institucional não resistiriam à intensa corrente neoliberal, ameaçando com ritmos e ondas racionalizantes próprias os idiossincráticos desejos de autonomia nacional e de protagonismo político no palco global, estes logo submersos por um imenso poder mundializado que se usaria das formas econômicas para nos afastar para ainda mais longe dos ideais modernos, tanto quanto das formas descolonizadas de ver possibilidades próprias para nosso futuro como coletividade plural. Com mais ou menos gravidade e violência, o povo brasileiro partilha dessas condições com a maior parte dos povos do mundo hoje.

No plano nacional, todavia, há particularidades culturais, econômicas e políticas que podem nos distinguir das experiências de outros países, embora partilhando problemas sociais muito semelhantes, em especial com os povos da América Latina. Quando pensamos que um dos maiores ideais políticos a realizar pelo nosso e por outros

povos é o da implementação das condições necessárias a uma racionalidade política democrática e descolonizada, capaz de compor as opções ideológicas e programáticas em torno de objetivos e ações comuns, vemos que esse ideal encontrou resistências internas profundas a se efetivar, por vários motivos.

174

Temos no país, sobretudo, “[...] relações políticas extremamente atrasadas, como as do clientelismo e da dominação tradicional de base patrimonial, do oligarquismo” (MARTINS, 1999, p. 13). No Brasil o atraso político, econômico e educacional é um instrumento de poder. De acordo com Martins, todas as lutas sociais desde a Segunda Guerra Mundial tiveram resultados opostos aos pretendidos e as mudanças foram concessões das elites e não frutos de confrontos estruturais, o que singulariza a nossa sociedade, sendo “[...] os setores modernos na economia e na sociedade que recriam e criam relações sociais arcaicas ou atrasadas” (MARTINS, 1999, p.30). Por um instante em nossa história, durante o governo do Partido dos Trabalhadores, pensamos que aquilo que parecia um determinismo histórico estava prestes a mudar (e sem revolução!). O instante seguinte, desde 2016, com o por muitos chamado “Golpe Judicial” ou “Parlamentada”, fez-nos voltar à temporalidade fantástica dos contos de Borges, com a aplicação de um programa de reformas estruturais com pouca resistência popular, incidindo sobre os índices socioeconômicos já bastante precários.

Se a dominação tradicional de base patrimonial é uma de nossas principais características, outra possível particularidade nacional é a do ódio ao pobre como uma continuidade da formação estrutural brasileira, oriunda da escravidão e da violenta dominação colonizante. De acordo com Jessé de Souza (SOUZA, 2017), hoje, quinhentos anos depois de sua fundação, o pobre vive no Brasil como um escravo vivia no passado e é assim mantido pelas relações sociais naturalizadas, de *apartheid* mantido quase incólume pela história, no interior de ideais e velado por vanguardas econômicas e tecnológicas modernas. Isso tudo fazendo com que o Brasil seja um país verdadeiramente do século XVIII, com seu povo comendo sanduíches McDonald’s e bebendo Coca-Cola, no terrível diagnóstico dado por MARTINS (1999).

A confluência entre aquelas condições externas (o domínio de uma tecnocracia neoliberal oligárquica em nível global, com o forte imaginário moral do culto ao vencedor), com as peculiaridades internas (o oligarquismo, o escravismo e a mente culturalmente colonizada, com o ostensivo ódio ao perdedor e um orgulho desesperado), tem conduzido o país a um regime político e cultural próximo ao que Stuart Hall chamou

de populismo autoritário². Esse populismo autoritário, veículo de ataque aos ideais políticos modernos e manifestação reativa das direitas de diversos matizes, encontrou amparo jurídico entre nós. Juízes, promotores e agentes de polícia encarnaram no Brasil recente a expressão moral e institucional de nossas características culturais mais íntimas, como se fossem veículos de um senso de justiça social e de uma intencionalidade jurídica emancipada da política, sem que, em geral, se vissem como instrumentos de uma historicidade lenta e de um confuso palco político cuja racionalidade necessária à ação política democrática é mais uma vez postergada para um tempo ainda mais distante.

O objetivo deste artigo é apresentar, em caráter exemplificativo e genérico, como esse “neofeudalismo oligárquico global” (STREECK, 2017), tem correspondido no Brasil a um enfraquecimento da sempre incerta democracia e ao fomento de um populismo autoritário de direita, facilitado estrategicamente pela mobilização jurídico-interpretativa e principalmente por certo ativismo judicial, utilizado como estratégia para remover a última tênue barreira à completa ortodoxia econômica assim como à qualquer aspiração popular a se sentir governo.

Por ativismo jurídico entendemos a ação dos órgãos de controle social por meio da normatividade legal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias etc) com vistas a algum fim político ou moral, atribuindo novos sentidos interpretativos à lei e práticas administrativas heterodoxas. De acordo com o que vimos no Brasil, ele se desenvolve num contexto político tenso e de instabilidade o qual ajudou a agravar, age mediante um concerto de ações de diversos órgãos espelhados nas manchetes dos jornais e em função de um inimigo comum (um inimigo moral: a derrota da corrupção). Uma de suas formas é o ativismo judicial.

2. AS CONDIÇÕES GLOBAIS: O ATAQUE NEOLIBERAL À DEMOCRACIA

Numa resenha sobre a obra de Gareth Dale, “*Karl Polanyi: A Life on the Left*”, Robert Kuttner afirma que a história deu razão a Polanyi, quando este afirmou que um “mercado livre sem regras é que leva a uma ruptura com a democracia”, e não a Hayek, em sua muito celebrada obra *The Road to Serfdom*, quando afirmou que “os esforços bem-intencionados do Estado para controlar os mercados acabariam em despotismo” (KUTTNER, 2018). Isso porque jamais se viu o fascismo emergir da social democracia, mas sim dos mercados autorregulados. Para Polanyi, as condições estruturais do fascismo

coincidem com as mesmas orientações do liberalismo clássico do século XIX, a saber, o do “livre comércio”, a de que o trabalho deve encontrar seu preço no mercado e do padrão ouro – substituído pelas atuais políticas de austeridade (idem), pilares idênticos aos empregados pela chamada revolução neoliberal³. Assim postula o próprio Polanyi:

O planejamento, a regulação e o controle, que eles (os liberais) queriam ver banidos como riscos à liberdade, foram empregados pelos inimigos confessos da liberdade para aboli-la totalmente. Entretanto, a vitória do fascismo tornou-se praticamente inevitável pela obstrução dos liberais a qualquer reforma que envolvesse o planejamento, a regulação e o controle. A total frustração da liberdade no fascismo é, com efeito, o resultado inevitável da filosofia liberal. (POLANYI, 2000, p.298).

A análise de vários contemporâneos parece confirmar a tendência indicada por este autor: a de que uma economia refratária ao controle correspondeu a um forte enfraquecimento da democracia, conduzindo a regimes fechados.

Wolfgang Merkel, em importante ensaio⁴, demonstra que entre os vários tipos de capitalismo e a democracia, o forte antagonismo em nossa época se dará entre esta e o capitalismo neoliberal. Merkel classifica os tipos de capitalismo em “de mercado liberal”, “organizado e incorporado” e o “neoliberal”⁵. Este último ocorre desde a década de 1970 em contraste agudo com o capitalismo keynesiano de bem-estar social, quando o conceito de capitalismo administrado de Keynes e a ideia de capitalismo socialmente arraigado de Polanyi foram substituídos pelas ideias de Hayek sobre o mercado como uma ordem espontânea e o apelo de Milton Friedman ao Estado mínimo, cuja interferência na economia deve ser restrita somente a pouco mais que uma modesta variação no suprimento de dinheiro. Esse novo capitalismo caracterizou-se, então, pela desregulamentação, privatização e desconstrução parcial do Estado de bem-estar. Com o aumento da globalização e do capitalismo financeiro internacional, aumentaram crescentemente as desigualdades socioeconômicas no interior de diferentes sociedades⁶ (MERKEL, 2014, p. 113).

Assumindo como referência o que chama de democracia arraigada⁷, o autor afirma que quanto maior for a “desnacionalização” da economia e das decisões políticas, maior a desigualdade socioeconômica, confrontando dois princípios fundamentais da democracia: o de que as decisões políticas só devem ser tomadas por quem foi legitimado por procedimentos constitucional-democráticos, e o princípio da igualdade política, que requer que os recursos socioeconômicos sejam distribuídos simetricamente (MERKEL, 2014, p.118).

Merkel argumenta sobre os efeitos deste capitalismo financeiro a partir de quatro teses, a saber: a de que o aumento da desigualdade socioeconômica e da pobreza aumenta também a desigualdade na participação política; que as eleições democráticas são incapazes de interromper o crescimento das desigualdades socioeconômicas; que em tempos de financeirização o Estado se torna mais vulnerável; e que a globalização política e econômica transfere a tomada de decisões políticas do parlamento para o Poder Executivo (2014). Pelo que conclui que, a despeito de afirmar que o capitalismo *per se* não seja incompatível com a democracia, o capitalismo financeiro sim. O fato de desde a década de 1970 os movimentos sociais centrarem-se mais nos temas culturais que econômicos, fez com que os problemas ligados às desigualdades socioeconômicas crescessem nas sombras. Caso não sejam adequadamente enfrentados, os problemas socioeconômicos conduzirão a democracia à oligarquia, formalmente legitimada por eleições (MERKEL, 2014, p.126).

Wolfgang Streeck, num diagnóstico mais duro que o de Merkel, afirma sem meias palavras que já vivemos numa “ditadura hayekiana de mercado” e que a menos que se construa uma muralha da China entre eles, a democracia e o capitalismo contemporâneo não são sequer possíveis, o que equivale a dizer que para que essa “compatibilidade” ocorresse, se deveria esterilizar o potencial redistributivo da política democrática enquanto se manteria a competição eleitoral para legitimar os resultados dos mercados livres protegidos da distorção igualitária (STREECK, 2017, p. 224).

Assim define Streeck a ditadura tecnocrático-autoritária de mercado:

[...] un regimen politico-economico, que delega las decisiones sobre la distribucion de las oportunidades de vida de la gente en el “libre juego” de las fuerzas del mercado o, lo que es lo mismo, las concentra en manos de organismos ejecutivos que supuestamente poseen el conocimiento tecnico necesario para organizar esos mercados de forma que funcionen de la mejor manera posible. Vacuada de la política distributiva, la democracia hayekiana queda libre para ocuparse de los intereses nacionales y de los conflictos internacionales, especialmente en los margenes exóticos del mundo capitalista, o de los espectáculos publicos, que ofrecen las rivalidades personales y las vidas privadas de dirigentes políticos (STREECK, 2017, p. 225).

Sugerindo uma relação menos mecânica entre democracia e capitalismo como a atribuída a Merkel, Streeck evidencia a necessidade de uma análise mais dialética e dilemática, para concluir também com aquele autor pela necessidade de mudanças profundas no regime político e econômico, mas enquanto aquele lança ao ar um apelo genérico, este é incrédulo sobre algum agente capaz, na atual conjuntura, de reconvocar

as lutas pelo bem público. Essa tarefa é tão simples quanto difícil: desglobalizar o capitalismo, reintegrar o capitalismo na democracia, e ainda assim sem que nenhum resultado possa ser de antemão garantido (STREECK, 2017, pp. 228-236)

Muitos autores e muitas obras convergem para conclusões semelhantes a essas: a de que já vivemos em um regime oligárquico, neofeudal, antidemocrático, que sustaram as instituições políticas modernas e seus ideais ainda a cumprir. Os caminhos para esse resultado também têm sido previstos com muita ênfase por autores de geração anterior como Herbert Marcuse, para quem o totalitarismo é inteiramente compatível com a democracia liberal, ou em nossos tempos; ou para contemporâneos como Zygmunt Bauman, para quem o próprio projeto moderno é congenitamente excludente; e ainda Dardot e Laval, entre muitos outros, para quem o neoliberalismo constitui mais que um modelo econômico, mas uma nova racionalidade, essencialmente não-democrática, tal como Wendy Brown. Muitos outros autores ainda atestam esse diagnóstico, de uma realidade que agora irrompe em suas consequências mais violentas em nossas vidas de forma acabada. É assim que postula Naomi Klein o que chama de “capitalismo de desastre” à grande estratégia corporativa global de se aproveitar ou propriamente fabricar tragédias coletivas para se implantar o modelo de privatizações, de acordo com a chamada “doutrina do choque e terror”, conduzida pelos autodenominados neoliberais e os neoconservadores⁸. No Brasil a crise política seria uma oportunidade (senão produzida exatamente para isso) para afastar a pequena resistência à implantação final do modelo político-econômico, como afirmou a empresários norte-americanos o então presidente Michel Temer em setembro de 2016, que Dilma Rousseff sofreu impedimento por se opor ao plano de governo do PMDB chamado “Ponte para o Futuro”, contendo as ações necessárias à implantação do plano para o mundo estabelecido pelos EUA⁹.

Na literatura econômica, todavia, é mais raro encontrarmos uma leitura política da economia, o que também ocorre na literatura jurídica quanto ao direito, cuja pretensão de cientificidade e busca de autonomia frente à política e à história tendem a reduzir a vida social à técnica mais do que descrevê-la e regulá-la. É essa ignorância de seu entorno que, na hipótese mais benevolente, pensamos ter o poder jurisdicional no Brasil perpetrado um golpe de Estado em nome da reforma moral pelo direito, sem levar em conta os efeitos socioeconômicos de suas ações, da frágil institucionalidade política estabelecida no país e das forças em disputa no palco global.

Muitas vezes críticos da ortodoxia econômica, ou jurídica (penso exemplificativamente aqui em Mark Blyth (2014), em nenhum momento de sua notável obra dá indícios de um projeto político absolutamente antidemocrático que usa a técnica e a racionalidade econômica como poder, como se o debate técnico fosse eminentemente neutro. Até que a crítica político-econômica amadureça, ao ponto de chegarmos todos com Dani Rodrik à conclusão de que o neoliberalismo é uma perversão da economia dominante, a realidade política e a vida das pessoas já foi alterada de maneira irreversível. Que um projeto antidemocrático desde o início tenha produzido (ou motivado) as razões econômicas e jurídicas que lhe espelham, encontrando um momento na história para se hegemonizar, é a hipótese que vemos como mais plausível num debate de oposições cotidianas e superficiais. No Brasil, o ativismo jurídico e sua justificativa moral foi a racionalização utilizada para destruir a meia resistência aos imperativos econômicos globais e aos interesses corporativos locais.

3. AS CONDIÇÕES INTERNAS: O ATAQUE OLIGÁRQUICO LOCAL À DEMOCRACIA

Se é certo que “[...] cualquier capitalismo merecedor de tal nombre, o de su dinero, esta necesariamente en movimiento y siempre desde dentro” (STREECK, 2017, p. 242), é igualmente correto que cada país fora do eixo dominante, além das determinações globais comuns, possui suas particularidades mais acentuadas na assimilação não apenas dos modelos econômicos impostos pelas instituições internacionais, mas também de suas distorções propositais de concepção e aplicação para acomodar interesses dominantes locais, características culturais e feições institucionais.

As orientações comuns à participação no mercado global, como a liberalização financeira, desregulamentação, privatização, consideração ideal do cidadão como um *homo aeconomicus*, o ser humano perfeitamente racional que procura maximizar o interesse próprio, austeridade fiscal (RODRIK, 2018), impõem-se violentamente a uma realidade social e cultural relutante e que reage de maneira não organizada, e mesmo inconsciente, a uma hegemonia global associada a um poder local em muita sintonia com seus propósitos.

O Brasil, como de resto os países pobres do mundo, possui muitos problemas que o distancia dos ideais que orientaram a modernidade mundial. Isso não é de forma alguma casual, uma vez que toda a América foi resultado do projeto moderno europeu,

criada para ficar à margem e mantida como uma reserva periférica, cuja população (ao sul) ainda não pode dispor da própria vida, não antes de servir a outros povos.

Essa distância dos ideais modernos, que continuam sendo referência para a participação na vida comum dos povos, se mostra entre nós de várias maneiras. Sem ter nenhum conflito organizado e deflagrado em torno de uma bandeira específica, seja ela racista, religiosa, nacionalista, econômica, ambiental, o Brasil experimenta conflitos profundos espelhados em seus índices sociais, num exemplo vivo de dilaceramento social impossibilitado de encontrar voz política e razão pública, estas afastadas pela pretensão da exclusiva e suficiente condução econômica e individual da vida. Esses são os índices:

De acordo com o Atlas da Violência de 2018¹⁰, o Brasil teve no ano de 2016 62.517 casos de assassinatos, um número 30 vezes maior que o de toda a Europa. Na última década 553 mil foram mortos por morte violenta, 153 pessoas por dia, uma pessoa a cada 10 minutos. Esse número equivale a quase 10% dos óbitos do país, e 56,5% das vítimas são de homens com idade entre 15 e 19 anos de idade; a imensa maioria de negros e pobres. Contando apenas com a informação sobre o fato da quebra da marca inédita de 60.000 homicídios no ano de 2016, conjecturo que a instabilidade política provocada pelo *impeachment* neste mesmo ano possui forte responsabilidade pelo índice, e que as atualizações mais recentes devem apontar para uma realidade ainda mais agonizante. Sem caminhos coletivos, institucionais, administrativos ou políticos a seguir, é pela moralidade ressentida e violenta que o sofrimento social se manifesta, no infeliz encontro entre os dissolvidos ou jamais estabelecidos pertencimentos culturais e o individualismo utilitarista.

Do outro lado dessa contabilidade sombria, temos sua contraparte institucional: 94% dos homicídios dolosos jamais foram ou serão punidos, por pura incapacidade de o Estado cumprir a sua função jurisdicional¹¹, reforçando a percepção de anomia e de um estado pré-societário agravado pelo fato de parecer ter efetivamente um Estado condutor da razão pública, num algo confuso e implausível como uma anarquia estabelecida no interior de uma ditadura. Essa ditadura também não declarada, se não funciona para concertar o esforço coletivo em um ideal comum, funciona para executar os contra ideais que governam de fato o país: o escravismo e o oligarquismo emergem no poder punitivo em forma de violência e arbitrariedade policial e prisões que são máquinas de tortura que remontam a tempos que pareciam passados¹².

A examinar outro índice, aquele pelo qual realmente se mata tanto, notamos que a riqueza nacional é dividida de maneira da bastante assimétrica. De acordo com a Pesquisa sobre a Desigualdade Mundial 2018, coordenada, entre outros, pelo economista francês Thomas Piketty, quase 30% da renda do Brasil é detida por 1% dos habitantes, enquanto que 10% dos mais ricos detém 55% da riqueza total¹³.

Mais dois outros índices ajudam a demonstrar que a confluência entre as condições externas (o estabelecimento da tecnocracia financeira neoliberal) e internas (uma oligarquia de feições escravistas local) não é muito feliz. O primeiro surge da pesquisa do Instituto inglês *Ipsos Mori*, que testou o nível de conhecimento da realidade nacional em vários países. Antecedido apenas pela África do Sul, o Brasil demonstrou o segundo pior conhecimento de sua realidade social¹⁴.

O segundo índice é o de corrupção, e este é bastante complexo. A Transparência Internacional relata que em 2017 o Brasil caiu 17 posições no Índice de Percepção da Corrupção, com a pontuação passando de 40 a 37¹⁵. Todavia, a assimilação dos ideais modernos da democracia, do liberalismo e de alguma justiça social encontram uma tradição para a qual a distinção entre o público e privado, essencial à definição da corrupção, jamais foi inteiramente integrada em nossas práticas sociais. É o que defende José de Souza Martins, quando afirma que “a política do favor, base e fundamento do Estado brasileiro, não permite nem comporta a distinção entre o público e o privado” (MARTINS, 1999, p. 20). Para este autor, a fachada burocrático-racional-legal esconde ainda hoje¹⁶ um clientelismo de fundo oligárquico, e a dominação política patrimonial não se antagoniza com seu revestimento moderno, mas nutre-se dele e o contamina¹⁷. Com algum progresso no amadurecimento institucional (a partir de algumas políticas e leis¹⁸) e no imaginário público (a partir das redes sociais e no aumento de viagens pela classe média ao exterior tornadas possível no governo do PT) que constata continuamente discrepâncias entre as possibilidades institucionais e econômicas do país e sua real situação, poderia se criar condições para um lento movimento no sentido de uma racionalidade política mais democrática.

O encontro entre a forte propaganda liberal-conservadora externa, vencedora da guerra fria, e o poder tradicional local e sua imprensa corporativa, tem imposto outro caminho ao país – o do populismo autoritário de direita, para o que colaboraram ativamente os servidores concursados para o Judiciário, Ministério Público e Polícias, outrora esperança de nosso republicanismo, por meio de seu ativismo oportunista.

4. A REFORMA MORAL PELO DIREITO: O ATIVISMO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A hostilidade à política pela mentalidade do liberalismo clássico (de autogestão da vida social pelos mercados) e atualizado pelo neoliberalismo, ao impor a razão de uma forma econômica sobre outras formas de expressão e organização sociais assim como às aspirações populares, pode ter sido um dos fatores mais determinantes para o maior protagonismo do Poder Judiciário como fenômeno global, que ora presenciemos. Seja pelo próprio lugar do político na teoria liberal¹⁹, seja pela própria constituição institucional da democracia liberal²⁰, seja ainda pelo esvaziamento ou mutação do sentido e do suporte institucional da ação pública a partir de uma nova racionalidade²¹, há um outro fator, este talvez mais particular, que fez com que o poder jurisdicional no Brasil desafiasse os seus limites institucionais pelo menos desde o impedimento do presidente Collor de Melo, em 1992: a Constituição Federal de 1988, promulgada no contra fluxo ideológico global porque erigida sob o espectro da social democracia, fez com que os ideais vanguardistas estivessem situados no passado, avalizando, todavia, a parte progressista do Judiciário a manter uma luta confusa entre as políticas de governo efetivamente contrárias à Magna Carta e a proteção de condições básicas de vida da população tendo como único instrumento o rol de direitos fundamentais, estes progressivamente reinterpretados como direitos de mercado. Assim, a incapacidade política de alterar o quadro de determinações globais para visar aos interesses populares, além da debilidade institucional incapaz de erigir um projeto de país porque tomado por corrupção e simples advocacia de grupos de interesses econômicos, forneceu condições para se transpor as mediações particulares dos juízos singulares e em algum momento deixar-se de simplesmente compactuar e proteger aquele estado de coisas.

Se o impedimento do presidente Collor de Melo, afastado por denúncia de corrupção (e inocentado pelo STF 22 anos depois) inaugurou uma prática aparentemente menos servil da burocracia jurídica às oligarquias locais, o impedimento de Dilma Rousseff, em 2016, tenderá, aparentemente, a mitigar aquela luta entre uma hermenêutica jurídica de cunho social democrata e a outra que impõe uma intencionalidade econômica neoliberal, plenificando o entendimento desta última como os limites interpretativos no interior dos quais as decisões serão racionalizadas ao mesmo tempo que estabelecerão

uma maior compressão da instância política como mediadora entre a economia e o direito. O que podemos nos perguntar desde já é quais as consequências esperadas desse maior protagonismo dirigido a suprir institucionalmente as lacunas deixadas pelos poderes Executivo e Legislativo quanto aos ideais democráticos, quando a própria democracia tem sido gradualmente suprimida nessa razão normativa global. E ainda mais: se a reforma moral da política institucional brasileira procurada por esse protagonismo via ativismo jurídico não fez mais que derrubar uma última resistência ao total alinhamento da política nacional entre a tecnocracia neoliberal global e a oligarquia local em severa desconsideração aos interesses mais universais de nosso povo. As consequências jurídicas e políticas da forma como se agiu para além da lei para alcançar resultados morais politicamente orientados ainda não estão inteiramente dadas. É certo, todavia, que foi um instrumento bastante eficaz nas mãos dos que combatiam os ideais democráticos e das forças oportunistas internacionais em conquistar empresas e mercados locais.

O recente ativismo judiciário e judicial no Brasil ganha proeminência e notoriedade a partir da Operação Lava Jato, uma operação de investigação promovida pela Polícia Federal desde abril de 2014 para apurar crimes de lavagem de dinheiro e propina pagas a agentes públicos, iniciada com operações com dólares e remessa ilegais de valores ao exterior por uma casa de câmbio situada num posto de gasolina em Brasília/DF, onde funcionava um lava-a-jato. Essa investigação seguiu até a empresa petrolífera nacional Petrobrás, descobrindo-se um gigantesco esquema de corrupção envolvendo toda a cúpula política brasileira²².

Personagem chave das ações judiciais que ocupam as manchetes dos jornais desde então, Sérgio Fernando Moro, juiz da 13^a vara criminal da seção judiciária de Curitiba, no estado do Paraná, ocupou o lugar no imaginário nacional de destemido combatente da corrupção, em especial aquela possivelmente patrocinada pelo Partido dos Trabalhadores, no governo desde 2002.

Inspirado assumidamente na operação *Mani Pulite*, que ocorreu na Itália de 1992 a 1994, em seu já famoso artigo sobre o tema, Moro observa que “se encontram presentes várias condições institucionais necessárias para a realização de ação semelhante no Brasil” (2004), o que realmente ocorreu com princípios e métodos semelhantes: atacar a ordem corrompida da política institucional; usar da opinião pública para conseguir apoio à operação; usar essa opinião pública e procedimentos processuais não convencionais para contornar as dificuldades probatórias dos crimes de “colarinho branco”.

Algumas diferenças, todavia, marcaram a versão brasileira do combate judicial à corrupção. Em primeiro lugar, a Lava Jato mirou exclusivamente o partido governante, o Partido dos Trabalhadores, numa estratégia que talvez tenha visado à maior eficiência, uma vez que a resistência à operação seria maior caso todos os partidos fossem alvo. Essa estratégia foi interpretada pelos críticos como parcialidade, impressão essa alimentada pelas imagens amplamente divulgadas na imprensa de inúmeras participações do juiz da operação em eventos sociais com políticos da oposição e até envolvidos nas investigações, além da imputada seletividade na escolha de quem prestaria depoimento e até de trechos de depoimentos, excluídos ou incluídos caso interessassem à condenação de algum investigado. Por dar cursos, palestras e entrevistas antecipando seu juízo sobre os casos em sua alçada, o juiz teve questionada a sua suspeição, negada pelos tribunais superiores provavelmente pela notoriedade já alcançada pelo magistrado e por parecer aos olhos do público uma resistência efetiva ao combate à corrupção.

Em segundo lugar, o uso da opinião pública como um “salutar substitutivo” dos meios legais disponíveis para impor punição a políticos, dada a dificuldade probatória de tais crimes (Moro, 2004), alcançou uma exposição e uso midiático caracterizador de um protagonismo político impossível a partidos políticos, salvaguardado pelas garantias institucionais do Poder Jurisdicional. Num exemplo de uso desmedido da propaganda como informação, houve uma entrevista feita pelo procurador federal responsável pela força tarefa da Lava Jato, Deltan Dallagnol, o qual usando de uma apresentação em *power point* num hotel de luxo acusou o ex-presidente Lula de ser chefe de uma grande organização criminosa, antecipando a condenação a uma imprensa que por todo o sempre atacou intensamente qualquer movimento ou partido político de origem popular.

Em terceiro lugar, esse ativismo político usou-se de ilegalidades e artifícios que comprometeram a institucionalidade já frágil para buscar resultados administrativos (“Uma ação bastante eficaz... pode no máximo interromper o ciclo ascendente da corrupção” (MORO, 2004)). Os críticos da operação afirmam que houve abuso de prisões provisórias, precedidas de conduções coercitivas espetacularizadas, com o objetivo de obter confissões por meio das delações premiadas, em si mesmas bastante questionadas; que também houve excesso quando da suspensão do sigilo do inquérito que investigava Lula permitindo escutas telefônicas de todos os 25 advogados do escritório que defendia o réu; contrariando disposição legal, que reserva apenas ao Supremo Tribunal Federal a análise de interceptações telefônicas feitas da presidente Dilma Rousseff por prerrogativa

do cargo, o juiz, além disso, repassou uma conversa entre a presidente e o ex-presidente da República ao jornal televisivo de maior audiência do país sobre uma possível ocupação de cargo para buscar sair do alcance jurisdicional daquele magistrado, visando à comoção popular com efeitos políticos.

Os efeitos sobre a organização institucional e política do Brasil promovida por essa operação Lava Jato, que somada ao incessante ataque às políticas do Partido dos Trabalhadores em seus 13 anos de governo até culminar no impedimento de Rousseff, ainda estão por aparecer. Todavia, já se pode conjecturar a partir das grandes tendências globais e particulares sobre as consequências ao país e suas instituições. Primeiramente a estratégia de visar a apenas o partido do governo teve até agora como resultado retirar de cena ou enfraquecer aquele que fora um “intruso” na política nacional, o que não estava tradicionalmente ligado às oligarquias regionais, deixando o campo livre para os que nunca tiveram o cuidado com a institucionalidade republicana e governaram sempre acima dela. Pela insatisfação em geral com os governos e sua impotência para realizar as aspirações estabelecidas por nossa Carta Constitucional, a reação popular moralista não foi a de investir mais no aprimoramento institucional, mas em sua destituição, elegendo uma personalidade que assumidamente defende o estado de exceção e declarou guerra (não metaforicamente) contra os adversários políticos²³. Se o Partido dos Trabalhadores pagou por ser a maquiagem da maquiagem política (ele governou defendendo o estabelecimento, procurando se integrar a ele, sem que isso o fizesse ser aceito pela elite política e econômica), o verdadeiro rosto da política brasileira surge agora às claras, fazendo com que a corrupção nos negócios públicos pareça um mal menor. Quando o juiz ativista afirmou que não deixava de ser um paradoxo que Berlusconi, investigado na operação *Mani Pulite*, tenha atingido a posição de primeiro-ministro na Itália (MORO, 2004, p. 60), parece não ter compreendido que o que estava em jogo era mais que uma reforma administrativa, caso ele tenha sido verdadeiramente honesto em seus propósitos. O fato é que mesmo governando a partir da ortodoxia macroeconômica, embora com uma tímida face humana, as investidas contra o PT pela corrupção fortaleceu as forças políticas locais e globais oportunistas, hostis à democracia, ao liberalismo e à economia de mercado menos oligopolizada.

Além da estratégia de se mirar em um só partido, outro aparente erro parece saltar aos olhos: a avaliação dos pressupostos necessários para o inteiro sucesso da operação que compensasse a ameaça à frágil institucionalidade pareceu estar equivocada.

Se “a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia” (MORO, 2004, p. 61), não é na opinião pública levantada por meio de uma imprensa corporativa e contrária à verdadeira participação popular com quem devemos contar, mas na força política que poderia vir posteriormente a exigir leis e mudanças de comportamento elaboradas a partir de uma tendência política falha, mas comprometida com o amadurecimento institucional. Essas condições se mostraram não estar dadas. O abalo político, até agora, parece ter fortalecido os seus vícios tradicionais, fazendo emergir de trás da roupagem democrática uma espécie de oligarquia escravista moderna, uma espécie de monstro político em excelente consonância com o que a oligarquia financeira global espera de nós.

Por fim, o uso da exceção, da ilegalidade e das elasticidades hermenêuticas para perseguir um partido político e perseguir um fim moral, não só em primeira instância, mas também em grau de recurso, mesmo que com o justificado fim de se estabelecer um novo padrão de comportamento nos negócios públicos, teve como resultado, até onde podemos ver no momento, escancarar os reais elementos e atores em disputa, o poder do atraso, das oligarquias que não permitem que o país se desenvolva social e economicamente de maneira inclusiva. Sem as condições básicas para que aquele esforço judicial pudesse ser recebido no contexto de uma transformação positiva, a política foi condenada como um todo pela corrupção, o povo brasileiro elegeu a antipolítica, aquela que é agora fabricada e ratificada pelo direito e pela técnica econômica. Cabe-nos perguntar quais foram os elementos jurídicos, no bojo daquele ativismo difuso, têm sido o veículo que racionaliza “a nova razão do mundo” (Dardot e Laval, 2016).

5. INTENCIONALIDADE JURÍDICA E ATIVISMO

Seguramente a maior expressão jurídica hoje do neoliberalismo seria o movimento *Law & Economics* e todo o seu conjunto ideal de pressupostos: o *homo aeconomicus*, o *behaviourismo*, o direito orientado pela economia neoclássica, o utilitarismo. No Brasil há ainda poucos movimentos que tentam declarar como vanguarda a análise de conjunturas com base em mercados ideais e fatos jurídicos pela teoria dos jogos, mas o que ainda prevalece nos manuais e nas faculdades de direito é o formalismo, que seria uma “[...] visão do direito como sistema fechado de regras e conceitos que, com a ajuda de raciocínio dedutivo, indicam a solução correta para cada problema a ser resolvido” (UNGER, 2017, p. 12).

Mesmo não assimilando inteiramente aquele modelo do Norte por motivos alheios à teoria e sua capacidade de fornecer uma referência segura ao raciocínio jurídico, podemos perceber um quadro político-semântico a prover de intencionalidade²⁴ o que se pensa como autônomo e contingencial. Alguns atos, interpretações e decisões jurídicas vão gradualmente se acomodando a um sentido político primeiramente mais difuso, depois racionalizadamente mais adaptado à nova razão imperante das maiorias. Se o ativismo judicial é uma tentativa de confirmar a autonomia institucional conferida ao Judiciário, assumir um protagonismo maior do que o formalismo ou o positivismo espera, a menos que esteja situado num momento histórico revolucionário para dotar de sentido o seu novo papel político, os resultados de sua ação serão superficiais e atijarão o forte desejo de segurança e estabilidade a ser provido por certo sentido político hegemônico. Por outro lado, é possível afirmar que o próprio ativismo judicial já carrega em seu bojo o sentido oposto para o qual foi teorizado: ao invés de uma emancipação democrática, o desequilíbrio em direção ao reacionário, o que pode ter sido o caso do Brasil.

Em caráter exemplificativo e genérico, apresentaremos três formas de ação jurisdicional e meio institucional que podem ter auxiliado o caminho político rumo à fragilidade democrática e até ao estado de exceção. Se no contexto significativo maior temos a ordem neoliberal global, no contexto nacional temos a tendência a uma espécie de darwinismo social constituído sobre uma moral excludente e sobre um quadro de fragilidade institucional, o ativismo judicial possível no interior desse contexto ou é desonesto ou é ingênuo. Essas são, exemplificativamente, algumas formas e meios que dão expressão jurídica àquela vontade política intencional: a teoria do livre convencimento do juiz; a teoria do domínio do fato; a constituição estrutural do Poder Judiciário.

A teoria do livre convencimento motivado do juiz. Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleça em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, a prática comum entre os magistrados pátrios ainda se pauta por uma interpretação elástica do antigo preceito contido no Código de Processo Civil de 1973, que afirma que “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Este comando é usualmente entendido

como dando liberdade ao juiz para formar seu convencimento e atribuir às provas o valor que entender mais pertinente ao caso *sub judice*, não implicando que possa decidir fora dos fatos alegados no processo. Na prática, todavia, significou dar um poder discricionário ao juiz, cuja prática persiste e ganha fôlego com a justificação moral do ativismo.

Muitos juristas pátrios têm se manifestado sobre o fenômeno genérico da “moralização” ou da “consequencialização” do direito, entendendo por isso julgamentos com base na opinião pública, sem lastros na lei ou princípios gerais. De acordo com esses juristas²⁵, a sentença do juiz Moro contra o ex-presidente Lula é um exemplo de condenação política, uma vez que não há provas suficientes para a condenação penal, além de várias falhas processuais que comprometeram a séria função jurisdicional, entendendo ali o uso daquele “livre convencimento” como um simples veículo de autoritarismo. Associado ao uso das delações premiadas e da forma como foram obtidas (benefícios em troca da acusação de Lula), uso espetacularizado das conduções coercitivas, uso da imprensa para promover comoção e condenação social, aquela postura judicial deve ainda promover efeitos negativos sobre a prática jurídica no país ainda por muito tempo.

A justificativa de um ativista judicial para a distância dos termos da lei, todavia, seria diferente: o fim político (a reforma moral das práticas políticas) constituiria a intencionalidade do direito e o combate ao formalismo deve ser seu primeiro instrumento. E novamente voltamos a questionar: as condições institucionais para que um ativismo assim pudesse funcionar estariam dadas no Brasil? A julgar pelas eleições presidenciais de 2018 e pelas consequências abertas pela confusão entre meios (quebra do formalismo) e exceção (num ambiente de fragilidade institucional), a resposta parece ser negativa até o momento. As circunstâncias analisadas até agora acentuaram uma conjuntura autoritária, como aconteceu com outros países pelo mundo, agravado pelas circunstâncias já severas de sofrimento social. É mesmo difícil pensar que a luta jurídica pela reforma moral pudesse conduzir a outra coisa que não isso²⁶.

A teoria do domínio do fato. Na sanha pelo combate à corrupção e igualmente abrigo do ímpeto ativista, a teoria de Hans Welzel e Claus Roxin sobre o domínio do fato, em especial com a teoria funcional do fato (coautoria), tem sido amplamente utilizada no Brasil, sobretudo na e após a Ação Penal nº 470/MG, que resultou na condenação do ex-ministro chefe da Casa Civil e homem forte do Partido dos

Trabalhadores, José Dirceu, ainda no governo Lula. Por esta teoria, tem se entendido que chefes de empresas e órgãos estatais, pelo simples cargo que ocupam, devem ser responsabilizados por ações de seus subordinados, como se a organização estivesse concertada a um fim único e a hierarquia representasse apenas uma divisão de tarefas na execução do delito.

Foi assim que o ex-ministro José Dirceu foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal pelos crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa pelo uso incorreto da teoria de Roxin, que confundiu (ou assim o justificou) os conceitos de domínio da vontade (autoria mediata) e domínio funcional (coautoria), imputando-lhe os delitos por ter simplesmente ocupado uma função hierárquica superior. Mais grave ainda, não houve elementos probantes consistentes, sendo ancorada a decisão judicial inclusive em depoimentos contraditórios de um deputado já envolvido em outros escândalos²⁷.

A constituição estrutural do poder jurisdicional. Por constituição estrutural, Castanheira Neves identifica a feição institucional, que é de organização, de autogoverno do poder judicial; a feição estatutária, que é a de independência, de seu controle e de sua responsabilidade específica; e a feição funcional *ad hoc*, que é o modo como as pessoas esperaram que os tribunais funcionem, como devem corresponder a quais expectativas políticas, técnicas e culturais (NEVES, 1998, p. 3). Assim caracterizado, diremos que o poder jurisdicional no Brasil apresenta problemas constitutivos nessas três feições, que o conduz a ser menos uma garantia das instituições democráticas que um escudeiro do arranjo político de ocasião, e este, por sua vez, apoiado no quadro normativo global constituído pela *razão neoliberal*, quando reforça o poder oligárquico local, a concentração de riquezas e o rentismo²⁸. Quanto à feição institucional, a relativa autonomia do Poder Judiciário após a Constituição Federal de 1988 foi altamente positiva na promoção das garantias funcional e progressiva liberdade de ação e independência, começando no governo Fernando Henrique Cardoso e atingindo seu apogeu nos governos do Partido dos Trabalhadores; essa autonomia, todavia, mais que enfrentar as tradicionais patologias da forma de se fazer política no país, converteu-se em um poder corporativo bastante voraz: de acordo com estudo desenvolvido por Luciano da Ros, com exceção de El Salvador, o Judiciário brasileiro é o mais caro do mundo, consumindo 1,35 % do PIB, bem superior ao dos EUA, com 0,14% e da Itália, com 0,19% do PIB, respectivamente²⁹. A disparidade de vencimentos dos magistrados e membros do Ministério Público com relação ao resto da população pode ser observada com um

exemplo: apenas um dos vários complementos salariais (auxílios moradia, educação para filhos etc, usados como forma de burlar o limite constitucional para o serviço público) têm o valor pelo menos três vezes superior à média salarial do país³⁰.

Com respeito à sua feição estatutária, embora tendo sua constituição própria de uma democracia, com as garantias necessárias à função judicante e normativa, o corporativismo também impede que nele o poder se exerça de forma transparente e com igual controle que há voltado aos outros poderes³¹. Os inúmeros casos de desvio pessoal de conduta raramente redundam em punição (geralmente são premiados com aposentadoria precoce) e as práticas de desvio institucional não são reconhecidas ou apuradas.

Todos esses fatores orientam-se para uma característica central do poder jurisdicional: a de que seus funcionários tendem a ser conservadores e assumirem uma identidade de elite e de toda a autoimagem que lhe acompanha – a excelência, a superioridade moral num panorama de competição individual pela vida e pelo lugar social quando a ninguém está garantida a segurança. É exatamente nessa confluência que a razão neoliberal se encontra com o elitismo excludente e é nesse quadro institucional que o ativismo judicial se desenvolveu no Brasil. Sem seus pressupostos para ser bem-sucedido, a saber, o amadurecimento democrático das instituições e de seu povo, uma imprensa livre e plural, as condições políticas básicas para manter uma unidade administrativa comum às dissensões partidárias, ao contrário do que previa seus teóricos e ideais, o ativismo judicial no Brasil até agora apenas apoiou o ataque reacionário às instituições democráticas e em nome dela.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com Dardot e Laval, seguindo os passos de Foucault, “[...] o jurídico pertence de imediato às relações de produção na medida em que molda o econômico a partir de dentro, numa espécie de inconsciente dos economistas” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 24). Daí compreenderem que as formas do capitalismo sejam efeitos contingentes de certas regras jurídicas, que podem ser superadas por meio das transformações jurídicos-institucionais, não estando, portanto, submetidas às leis necessárias da acumulação capitalista.

Se as regras jurídicas podem moldar o econômico e a vida social a partir de tendências políticas que lhes deem o sentido intencional, elas também podem ser veículos

O ativismo jurídico como estratégia da razão neoliberal no Brasil

do quadro normativo global, quando incorporam no raciocínio e no senso comum jurídicos a disseminação da racionalidade neoliberal; quando favorecem a liberação do capital de suas constrações sociais; quando fragilizam as relações de trabalho e recusam ou dificultam as associações populares e laços de solidariedade; quando economicizam a linguagem e os conceitos políticos, tal como postula Wendy Brown ao analisar a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, de janeiro de 2010 (BROWN, 2015, p. 154).

A assunção da linguagem e da razão normativa neoliberal nas decisões judiciais brasileiras merece um estudo próprio, cujo resultado deve talvez espelhar o que ocorre em todo o mundo. A especificidade do caso brasileiro consistiu no uso do ativismo jurídico e seu nobre combate à corrupção sistêmica como um instrumento de reforma moral e de mudança de política de Estado, afastando as últimas resistências à completa assunção do programa econômico neoliberal, fazendo com que se identificasse a corrupção política com a própria política³². Junto do juiz-herói, da moralidade e de Deus estão hoje todos aqueles interessados no direito que sai de suas amarras formais: a imprensa bem-sucedida economicamente, as igrejas neopentecostais, os banqueiros, as empresas mineradoras, os fabricantes de armas, os servidores públicos fartamente remunerados, os militares com imensos privilégios, os devastadores de florestas, os que querem os indígenas mortos, a polícia que mais mata no mundo, além dos das “pessoas de bem” que uniram o sentimento de superioridade natural ao ódio à corrupção numa bandeira política única.

Boa fé ingênua ou uso deliberado da quebra do formalismo para conseguir um fim político, é certo que o ativismo judicial entre nós praticado contrariou, até onde podemos ver, os ideais de seus principais teóricos no país, progressistas, democratas e igualitários.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BLYTH, Mark. **Austeridade: a história de uma ideia perigosa**. Lisboa: Quetzal, 2014.
- BROWN, Wendy. **Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution**. New York: Zone Books, 2015.

_____. **American Nightmare: Neoliberalism, Neoconservatism and De-Democratization.** *Political Theory*, Vol. 34, n° 6 (Dec. 2006), pp. 690-714. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20452506>. Acessado em: 30out2017.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la representación política.** Distribuciones Fontamara: México, D.F., 2002.

HALL, Stuart. “The Great Moving Right Show”. In: **Marxism Today**, January, 1979.

HALL, Stuart et alli. **Policing the Crisis: Mugging, the State and Law and Order.** London: The Macmillan Press, 1982.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KUTTNER, Robert. “**Do livre mercado às grandes ditaduras**”. *Outras Palavras*, 2018. Disponível em: <https://outraspalavras.net/posts/do-livre-mercado-as-grandes-ditaduras/>. Acessado em: 5 out 2018.

LAVAL, Christian et DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo, 2016.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional: a ideologia da sociedade industrial.** Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MARTINS, José de Souza. **O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta.** São Paulo: Hucitec, 1999.

MERKEL, Wolfgang. “**Is capitalism compatible with democracy?**”. In: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, (2014) 8:109–128.

MORO, Sérgio F. **Considerações sobre a operação Mani Pulite.** Brasília: CEJ n. 26, 2004, pp. 56-62.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996.

NEVES, A. Castanheira. **Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito**, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

RODRICK, Dani. “**Depois do neoliberalismo, o quê?**”. In: *Desenvolvimento e Globalização: perspectivas para o crescimento*. Brasília: BNDS, 2002.

_____. “**O neoliberalismo é uma perversão da economia dominante.**” Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/574765-o-neoliberalismo-e-uma-perversao-da-economia-dominante-artigo-de-dani-rodric>. Acessado em: 10 out 2018.

ROS, Luciano da. **O custo da justiça no brasil: uma análise comparativa exploratória**. Observatório de elites políticas e sociais no Brasil, n. 2 v. 9, 2015. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acessado em: 28out2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STIGLITZ, Joseph. **Políticas de desenvolvimento no mundo da globalização**. Brasília: BNDS, 2002.

STREECK, Wolfgang. **¿Cómo terminará el capitalismo?** Madrid: Traficantes de Sueños, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

Artigo recebido em 04 de novembro de 2018 e aceito em 31 de dezembro de 2018

¹ Eis como se posiciona o ministro relator Eros Grau na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal: “Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos.”

² Em uma de suas elaborações, afirma Stuart Hall: “What we have to explain is a move toward “authoritarian populism”—an exceptional form of the capitalist state—which, unlike classical fascism, has retained most (though not all) of the formal representative institution in place, and which at the same time has been able to construct around itself an active popular consent. This undoubtedly represents a decisive shift in the balance of hegemony, and the National Front has played a “walkon” part in this drama. It has entailed a striking weakening of democratic forms and initiatives, but not their suspension” (HALL, 1979).

³ Dardot e Laval discordam dessa leitura do fenômeno, quando afirma que o neoliberalismo não é apenas uma ideologia, uma política econômica, ou mesmo uma reedição do capitalismo de *laissez-faire*. Seguindo os passos de Wendy Brown, afirmam ser uma razão política normativa global (2016).

⁴ MERKEL, Wolfgang. “Is capitalism compatible with democracy?”. In: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, (2014) 8:109–128.

⁵ Market-liberal capitalism, organized and embedded capitalism, neoliberal capitalism.

⁶ Neoliberal capitalism: Since the late 1970s, “neoliberal” critique has gained traction, sometimes in sharp contrast to Keynesian welfare state capitalism. It stressed market mechanisms, the principle of capitalist self-regulation and the limits of state regulation (Harvey 2007). John Maynard Keynes’s concept of managing capitalism through the demand side and Karl Polanyi’s idea of a socially embedded capitalism were replaced by that of Friedrich August von Hayek and his understanding of the market as a spontaneous order, and by Milton Friedman’s pledge for a minimal state where state interference into the economy is restricted only to a modest variation in the supply of money. A new phase of capitalism began, shaped by deregulation, privatization and partial deconstruction of the welfare state. Globalization was advancing quickly, international financial capitalism became exceedingly important and socioeconomic inequalities within different societies began to increase.”

⁷ “Embedded democracy consists of five partial regimes: the regime of democratic elections (a), the regime of political participation (B), the partial regime of civic rights (C), the institutional protection of the separation of powers (horizontal accountability) (D) and the guarantee that the effective use of power by democratically elected representatives is assured de jure and de facto (E).”

⁸ “O nome mais apropriado para um sistema que elimina as fronteiras entre o Grande Governo e o Grande Negócio não é exatamente liberal, conservador ou capitalista, mas sim corporativo. Suas características são enormes transferências de riqueza pública para mãos privadas, frequentemente acompanhadas de uma explosão do endividamento, uma polarização cada vez maior entre os muito ricos e os pobres descartáveis e um nacionalismo agressivo que justifica gastos exorbitantes com a segurança... Em função das desvantagens impostas à grande maioria da população que fica fora dessa bolha, outros aspectos do Estado corporativo são vigilância agressiva..., prisões maciças, redução drástica dos direitos civis e, com frequência, porém nem sempre, tortura” (KLEIN, 2008, p. 25)

⁹ “Dilma caiu por não apoiar ”Ponte para o futuro”, diz Temer. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/dilma-caiu-por-nao-apoiar-ponte-para-o-futuro-diz-temer/>. Acessado em: 30out2018. Dilma é posteriormente inocentada de todas as acusações criminais que a depuseram: “Um ano após o impeachment, a verdade a conta-gotas”. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/um-ano-apos-o-impeachment-a-verdade-em-conta-gotas>. Acessado em: 30out2018.

¹⁰ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acessado em: 31out2018.

¹¹ Dados da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/metasp-ensap>. Acessado em: 30out2018.

¹² As prisões brasileiras são câmaras de tortura: de acordo com o Ministério da Justiça, o país possui 622 mil detentos para apenas 371 mil vagas; 70 % dos egressos reincidem; a incidência de doenças nos presídios, em alguns casos, é 30 vezes maior; é um sistema caro e mal administrado. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>. Acessado em: 30out2018. Ainda afirma a Human Rights Watch, Brasil, em sua página: “Violações crônicas de direitos humanos assolam o Brasil. Alguns policiais realizam execuções extrajudiciais, torturam detentos e abusam de crianças e adolescentes em conflito com a lei. Muitas prisões e cadeias brasileiras enfrentam problemas de grave superlotação, e a incapacidade das autoridades penitenciárias de manterem o controle sobre as prisões deixa os presos vulneráveis à violência, extorsão e

recrutamento por facções criminosas”. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/americas/brasil>. Acessado em: 30out2018.

¹³ Brasil tem maior concentração de renda do mundo entre o 1% mais rico!”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513193348_895757.html. Acessado em: 30out2018.

¹⁴ “Perigos da percepção 2017: Brasil é o segundo país do mundo onde há mais falta de conhecimento da realidade. Em ranking que compara opiniões da população com dados da realidade em 38 países, brasileiros só estão atrás dos sul-africanos”. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2017>. Acessado em: 30out2018.

¹⁵ Por outro lado, “...esse resultado acende um alerta de que os esforços notáveis do país contra a corrupção podem de fato estar em risco. Não houve, em 2017, qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país. Ao contrário, a velha política que se apegava ao poder parece mais unida do que nunca no propósito de impedir os avanços e "estancar a sangria". Enquanto isso, a sociedade se mostra cada vez mais dividida pela polarização exacerbada do debate público, enfraquecendo a pressão social por mudanças efetivas”. Disponível em: <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>. Acessado em: 30out2018.

¹⁶ Martins refere-se à década de 1990, embora creiamos que ainda hoje se possa afirmar o mesmo.

¹⁷ Para Martins o impedimento de Collor de Melo na década de 1990 a partir de atos definidos como corrupção e assim aceitos pela opinião pública é o que caracteriza uma mudança política na sociedade brasileira, e não a simples constatação da própria corrupção (MARTINS, 1999, p.19). Cremos que o impedimento de Dilma Rousseff, em 2016, por sua vez, não encontrou uma sociedade brasileira muito transformada na forma do exercício do poder político patrimonial, mas encontrou um imaginário popular já preparado para superpor seus juízos morais particulares (em especial a comoção com os desvios de recursos públicos por indivíduos e por quem não estava autorizado a sequer exercer o poder, o Partido dos Trabalhadores), sobre a estrutura política e cultural, ela mesma corrupta em algum sentido. O amadurecimento institucional, com a exigência de concursos para a admissão de servidores públicos (criada ainda na ditadura militar), permitindo o ingresso de profissionais que passaram pela universidade e defendem ideais modernos, além do incremento legal (como a Lei nº 12846/2013) promulgada por Dilma Rousseff e de maior liberdade institucional dada à Polícia Federal e ao Ministério Público, também permitiram o segundo impedimento e, esperamos, o estabelecimento de novos parâmetros na condução dos negócios públicos.

¹⁸ A Constituição Federal de 1988 que universaliza a exigência de concursos de provas e títulos para ingresso no serviço público; a Lei Complementar nº 101/2000 (lei de responsabilidade fiscal), promulgada por Fernando Henrique Cardoso; a lei nº 12846/2013, promulgada por Dilma Rousseff contra crimes de corrupção etc.

¹⁹ Tal como afirma Chantal Mouffe, de que “o liberalismo, enquanto for formulado num quadro racionalista e individualista, está condenado a ignorar a existência do político e a enganar-se a si mesmo quanto à natureza da política... O liberalismo ignora o fato de dizer respeito à construção de identidades coletivas e à criação de um ‘nós’ em oposição a um ‘eles’”. (MOUFFE, 1996, p.187)

²⁰ Tal como afirma Roberto Gargarella, de que “el sistema político, tal como há quedado definido, puede ser caracterizado por rasgos como los siguientes: aísla a los representantes, respecto de los representados; hace muy difícil la posibilidad de que la ciudadanía adopte un rol más significativo em el proceso de toma de decisiones; promueve incentivos para el mutuo

enfrentamento (más que para la deliberación) dentro de la estructura del gobierno; facilita que grupos de poder privados influyan sobre los representantes etc”. (GARGARELLA, 2002, p.92)

²¹ Tal como afirmam Laval e Dardot: “...Essa nova hibridação generalizada da chamada ação ‘pública’ é o que explica a promoção da categoria de ‘governança’ para pensar as funções e as práticas de Estado, em vez das categorias do direito público, a começar pela soberania...”. (LAVAL e DARDOT, 2016, p. 278)

²² Podemos afirmar que um maior protagonismo do Judiciário vem de antes: o escândalo chamado “mensalão”, que revelou a prática corriqueira de compra de votos no Congresso Nacional Brasileiro, já apresentou decisões judiciais com interpretação da lei bastante mais elástica para buscar condenações.

²³ O presidente eleito Jair Bolsonaro, capitão reformado do Exército brasileiro.

²⁴ Referimo-nos à intencionalidade no sentido que o professor Castanheira Neves lhe dá: o de sentido e orientação do direito: “... pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o direito (juris-dictio): um diferente sentido do direito implicará um diferente sentido da jurisdição chamado a realiza-lo”. (NEVES, 1998, p. 4)

²⁵ Como Afrânio da Silva Jardim, Agostinho Ramalho Marques Neto, Beatriz Vargas Ramos, Dalmo de Abreu Dallari, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Marcio Sotelo Felipe, Pedro Estevan Serrano, Rômulo de Andrade Moreira, Lênio Streck e vários outros.

²⁶ O respeitado cientista político Wanderley Guilherme dos Santos chama ao novo governo produzido por essa conjuntura de “governo de ocupação”, uma vez que já declarou seus opositores políticos inimigos a serem eliminados ou expulsos do país. “Só uma frente apartidária conterà um governo de ocupação”. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5955315/so-uma-frente-apartidaria-contera-um-governo-de-ocupacao>. Acessado em: 30out2018. O juiz Moro, quando da redação deste artigo, aceitou integrar o governo de ultra-direita, adversário do Partido dos Trabalhadores, como ministro da Justiça.

²⁷ O próprio professor Claus Roxin corrige o uso inadequado de seu pensamento em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>. Outras críticas ao uso dessa teoria no chamado “Mensalão” e do que tem sido chamado de “judicialização da política”: Luis Greco, Alaor Leite, Rubens Casara, Marcos Coimbra, Lênio Streck, Amilton Bueno de Carvalho e outros.

²⁸ Assumimos aqui a definição da razão neoliberal que lhe dão Dardot e Laval: “A tese defendida por esta obra é precisamente que o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma racionalidade e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. A racionalidade neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 17)

²⁹ ROS, Luciano da. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Observatório de elites políticas e sociais no Brasil, n. 2 v. 9, 2015. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acessado em: 28out2018.

³⁰ MADEIRO, Carlos. “Brasil paga R\$ 104 milhões por mês em auxílios a magistrados. Ministérios Públicos omitem valores. UOL notícias, em 24/08/2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/24/brasil-paga-r-104-mi-por-mes-em-auxilios-a-magistrados-mps-omitem-valores.htm>>. Acessado em: 28out2018.

³¹ “Os especialistas não têm dúvidas: o Judiciário é o Poder mais fechado e, muito provavelmente, o mais corrupto”. BOTELHO, Adriana e RUSSI, Ana. “Poder Judiciário é o mais fechado. E o mais corrupto”. *Jornal Correio Brasiliense*, em 29/08/2017. Disponível em: <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/poder-judiciario-e-o-mais-fechado-e-o-mais-corrupto/>>. Acessado em; 28out2018.

³² É bastante intrigante vermos como neoconservadores e neoliberais conseguiram se integrar numa governança global, uma vez que partem de pressupostos tão díspares. Sobre essa estratégia, afirma Wndy Brown: “Neoconservatism sewn in the soil prepared by neoliberalismo breeds a new political form, a specific modality of governance and citizenship, one whose incompatibility with even formal democratic practices and institutions does not spur a legitimation crisis because of the neoliberal devaluation of these practices and institutions that neoconservatism then consecrates”. Referindo-se ainda a Thomas Frank, Brown assume a sua afirmação de que “neoon leaders who ‘talk Christ but walk corporate’ mobilize a working-class constituency on the basis of moral issues never delivered on but which keep this constituency bound to them” (BROWN, 2006, p. 702)