DESCOBRINDO A LEGALIDADE NEOLIBERAL: A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO SEGUNDO HAYEK

Discovering neoliberal legality: the reconfiguration of the Rule of Law according to Hayek

Ana Catarina de **ALENCAR**
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Brasil
catarinahalencar@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1412-922X>

Mais informações da obra no final do artigo

RESUMO

Esta pesquisa pretende analisar e compreender a relação entre Direito e neoliberalismo demonstrada na reconfiguração do Estado de Direito pela racionalidade neoliberal. O estudo tem como hipótese principal que a emergência do neoliberalismo ensejou grandes transformações na compreensão do que é o Estado de Direito. O Direito assume um papel importante no projeto neoliberal como um todo, na medida em que a lei concebe, constrói e dá coerência à ordem neoliberal através de instituições e normas. Sem isto, o neoliberalismo não poderia ser um projeto jurídico além de econômico, político e ideológico. A pesquisa consiste em responder às seguintes indagações: o que é a racionalidade neoliberal e qual o seu ideal de Estado de Direito? E, como o neoliberalismo transforma o Estado de Direito atual? A partir da obra de Friedrich A. von Hayek, analisa-se como este ideal jurídico-político reconfigura o Estado de Direito. Em conclusão, verifica-se que ideais jurídico-políticos da liberdade e do “nomos” neoliberal dão forma a uma concepção específica de Estado de Direito, se opondo tanto à modelos de bem-estar social quanto liberais clássicos.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo. Estado de Direito. Legalidade.

ABSTRACT

This research aims to analyze and understand the relationship between law and neoliberalism demonstrated in the reconfiguration of the rule of law by neoliberal rationality. The main hypothesis is that the emergence of neoliberalism led to great changes in the understanding of the rule of law. Law assumes an important role in the neoliberal project as a whole, insofar as the law conceives, constructs and gives coherence to the neoliberal order through institutions and norms. Without this, neoliberalism could not be a legal project as well as an economic, political and ideological scheme. The research consists of answering the following questions: what is neoliberal rationality and what is its ideal of rule of law? and how does neoliberalism transform the current rule of law? Starting from the work of Friedrich A. von Hayek it is analyzed how this legal-political ideal reconfigures the rule of law. In conclusion, the research shows that legal-political ideals of liberty and the neoliberal “nomos” shape a specific conception of the rule of law, opposing both classic social and liberal welfare models.

KEYWORDS: Neoliberalism. Rule of law. Legality.

1 INTRODUÇÃO: O NEOLIBERALISMO COMO RAZÃO NORMATIVA

Neoliberalismo é um termo que remonta à década de 1930 e representa uma gama de compreensões e abordagens. Ele pode indicar uma forma de organização do próprio sistema capitalista; uma ideologia; uma doutrina ética ou uma razão normativa capaz de produzir novas relações sociais e subjetividades¹.

O presente estudo se assenta na compreensão de que o neoliberalismo constitui uma racionalidade normativa ou “razão de mundo”², operando para além do campo estrutural e institucional: “É um sistema normativo que ampliou sua influência ao mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida” (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 07).

Segundo Laval e Dardot (2016), o neoliberalismo é uma lógica normativa global que assume uma dupla representação: ideológica que acompanha a implantação de suas políticas e de uma normatividade prática que se estende para todo o corpo social. É uma “razão do mundo, mas, ao mesmo tempo ‘razão-mundo’”, visto que ela produz o mundo, mas, também é produzida por ele:

(...) o neoliberalismo antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma racionalidade, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. (...) é a razão do capitalismo contemporâneo (...) plenamente assumido como construção histórica e norma geral de vida (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 17).

Logo, o neoliberalismo não é meramente um conjunto de políticas de ajuste do capitalismo financeiro global. Neoliberalismo é o nome de uma premissa que, discretamente, passou a ordenar tudo o que se pratica e a acredita em sociedade.

Nesse sentido, também é possível vislumbrar a existência de uma “visão ética” subjacente às tecnologias econômicas e de governo do neoliberalismo. A concepção de “vida boa” inscrita em seu núcleo ético se revelaria através da noção de indivíduo e de liberdade que adota, especialmente, na filosofia de Hayek, na qual todos os indivíduos são

¹ “(...) Outro uso, mais interessante, vê o ‘neoliberalismo’ como o nome de uma ampla formação cultural global característica de uma nova era do ‘capitalismo milenar’ - uma espécie de meta-cultura global (...). E finalmente, o ‘neoliberalismo’ pode ser indexado a um tipo de ‘racionalidade’ no sentido foucaultiano, ligado menos a dogmas econômicos ou projetos de classe do que a mecanismos específicos de governo e modos reconhecíveis de criar sujeitos” (FERGUSON, 2012, p. 170-171, tradução nossa).

² Sentido usado por Christian Laval e Pierre Dardot (2016).

considerados livres pela ausência de coerção, completamente responsáveis por suas ações e obedientes à racionalidade econômica.

A racionalidade neoliberal organiza a atividade humana tendo como base a distorção de uma lei biológica que, posteriormente, veio a ser nomeada nas ciências sociais de “concorrencialismo”:

Essa norma impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada (...) ordena as relações sociais segundo o modelo do mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e a comportar-se como uma empresa (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 18).

Consoante explanam Laval e Dardot, alguns temas do utilitarismo empírico introduzidos por Herbert Spencer no século XVIII se tornaram, posteriormente, importantes para o desenvolvimento das ideias neoliberais, sendo eles a concorrência nas relações sociais e o evolucionismo biológico ou “darwinismo social”. A dinâmica concorrencial descrita no evolucionismo biológico de Spencer marca, então, a passagem do liberalismo clássico para o neoliberalismo (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 52).

Na primeira fase, tendo como expoentes teóricos, especialmente, Adam Smith e David Ricardo, o cerne da racionalidade econômica é a livre troca e a especialização do trabalho. A consequência deste modelo consiste no aumento geral da produtividade, tendo em vista que “essa não é uma lógica eliminatória do pior dos sujeitos econômicos, mas uma lógica de complementaridade que melhora a eficácia e o bem-estar do pior dos produtores” (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 53).

Na segunda fase, pelo contrário, os menos aptos ou mais fracos na “grande luta pela seleção natural” serão eliminados pelos mais adaptados. Não se trata de uma lógica de promoção da produtividade geral, mas, de “um processo de eliminação seletiva”, segundo o qual a troca de mercadorias não é uma forma de melhorar a sociedade, mas, uma prova de sobrevivência; “a concorrência (...) é a lei implacável da vida e o mecanismo do progresso por eliminação dos mais fracos” (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 53).

A lógica do concorrencialismo surge novamente na teoria do capital humano de Gary Becker que afirma que o indivíduo é uma espécie de investimento pessoal permanente. Seguindo esta compreensão, os sujeitos são instados a pensar sobre si mesmos a todo tempo como empreendedores de seus próprios talentos e iniciativas, cabendo a eles conceber formas inovadoras para competir e se adaptar. A linguagem da eficiência

econômica incluindo vocábulos como competição, comportamento racional, informação perfeita etc., são incorporadas a todas as qualidades da vida humana.

Nesse sentido, a ideia central de teóricos e figuras políticas claramente neoliberais como Milton Friedman, Friedrich Hayek e Margaret Thatcher era a de moldar a sociedade em um tipo de mercado universal regulado pela livre competição (e não de uma “polis” ou esfera civil pública de deliberação), bem como de produzir sujeitos como calculadoras humanas de perdas e danos (e não de sujeitos portadores de dignidade, direitos e deveres). “Não existe essa coisa chamada de sociedade” é o mote principal do neoliberalismo proferido em uma das falas de Margaret Thatcher; uma lógica que ganhou fama e adeptos a partir da afirmação de que “não há alternativa” (THATCHER, 1987).

Portanto, o neoliberalismo procura fazer do mercado tanto o princípio do governo dos homens quanto do governo de si, desenvolvendo essa lógica como uma normatividade generalizante que vai do Estado à subjetividade humana.

2 THESIS E NOMOS NA “ORDEM ESPONTÂNEA”

O conceito de liberdade presente no pensamento neoliberal de Hayek informa as bases de sua formulação do Estado de Direito. A liberdade é, neste sentido, “aquela condição do ser humano na qual a coerção que alguns exercem sobre outros se encontra reduzida, tanto quanto possível, no âmbito da sociedade”. Por isso, a tarefa última de uma política da liberdade “deve consistir em minimizar a coerção ou seus efeitos negativos, ainda que não possa eliminá-la completamente” (HAYEK, 1983, p. 01).

Assim, a liberdade individual representa a verdadeira liberdade que se contrapõe à liberdade política. Trata-se de uma liberdade puramente negativa no sentido de ausência de um obstáculo determinado ou da coerção do homem pelo homem.

Exemplificando a liberdade com os direitos conferidos na Grécia Antiga por ocasião da emancipação de escravos, Hayek afirma que ela consiste nos seguintes aspectos: (i) uma situação legal de proteção de um membro da comunidade; (ii) uma imunidade contra a prisão arbitrária; (iii) o direito de se dedicar ao trabalho desejado; (iv) o direito de ir e vir de acordo com a própria escolha e, (v) o direito à propriedade privada (HAYEK, 1983, p. 01).

Desse modo, para instaurar este regime de liberdade, é necessário que o Estado detenha a ameaça da coerção, deixando os indivíduos livres para que possam utilizar de sua própria inteligência e meios para perseguir seus fins. Isto só é possível na medida em que o Estado reconhece e assegura uma esfera privada aos indivíduos, através de condições nas quais eles possam se pautar por normas de previsibilidade das ações do governo em diferentes cenários (HAYEK, 1983, p. 07).

Nesse sentido, a aplicação de normas gerais e previsíveis pelo Estado de Direito limita a coerção do indivíduo por outros e preserva o principal aspecto que compõe a esfera privada: o direito à propriedade. Logo, a liberdade individual com fundamento na propriedade privada se torna o valor máximo e elemento civilizatório das sociedades humanas:

O reconhecimento da propriedade privada é evidentemente o primeiro passo na delimitação da esfera privada de atuação que nos protege contra a coerção; (...) A moderna antropologia confirma que ‘a propriedade privada aparece claramente em sociedades primitivas’ e que ‘as raízes da propriedade como princípio legal que determina as relações físicas entre o homem e seu ambiente, natural e artificial, são os pré-requisitos de qualquer ação ordenada no sentido cultural’ (HAYEK, 1981, p. 36).

A liberdade para Hayek consiste na delimitação da esfera privada que é preservada pela ausência de coerção, ou seja, pela não ingerência do Estado na criação de obstáculos e embaraços aos fins desejados pelos indivíduos.

A lei servirá para o cumprimento deste papel de preservação, assim como as ações de governo. Por conseguinte, a certeza ou previsibilidade da atuação estatal será o tema central de toda a formulação do Estado de Direito neoliberal.

Em “Lei, Legislação e Liberdade”, Hayek faz uma distinção fundamental entre o que ele chama de *thesis* enquanto “legislação”, e *nomos* como “lei da liberdade”. O vocábulo *thesis* implica na legislação imposta pelo soberano “de cima para baixo” segundo um processo hierarquizado e coercitivo; já *nomos* indica a lei que nasce de uma evolução espontânea da sociedade numa abordagem “de baixo para cima”.

Embora *thesis* reflita, principalmente, interesses do Estado ou da classe dominante, *nomos* surge como um aspecto externo à vontade de algum ente, oriunda da interação natural entre indivíduos que procuram resolver suas disputas pacificamente. *Nomos* constitui, então, o aspecto importante e crítico da teoria jurídico-política do neoliberalismo de Hayek. Assim como o mercado, a lei é vista como uma “ordem espontânea” que se

desenvolve a partir da interação humana e não de uma intenção ou *design* humano. (FESER, 2006, p. 171-173).

Nesse sentido, o ideal de Estado de Direito neoliberal de Hayek tem como fonte a distinção entre *nomos* e *thesis*. A isto corresponde uma outra distinção feita por Hayek entre *cosmos* (ordem espontânea) e *taxis* (a ordem planejada). Um exemplo de ordem planejada é aquele representado por uma guerra liderada por um general. Assim, qualquer organização que seja o resultado de uma ação deliberada pertence à *taxis* (HAYEK, 1981, p. 36-38).

Entretanto, o que é central para o pensamento neoliberal é a “descoberta de outras estruturas ordenadas que são o produto da ação de muitos indivíduos, mas não são o resultado do *design* humano”. Como exemplo deste tipo de “ordem em evolução” tem-se a linguagem humana que não foi inventada por algum indivíduo, mas, teria surgido em múltiplas formas e que continua se desenvolvendo (HAYEK, 1981, p. 37).

Para manter o bom funcionamento desta ordem espontânea na vida social, a lei é necessária a fim de auxiliar a criação de expectativas estáveis para a conduta dos indivíduos. Por isso, a distinção de *cosmos* e *taxis* aplica-se, também, ao Direito.

Algumas leis são deliberadamente criadas por indivíduos sendo produto do planejamento humano. Este tipo de lei é denominado “legislação” ou *thesis* (FESER, 2006, p. 174). Entretanto, o Direito seria anterior à “legislação” e haveria também um aspecto dele que implica na existência de uma lei “autogerada” ou *nomos*, fruto de uma “ordem espontânea” que possibilita a coexistência dos membros da sociedade. O exemplo mais claro deste fenômeno, segundo Hayek, é a *common law*, pois, traduz um conjunto de práticas evoluídas que permitem a resolução pacífica dos litígios através da interação humana e não do produto da legislação ou planejamento deliberado.

Na *common law*, o que é justo está revelado na prática atual e os juízes devem seguir precedentes como guias de decisão que preservam a ordem espontânea. Nesse sentido, Hayek fala de uma “lei feita por juízes” como algo diferente da legislação. As decisões judiciais só têm força de lei na medida em que fazem parte de uma tradição em desenvolvimento no seio da própria *common law*. É esta tradição que autoriza a aplicação da decisão judicial com base no precedente.

Assim, o regime da *common law* seria estável e vital nesta “ordem” uma vez que contém os elementos que perduram ao longo do tempo, permitindo às pessoas ter expectativas razoáveis sobre ações futuras e, deixando em aberto a possibilidade de que procedimentos e políticas se adaptem às mudanças da sociedade.

Portanto, a *common law*, sem ser o produto de qualquer planejamento intencional, é espontânea e preserva a ordem viva do *nomos* (lei da liberdade), ou seja, compõe o cerne do Estado de Direito propício os valores de uma sociedade neoliberal.

Para Hayek, a legislação como *thesis*, ou seja, a lei planejada é abertamente coercitiva e sujeita à tirania por ser “de cima para baixo”. Esta seria a “lei” menos compatível a um regime de liberdade, em que pese seja necessária para o estabelecimento de normas de arranjo constitucional. Além disso, enquanto o juiz na lei como *nomos* decide de acordo com o desenvolvimento evolutivo das normas existentes, o legislador, na lei como *thesis*, sempre corre o risco de ultrapassar um consenso previamente alcançado em razão do apelo das majorias.

Em suma, *thesis* e *nomos* corresponderiam a dois tipos de ordens sociais no pensamento de Hayek que podem ser chamadas de “teleocracia” e “nomocracia” (HAYEK, 1976, p. 15). Em uma ordem de tipo teleocrático, um mesmo propósito coletivo deve guiar a vida em comum e ser obrigatório para todos os seus membros. Por isso, tal ordem se identifica com uma organização planejada. Já uma ordem de tipo nomocrático é aquela que se forma espontaneamente e que não necessita do dirigismo de seus participantes para que venha a se constituir.

A controvérsia travada por Hayek com Hans Kelsen sobre o positivismo jurídico ilustra bem esta contraposição: haveria dois tipos de sistemas jurídicos, sendo o sistema romano-germânico com base no Direito codificado e o sistema dos países da *common law* com base no precedente.

Para o autor, os primeiros, devido à sua forte dependência da codificação haviam sido vítimas do modo de raciocínio elaborado pelo positivismo jurídico. Hayek afirma que o juspositivismo de Hans Kelsen teria sido responsável pelo totalitarismo nazista e comunista, tendo levado cidadãos a pensar que o conteúdo da lei “é sempre uma expressão da vontade do legislador” (HAYEK, 1976, p. 48-56).

No sistema da *common law*, por sua vez, a lei estaria limitada ao estabelecimento de regras de conduta justa e no âmbito de tais regras uma “ordem espontânea” surgiria em consonância com o movimento do mercado ou “catalaxia” (HAYEK, 1976, p. 107-132).

A influência desta lógica evolucionista de sociedade no pensamento jurídico remonta ao século XIX e aparece em autores como Holmes Jr., Arthur L. Corbin e mais recentemente em Hayek e Richard Posner. Em linhas gerais, as explicações evolutivas do Direito

consistem em dizer que os conceitos jurídicos dominantes seriam aqueles “selecionados” na livre competição de ideias da “evolução jurídica”³.

O Direito seria um produto não intencional da evolução dos sistemas normativos da sociedade, onde as instituições jurídicas mais eficientes sobreviveriam na disputa travada longo do tempo. Assim, o Direito evoluiria através das decisões judiciais e da evolução das leis que responde ao ambiente econômico com especial relevância dada ao papel dos juízes como os principais agentes desta seleção⁴.

Destarte, a compreensão de Hayek do Direito como *nomos* corresponde à sua abordagem do fenômeno jurídico segundo um processo evolutivo que ocorre na sociedade. Ao projetar a distinção entre *nomos* e *thesis* como um problema central na tradição jurídica, Hayek defende que *nomos* assume o real significado de Direito sendo a expressão universal das normas de conduta justa. Já o Direito como legislação (*thesis*), aponta para a emergência do direito público em contraposição ao direito privado, como inimigo da liberdade, razão pela qual deve ser restringido.

Criticando o positivismo jurídico, Hayek dirá que o erro desta corrente intelectual foi traduzir os anseios da maioria através da legislação (*thesis*). Neste contexto, o autor propõe uma Constituição política que delimite apenas atributos gerais e nunca o conteúdo substantivo das regras universais de conduta justa.

A fim de evitar que o direito privado da ordem espontânea seja convertido em um construtivismo racionalista, Hayek defende a criação de uma assembleia legislativa separada e eleita para preservar o *nomos* espontâneo do Estado de Direito (HAYEK, 1979, p. 97-127). Hayek visa afastar a criação de uma “legislação social” planejada, detendo, assim, a “tendência contemporânea” da ditadura das majorias refletidas na legislação votada pelo povo.

³ Holmes (1991) explica a história da responsabilidade civil na tradição da *common law*, mostrando como as normas jurídicas mudavam ao longo do tempo em razão de sua seleção pelas decisões judiciais. O autor assumia alguns elementos da teoria da seleção natural de Charles Darwin como a variação, competição e reprodução.

⁴ Richard Posner (1980) também pode ser considerado representante das teorias evolutivas do Direito. Para o autor, o Direito é um mecanismo relevante para compreensão da evolução cultural das sociedades arcaicas.

3 O ESTADO DE DIREITO NO NEOLIBERALISMO DE HAYEK

O termo “Estado de Direito” é um conceito disputado na teoria e filosofia do Direito (DYZENHAUS, 1999, p. 201). Pode ser utilizado para referir-se à conformidade da atuação dos agentes estatais ao “Império da Lei”, à vedação da ilegalidade e a um conjunto de restrições processuais. De forma geral, o “Estado de Direito” engloba uma série de mecanismos legais, tais como o devido processo, acesso à justiça, neutralidade estatal, justiça procedimental, separação dos poderes, etc. (DYZENHAUS, 1999, p. 183-185).

O Estado de Direito requer que a lei seja relativamente “certa” ao normatizar a conduta humana conquanto estabeleça limites claros à discricionariedade política e judicial. Por isso, visa regular internamente a esfera de ação das funções do governo, delimitando o âmbito público em contraposição ao âmbito privado.

Hayek argumenta que o foco do Estado de Direito deve ser na “justiça procedimental”, em vez de substantiva, reduzindo a interferência estatal ao mínimo, de modo a permitir que os indivíduos tomem decisões econômicas privadas de acordo com a eficiência do mercado.

Por isso, o Estado de Direito, nesta concepção, exigiria que a legislação não faça mais do que fornecer uma estrutura formal para iniciativas privadas, na medida em que um Estado voltado à justiça social e redistribuição de riqueza recairia na discricionariedade e arbitrariedade legal, ameaçando “engolir” a esfera privada.

Assim, quaisquer esforços em prol da igualdade substantiva dos sujeitos em um sistema capitalista estariam em conflito com a ênfase que o Estado de Direito deveria ter em restrições majoritariamente processuais. O argumento de Hayek salienta a incompatibilidade do Estado de Direito com o Estado de bem-estar social ou do Estado de Direito com a redistribuição de riqueza.

Contudo, a defesa de Hayek não leva em consideração que o Estado de Direito é um valor entre muitos de um sistema legal. Neste sentido, políticas de “bem-estar” podem constituir princípios de aplicação em situações concretas, na medida em que o Estado de Direito não somente uma estrutura formal e “certa”, mas, a própria igualdade nas relações sociais e políticas⁵. Além disso, para Hayek, a “justiça” do Estado de Direito deve ser

⁵ Em crítica a concepção neoliberal, Charles Reich (1985) pontua que os direitos ao bem-estar social deveriam ser vistos, também, como uma espécie de direitos de propriedade, reforçando a ideia de que uma distribuição equitativa de recursos facilita o gozo igual pelas pessoas dos direitos ligados ao domínio privado.

processual para não acarretar uma concepção particular e substantiva de Direito referendada pelo Estado, objetando seu “papel ideológico”.

Entretanto, a posição de Hayek, por si só, não é neutra e pretende colocar o valor (substantivo) da liberdade calcada no direito de propriedade privada como fundamento último de sua concepção neoliberal de Estado de Direito. Assim, as exigências de generalidade, abstração e certeza da lei no Estado de Direito têm em vista garantir a segurança das relações jurídicas para as operações do mercado em detrimento de outros possíveis objetivos.

A compreensão neoliberal do Estado de Direito consiste no respeito e na aplicação pelo Estado de um conjunto de regras que vale para toda pessoa privada. Isso porque, segundo Hayek, a sociedade inteira se alicerça em relações econômicas que formam uma “Grande Sociedade”⁶ de direito privado. Este princípio de autoaplicação pelo Estado de regras do direito privado corresponderia ao conceito de Estado de Direito (HAYEK, 2011, p. 299).

Conforme afirma Hayek, além de integrar um amplo conjunto de regras, o Estado de Direito constitui, também, uma regra metalegal ou um ideal político:

Sendo o Estado de direito uma limitação de toda legislação, segue-se que ela não pode ser uma lei no mesmo sentido das leis feitas pelo legislador (...). O Estado de direito, por conseguinte, não é uma regra estabelecida pela lei, mas uma regra que diz respeito ao que deveria ser a lei, uma regra metalegal ou um ideal político (HAYEK, 2011, p. 311).

Por conseguinte, a fim de satisfazer as condições desta regra metalegal, as leis promulgadas deveriam ter “atributos da lei verdadeira”, ou seja, deveriam ser dotadas de generalidade e certeza.

A primeira consequência que se extrai dessa extensão exclusiva do direito privado para Estado como um todo é que “toda a ação coercitiva do poder político deve ser definida sem ambiguidade dentro de um quadro jurídico permanente, que permita ao indivíduo gerir com confiança seus projetos e reduza as incertas inerentes à existência humana” (HAYEK, 2011, p. 311).

A certeza que o quadro jurídico fixo proporciona deve superar a dúvida do sujeito que atua dentro da ordem espontânea e dinâmica do mercado. Assim, o Estado de Direito

⁶ Hayek conceitua “Grande Sociedade” como o conjunto de instituições humanas integrada pelos organismos e organizações.

se refere mais à preservação da “eficiência da ordem do mercado” do que à salvaguarda da ordem jurídica e da democracia. O atributo da certeza é a marca distintiva do projeto neoliberal, indo muito além do mero controle da discricionariedade do homem sobre o homem. Nos comentários de Laval e Dardot:

Desses três atributos da lei (generalidade, certeza e igualdade), o terceiro é inegavelmente o que evidencia melhor que, no pensamento de Hayek, o ideal do Estado de direito confunde-se com o ideal de uma sociedade de direito privado. É nesse ponto que o pensamento do neoliberalismo vai muito além do princípio do controle da autoridade política enunciado por toda uma corrente do liberalismo clássico (...). Uma coisa é obrigar o poder a fazer as leis segundo a regra forma da estabilidade e da igualdade, outra coisa é exigir dessas leis que se alinhem em sua substância às regras do direito privado (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 178).

Logo, a ideia de justiça social ou distributiva não pode fazer parte das atribuições do Estado de Direito, na medida em que este intento constituiria uma obtenção de resultados particulares para pessoas particulares por meio do Estado. Portanto, a busca pela justiça social estaria em contradição com a própria regra do Estado de Direito, pois um sistema planejado de “fins comuns” seria arbitrário e discricionário (HAYEK, 2011, p. 315). Por outro lado, Hayek afirma que o governo pode ofertar medidas de proteção contra miséria fora do mercado, desde que isso não implique na coerção dos indivíduos pela forma de impostos ou pela criação de um monopólio estatal em um serviço público prestado, colocando a economia em risco⁷.

Nota-se que o neoliberalismo de Hayek não exclui, mas, autoriza a intervenção do governo na medida em que ela seja necessária para salvaguardar o ideal de uma sociedade de direito privado. Conforme pontuam Laval e Dardot, essa intervenção é feita pela via judicial, pois quanto maior as ocasiões de litígio entre os agentes econômicos, maior o campo de intervenção judicial. Segundo esta concepção, o fim do Direito passa a ser a própria manutenção do mercado. A lei constrói a “arquitetura” do mercado, desenhando apenas seu enquadramento legal e não regulando a sociedade de forma intencional e deliberada, de forma que no neoliberalismo a questão central é determinar “quais as ações

⁷ Foucault (2008, p. 236-237) ao examinar a noção de Estado de Direito presente em Hayek afirma que ela consiste, basicamente, no oposto de um plano ou planejamento. O Estado de Direito teria a possibilidade de formular medidas gerais e formais, que nunca podem chegar a perseguir um fim público: “Não é tarefa do Estado dizer que a diferença de renda deve ser reduzida. Não é tarefa do Estado dizer que ele quer o aumento de certo tipo de consumo.

governamentais apoiam; quais impedem a atividade de mercado e, quais priorizam e ordenam o apoio ao mercado da maneira mais efetiva” (KENNEDY, 2006, p. 132).

A metáfora de Hayek da sociedade civil como uma grande fábrica ilustra o papel da lei em seu pensamento. Ele enfatiza a importância da lei, afirmando que sua função coercitiva faz com que seja mais do que a mera “engrenagem da fábrica”: a lei serve como condição para a preservação e otimização da ordem neoliberal (HAYEK, 1981, p. 47, 48). Essa é a métrica central para medir a eficácia e legitimidade do Estado e da lei no neoliberalismo.

Conforme enfatiza David Kennedy, os juízes e tribunais confiáveis parecem boas ideias a ordem econômica por diversas razões: para reforçar acordos privados, apoiar processos criminais, combater a corrupção e rever ações judiciais com respeito aos direitos humanos, especialmente, ao direito à propriedade privada (KENNEDY, 2006, p. 159).

Muitos investidores teriam se convencido da importância da reputação dos juízes nacionais nos últimos anos como baliza para decisões relacionadas aos investimentos. Assim, ter um judiciário interno com poderes de revisão judicial tornou-se algo extremamente atrativo para resguardar seus interesses e aumentar o desenvolvimento econômico, permitindo inclusive a repatriação de lucros (KENNEDY, 2006, p. 159).

Nesta dinâmica concorrencial, “decisões de investir ou liberar crédito têm relação direta com as garantias das condições de contratação em operações financeiras e atividades negociais”, ou seja, com a segurança jurídica que investidores procuram nas formas de resolução de eventuais problemas jurídicos que possam vir a ter. Quando esta confiança é frágil e os resultados de transações não são previsíveis, os investidores tendem a se proteger encarecendo o valor do empreendimento, antecipando-se aos problemas jurídicos que podem enfrentar (FARIA, 2004, p. 112).

Nesse sentido, um dos aspectos principais da política neoliberal é o processo de institucionalização da economia de mercado na forma de uma constituição econômica, ela própria integrante do direito constitucional positivo do Estado. O direito econômico da concorrência é uma das partes mais importantes do sistema jurídico estabelecido pelo legislador e pela jurisprudência. Isto é feito através de princípios que constituem a ordem como estrutura formal.⁸ Dentre estes princípios estão: estabilidade política econômica,

⁸ “De fato, uma ordenação de concorrência genuína, justa, legal, flexível em seu funcionamento, não pode existir sem um quadro moral e jurídico bem concebido, sem uma vigilância constante das condições que permitem à concorrência produzir seus efeitos enquanto verdadeira concorrência de rendimento” (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 114).

princípios dos mercados abertos, princípio da propriedade privada, liberdade dos contratos, responsabilidade dos agentes econômicos etc. (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 113).

Para preservar a eficiência num sistema econômico em permanente evolução, a lei deve ser modificada rapidamente ampliando o protagonismo judicial. “O modelo mais puro é, pois, o da *common law*, em oposição ao direito romano-germânico, do qual provém a teoria moderna da soberania” (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 96).

Assim, o neoliberalismo se propõe a “menos positivismo e soberania legislativa” e mais “direitos privados e neoformalismo sobre os limites do direito público” (BROWN, 2006, p. 690-714). Logo ao invés de subordinar o Direito aos objetivos sociais públicos, ele é relegado à execução de tarefas muito bem definidas, relacionadas, especialmente, à propriedade e aos contratos de direito privado.

De acordo com Wendy Brown (2005, p. 37-40), no neoliberalismo, quando a intervenção estatal acontece, mesmo que seja feita em nome do capital, não é gestado um processo de crise ou crítica: “[a independência dos poderes sociais e econômicos] é o critério de legitimidade que o neoliberalismo supera ao lançar o Estado como uma extensão do mercado [...] ou uma forma de mercado”.

Ademais, a lógica neoliberal diverge do modelo de Estado de Direito clássico no qual o poder do Estado deriva do consentimento e da representação dos cidadãos. No neoliberalismo, a autoridade Estatal começa a ser gradativamente derivada de sua capacidade de garantir e assegurar condições adequadas para a atividade econômica e o enriquecimento individual. A vontade democrática do povo se torna irrelevante ou trivial para os assuntos econômicos e, prejudicial quando mobilizada para intervir na busca de objetivos sociais que desajustem as condições espontâneas do mercado (BROWN, 2005, p. 226-237).

As leis da ordem econômica devem permanecer estritamente formais, concebidas *a priori* na forma de regras fixas dentro de uma infraestrutura na qual os agentes econômicos possam fazer suas decisões livremente e aplicadas ao Estado da mesma forma em que se aplicam aos indivíduos. O fundamental nesta noção de Estado de Direito é que todos devem saber como as autoridades públicas irão proceder (BROWN, 2005, p. 226-237).

O “ajuste do mercado” que não é apenas eficiente, mas maximiza a liberdade e a oportunidade dos sujeitos para fazerem “livres” escolhas sobre suas próprias vidas. Assim, o neoliberalismo cria um quadro jurídico claro e preciso para a atuação de agentes econômicos e a isto dá o nome de “Estado de Direito”; trata-se da conversão da estrutura formal do Estado na salvaguarda da ordem econômica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese as interpretações do pensamento de Hayek sobre o Estado de Direito sejam controversas, é importante centrar a reflexão final trazida por esta pesquisa em alguns pontos.

Primeiramente, diante do exposto destaca-se que o neoliberalismo não é uma simples continuidade da racionalidade liberal clássica: trata-se de um “sistema ideológico sui generis” ou de uma racionalidade normativa de tipo ético, que nasce de processos de disputa e colaboração entre vários indivíduos, perpassando as esferas política, burocrática e intelectual.

Seu núcleo ideológico distinto da proposta liberal procura cristalizar o mercado como um dado apolítico e natural sobre todos os outros modos possíveis de organização da sociedade e do Estado, consagrando o mercado como panaceia ou “senso comum dos tempos”. Assim, ao mesmo tempo em que se utiliza do Direito e do Estado para legitimar-se, o neoliberalismo busca libertar o mercado das amarras institucionais para elevá-lo acima da política, impedindo mudanças e reviravoltas populares e governamentais que lhe sejam opostas.

Este modo de atuação é colocado em prática através da articulação de uma ampla gama de redes profissionais, intelectuais e políticas que se utilizam da linguagem e dos mecanismos do mercado para implementar estratégias de controle da sociedade.

As inúmeras crises e críticas que o neoliberalismo enfrentou e ainda enfrenta apenas reforçam sua capacidade de reconstrução e metamorfose. Logo, o ponto central da análise é fazer perceber que, seja no universo jurídico, político ou econômico, o neoliberalismo é uma ideia em movimento e constante resignificação; não se trata de um conjunto fixo de políticas, mas, de critérios para avaliar a aplicação dessas políticas, mantendo sua potência viva.

Esse modo flexível de racionalização e exercício do poder governamental aponta para a teoria elaborada por Hayek sobre o Estado de Direito no neoliberalismo. O pensamento do autor austríaco permite diversas leituras e resignificações dentro da arquitetura filosófica que propõe: especialmente, através das noções de “nomos”, “ordem espontânea”, “liberdade”, “atualização e aprimoramento da lei”, “descoberta de normas e princípios jurídicos”, etc, Hayek mostra algo já manifesto no sistema neoliberal; a sua

capacidade de ganhar movimento em diversas direções, “vencendo” pela falta de direção e objeto específico.

Todavia, em uma leitura mais atenta e crítica, nota-se que seu projeto é ético e forte, escondendo uma face nitidamente ideológica por detrás de termos fluídos e enigmáticos, integrantes de uma filosofia social mais abrangente. O Direito como *nomos* visto em Hayek pode assumir a forma que quiser e, se a ordem espontânea da sociedade evolui para formas mais autoritárias e excludentes, o que o “design sem designer” terá a dizer?

Assim, o vazio explicativo da ordem espontânea e variável oblitera algo mais: ele é a própria possibilidade de que as ideias neoliberais continuem se movendo para onde desejarem, tornando o projeto interminável, uma vez que sempre poderá “ressurgir das cinzas” de uma mudança de direção para um novo revigorado começo.

Para tanto, o neoliberalismo se utilizará de seu grande e poderoso trunfo - a estrutura do Estado de Direito, reconfigurando-a segundo a rota escolhida. Por essa razão, o Estado de Direito se converte em uma ordem nomocrática, ou seja, uma ordem capaz de identificar-se e operar de acordo com a catalaxia, ou seja, o modelo do mercado.

Ressalta-se que tais considerações não são neutras, apolíticas ou anti-ideológicas; os elementos que denotam a “legalidade neoliberal” sugerem um Estado forte que intervém a fim de manter vivo e operante o *nomos* do livre mercado, utilizando da linguagem e da figura de uma “ordem espontânea”.

REFERÊNCIAS

BROWN, Wendy. American Nightmare: Neoliberalism, Neoconservatism, and De-Democratization. **Political Theory**, v. 34, n. 6, p. 690-714, 2006.

_____. Neoliberalism and the End of Liberal Democracy. In: BROWN, Wendy. **Edgework: Critical Essays on Knowledge and Politics**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

DYZENHAUS, David. **Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order**. Oregon: Hart Publishing, 1999.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/download/10002/11574>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FERGUSON, James. **The Uses of Neoliberalism**. In *The Point is to Change it*. Wiley Online Library, 2012.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica**. Curso dado no College de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. The Fortieth Anniversary Edition. Chicago: Chicago UP, 2002.

HAYEK, Friedrich A. von. **Law, Legislation and Liberty: Rules & Order**. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

_____. **Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice**. v. 2. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.

_____. **Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People**. v. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

_____. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

_____. **The constitution of liberty**. Chicago: Chicago University Press: 2011.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

KENNEDY, David. The 'Rule of Law', Political Choices and Development Common Sense. *In*: TRUBECK, David M; SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal** 95. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a Sociedade Neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

POSNER, Richard A. A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law. *The Journal of Law & Economics*, v. 23, n. 1, p. 1-53, 1980: Disponível em <http://www.jstor.org/stable/725284>. Acesso em 02. abr. 2018.

REICH, Charles. The New Property. *Yale Law Journal* and C.B. Macpherson. "Human Rights as Property Rights". *In*: MACPHERSON, C.B. **Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays**. Oxford: Oxford University Press, 1985.

NOTAS

TÍTULO DA OBRA

Descobrimos a legalidade neoliberal: a reconfiguração do Estado de Direito segundo Hayek

Ana Catarina de Alencar

Mestre em Direito

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Direito, Florianópolis, Brasil
caterinahalencar@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1412-922X>

LICENÇA DE USO

Os autores cedem à **Em Tese** os direitos exclusivos de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Licença Creative Commons Attribution 4.0 Internacional \(CC BY\)](#). Esta licença permite que **terceiros** remixem, adaptem e criem a partir do trabalho publicado, atribuindo o devido crédito de autoria e publicação inicial neste periódico. Os **autores** têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada neste periódico (ex.: publicar em repositório institucional, em site pessoal, publicar uma tradução, ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial neste periódico.

PUBLISHER

Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. Publicado no [Portal de Periódicos UFSC](#). As ideias expressadas neste artigo são de responsabilidade de seus autores, não representando, necessariamente, a opinião dos editores ou da universidade.

HISTÓRICO

Recebido em: 23 de maio de 2020

Aprovado em: 22 de julho de 2020