

ESTADO, REGULAÇÃO E GOVERNAMENTALIDADE

Antonio Marcelo Pacheco¹

Resumo: O artigo busca estabelecer uma reflexão sobre a crise da regulação e da governamentalidade do Estado na contemporaneidade a partir do recorte que se faz da obra ‘Crônica de uma morte anunciada’, do escrito latino-americano Gabriel Garcia Marques. Se busca através deste recorte ficcional desenvolver uma reflexão crítica sobre as condições nas quais se pode perceber o Estado, na sua relação com a sociedade a partir das condições da sua capacidade de regulamentação e governamentalidade, uma vez que parece perceptível a crise destes institutos e uma consequente crise da capacidade do Estado, através dos mecanismos tradicionais seguir a plenitude de sua capacidade reguladora disciplinadora.

Palavras-Chave: Estado – regulamentação – governamentalidade – crise estatal - governança



1. O PROBLEMA JURÍDICO DA REGULAÇÃO ESTATAL ENQUANTO PONTO DE PARTIDA EM RELAÇÃO À TEORIA DO DIREITO: CRÔNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA.

¹Formado em História, Filosofia, Sociologia e Ciências Jurídicas e Sociais, mestre em Ciência Política, Mestre em Direito e Doutorando em Sociologia. É membro do GPCV vinculado junto a UFRGS e ao CNPq.

“Nós devemos sempre estar preparados para estabelecer a verdade da maneira que a vemos, mas nós nunca devemos recusar enxergar além dessa verdade e de afirmar isso, só porque no passado nos comprometemos com uma afirmação que agora nos parece imperfeita.” John Hicks (Critical Essays in Monetary Theory).

“Metidos em redes globais de turbulentos fluxos financeiros, os governos são cada vez menos capazes de controlar a política econômica nacional, já não podem dar a seus cidadãos as vantagens tradicionais do estado de bem-estar social”. (Fritjof Capra)

A atual e necessária questão acerca da efetividade da regulação jurídica passa, obrigatoriamente, pela revisão do papel regulatório do Estado na contemporaneidade². A óbvia, e talvez por isso tão evitada, discussão acerca das formas, dos limites, e dos possíveis conteúdos da regulação estatal através do sistema jurídico encontra na legitimação o primeiro obstáculo a ser enfrentado³.

Assim, qualquer diálogo nesse contexto deve partir de uma análise dos diversos discursos herméticos que compõem a sociedade, salientando a posição dos poderes estatais

² A efetividade da regulação jurídica, e, portanto a efetividade do próprio Direito, deve ser compreendida aqui no sentido tanto da observância das normas jurídicas quanto também da sua eficácia social empiricamente constatada.

³ No decorrer do texto optou-se pela referência ao conceito de *legitimação*, em detrimento de *legitimidade*, por entender que esta só é possível a partir de um processo, de um vir a ser, não se constituindo em uma espécie de característica inata de algo, que pode conduzir a uma postura antitética linear, metafísica e reducionista de: ou se tem legitimidade, ou não. Contudo, manter-se-á o uso gráfico de legitimidade na referência as ideias de autores que aludem a essa grafia, em respeito a suas conotações. No mesmo sentido LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

(Executivo, Legislativo e Judiciário) na tentativa nem sempre bem-sucedida de atender e representar tais interesses que se caracterizam por serem plurais e fragmentados e, não raro, contraditórios.

Em socorro a esta tarefa convém recordar uma obra de Gabriel Garcia Márquez intitulada *Crônica de uma Morte Anunciada*⁴. Em um vilarejo, na costa caribenha da Colômbia festejava-se um casamento. Contudo, na própria noite de núpcias ocorre uma desgraça. A bela moça que se casara na véspera fora devolvida à casa dos pais porque o marido viu que não era virgem. Logo, decide-se que o “malfeitor” da pobre moça deve morrer para que a família “*lavasse sua honra com sangue*”.

O impressionante na crônica é que todos os moradores no vilarejo sabem que o crime é iminente, e todos querem evitá-lo, inclusive aqueles encarregados do assassinato. Contudo, os fatos se desenvolvem e todos os personagens são conduzidos mesmo contra vontade íntima, mas de acordo com uma vontade coletiva que nenhum deles consegue evitar, até a cena prevista, na qual a vítima será “*retalhada como um porco*”. Dá-se na trama uma espécie de *self-fulfilling prophecy*: todos sabiam o que estava para acontecer, todos sabiam que o assassinato era um crime proibido pela ordem jurídica local, todos tinham consciência da pena aos que ousassem transgredir e mesmo que nenhum deles desejasse intimamente que o crime se consumasse, contudo, o crime acontece exatamente como previsto e todos aqueles que tentaram evitá-lo de alguma forma, ao final, contribuíram decisivamente para a sua realização.

Mesmo que todos os envolvidos tivessem consciência da gravidade do fato, do peso da sanção e da alta probabilidade de que ela viesse a ser imposta, ou seja, por um lado, reconheciam

⁴ GARCIA MARQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. Record: Rio de Janeiro, 2001.

a existência daquelas normas jurídicas que proibiam o assassinato e que essas normas seriam, posteriormente, aplicadas; por outro lado, a existência dessas normas repressoras do ato não é ilegítima, na medida em que o grupo percebe nelas a presença de sentidos que identificam na própria moral do grupo. Mas, por que não desistiram do ato? Por que realizar o cumprimento de uma *profecia* contrária à regulação jurídica? Por que agiram contrariando os seus próprios interesses individuais? Por que a governamentalidade⁵ não lhes impediu o agir que em síntese a ameaça?

Mas a morte anunciada quando consumada não põe fim ao desrespeito à ordem jurídica; antes o contrário, dá início ao próprio processo que reconhece o desrespeito às normas estatais. É o que se constata ao final, quando depois de presos e processados, os assassinos são absolvidos unanimemente do crime perante o tribunal do júri, tribunal dos seus pares.

A comunidade local os absolve de um crime em que todos foram testemunhas e, muitos dentre eles, até mesmo participaram da ação em um crime premeditado, com materialidade e autoria evidentes. É o senso comum que nega aos assassinos a sanção jurídica que todos sabiam ser devida e que o ordenamento legítimo impunha. Por que a lei, o sistema jurídico não foi capaz de evitar o crime? Mais grave: por que a lei, o sistema jurídico com toda a sua linguagem não é observado nem mesmo depois do crime cometido?

Como explicar, do ponto de vista de uma teoria do direito, de uma teoria da governamentalidade a assustadora e diminuta efetividade da lei neste vilarejo da Colômbia? Como

⁵Diz Foucault que o conceito de governamentalidade “É, portanto, o conceito que permite recortar um domínio específico de relações de poder, em relação ao problema do Estado [...] a palavra já não designa somente as práticas governamentais constitutivas de um regime de poder particular (Estado de polícia, ou governo mínimo liberal), mas as maneiras como se conduz a conduta dos homens...”. in: FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 532.

explicar os desvios coletivos dos habitantes do vilarejo em relação à norma?

A resposta geral a todas estas questões aparece subsumida na própria história: a existência de uma orientação normativa concorrente com a proveniente do Estado que ameaça não só o poder de regulamentação, mas a própria idéia da governamentalidade, pois é construído um senso comum sobre a ordenação social-cultural oficial: aquela determinava a morte do “*malfeitor*” a todo custo, mesmo que ao custo de entrar diretamente em choque com a disposição jurídica; a segunda, que não pode associar-se com a primeira, exige que os ‘justiceiros’ respondam pelo que todos compreendem como a única ação a ser feita para reordenar as relações sociais abaladas.

Em certo sentido, a resposta do grupo de moradores, ao natural, age para contrariar o Estado e a sua capacidade de governo e de governamentalidade, pois se insurgem contra ela, contra o fato de que ela é “(...) *entendida no sentido amplo de técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens. Governo dos filhos, governo das almas ou das consciências, governo de uma casa, de um Estado ou de si mesmo*”. (Foucault, 2008: 532)

O sujeito se insurge contra uma idéia de si em si mesmo, pois se vê obrigado a (re)agir contra uma condição aceita na própria ação. Em certo sentido, ressignificam a idéia de população abandonando-se no conceito de povo, o que representa uma nova condição para a ação do grupo na qual esta se reagrupa numa certa vontade dos habitantes do vilarejo que rompem com a épistémè reconhecida por Foucault quando observa as transformações pelas quais passou o Estado.

É, assim, de certa forma, uma emergência do não dito, de uma descontinuidade na resiliência da continuidade histórica, de algo que em tese não poderia estar, isto é, ser devolvido ao nível da consciência coletiva, contrariando aquele contínuo

histórico-social que fundamenta a idéia do Estado moderno. O agir dos moradores do vilarejo é mais do que uma tomada de consciência, é uma ruptura com toda uma presentalidade social. Como observaria Foucault, é um despojamento.

“É preciso abandonar essas críticas fabricadas, esses agrupamentos que são aceitos antes de qualquer exame, essas ligações cuja validade é admitida de saída; rejeitar as formas e forças obscuras pelas quais se tem o hábito de ligar entre si os pensamentos dos homens e dos seus discursos; aceitar ter relações apenas, em primeira instância, com uma população de acontecimentos diversos”.⁶

A obra de Garcia Marquez denuncia de forma lúdica, a crise regulatória do direito na sociedade contemporânea ao admitir o conflito entre normas jurídicas oficiais e não oficiais. E, na emergência cotidiana destas últimas, denuncia a crise e o conflito da governamentalidade estatal. Conflito esse que parece ter passado despercebido pelos desenvolvimentos jurídicos em matéria de teoria do direito, mas que fazem parte da grande discussão internacional dos últimos quinze anos.

Movimentos como o do *Critical Legal Studies*⁷ e da *Legal Deconstruction*⁸, entre outros, colocaram fim na discussão acerca de qual a orientação a ser seguida: o intervencionismo ou o liberalismo; princípios individuais ou coletivos; racionalidade material ou formal; substancialismo ou procedimentalismo.

⁶ FOUCAULT, Michel. Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento / Michel Foucault; organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta; tradução Elisa Monteiro – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 88.

⁷ KENNEDY, Duncan. *Critique of adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Londres: Verso, 1996.

⁸ DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

Apesar de esse debate esvaziar-se totalmente de sentido, principalmente tendo em vista a desconstrução que esses movimentos possibilitaram da diferença entre âmbitos privado e público de regulação, os juristas permanecem nesse dualismo, mesmo que de forma inconsciente. Tal panorama se deve, em muito, a vetusta discussão teórica travada nas raias do normativismo e da teoria da norma jurídica entre correntes neopositivistas e um renovado jus naturalismo deontológico.

Ao mesmo tempo, na sociedade, tanto uma ordem global básica, quanto uma ordem nacional que sejam juridicamente vinculantes e territorialmente definidas, não são mais perceptíveis. As bases de sustentação do sistema jurídico moderno são abaladas pelas ondas de choques causadas pela globalização e pela privatização⁹.

Da mesma forma, cada vez mais atividades sociais são dirigidas por grupos não governamentais, ONG's, empresas privadas, grupos comunitários, etc. Afirmam-se tendências de auto-regulação social, trabalhando não de forma paralela ao Estado, mas obrigando-o a cumprir determinadas decisões em dimensão local ou regional¹⁰ num sistema de tomada de decisões complexas que fogem do clássico sistema *top down* e que são tratadas pelo nome sugestivo de governança¹¹.

Toda esta complexidade ainda tem o poder de subverter as condições de disciplina, lei e segurança que se viram constituídas nas transformações das relações do Estado com a

⁹TEUBNER, Gunther. "Reencontro com 'il buon governo'". In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 271

¹⁰ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹¹COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro branco da governança europeia*. Bruxelas, 25.7.2001 [COM(2001) 428 final] e COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. *Our global neighborhood*. New York: Oxford University Press, 1995. Para maiores detalhes, relatórios e documentos relevantes a respeito da Governança ver os sites da ONU <http://www.un.org/issues/m-gov.asp> e da União Europeia http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm

sociedade. Inclusive quanto à força da própria presença da segurança. O que se observa nesta crise é a emergência de nova tecnologia do poder, na medida em que o espaço social parece produzir novas respostas a novas opções de reação ao que violenta a emergência da violência.

O espaço social contemporâneo, recontextualizando a obra de Garcia Marquez rerepresenta um desafio à capacidade de regulação da população, desafio que tem a sua capilarização decisivamente marcada pela globalização. O sujeito pode estar, assim, estimulado a desafiar aquilo que Foucault nomeia de sociedade de segurança, radicalizando inclusive o que ele mesmo já colocava: “(...) poderíamos dizer que em nossas sociedades a economia geral de poder está se tornando a ordem da segurança?”¹²

Tanto os problemas trazidos pela globalização, quanto às novas possibilidades esboçadas pela *Private Governance* apontam para o fato de que a distinção reducionista substancialismo *versus* procedimentalismo já não serve mais de orientação segura. Dessa forma, o sistema jurídico, a lei, a governança e a governamentalidade perdem suas diferenças diretrizes, suas unidades, fragmentando-se em um sem número de discursos diferentes. Os respectivos fundamentos da ordem estatal-jurídica são abalados e as construções teóricas normativistas já não se sustentam como condição de possibilidade de uma compreensão adequada da realidade, de uma compreensão do fenômeno jurídico, e, muito menos, do fenômeno social da violência.

A fragmentação discursiva da sociedade, seja ela efeito da globalização ou do surgimento de movimentos sociais, reflete-se numa espécie de estilhaçamento jurídico interno¹³.

¹² FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 516.

¹³ Nesse sentido, abordando a tendência de fragmentação dos conceitos, o estilhaçamento dos conceitos jurídicos ou do direito – *zersplietierung* –, ver a contribuição de Erik Jayme. JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna

Contemporaneamente, o maior desafio do Estado e de sua capacidade de governamentalidade é a perda de uma *unidade romântica* e a consequente desconstrução imposta por vários sistemas particulares de regulação que compõem a arena global.

Lex mercatoria, lex laboralis, lex sportiva internationalis, entre outros tipos de regulação normativa social constituem-se em políticas de lei sem ou para além do Estado. Eles são produtos de uma série de discursos altamente especializados, frutos do desenvolvimento de regimes privados de governança e que conservam certa autonomia do sistema jurídico nacional e do sistema jurídico internacional público¹⁴.

Tais fenômenos sociais têm o condão de exercer tarefas administrativas regulativas e de solução de conflitos em novas áreas e sob novas formas, que tendem a escapar da estrutura e da burocracia estatais. São novas áreas na medida em que sempre estiveram ali, mas não foram contempladas pelo discurso oficial. A sua emergência se deu, por um lado, pela ampliação das prerrogativas do consumo, dos direitos exercidos pelos consumidores que foram ampliados equivocadamente pelo crescimento do status dos direitos fundamentais, e por outro lado, pela espacialidade diversificada da violência que deixou de ser restrita aos espaços tradicionais e invadiu áreas que se acreditava estarem imunes a sua presença.

Contudo, a perda da unidade da governamentalidade deixa vulneráveis seus âmbitos de regulação, disciplina e segurança, permitindo que assumam lógicas racionais de outros sistemas sociais, como a economia ou, perversamente, uma lógica universalista dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva o grande desafio do Estado surge como a

do direito comparado". Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 759, 1999, p. 36.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. "Reencontro com 'il buon governo'". In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*, p. 276.

necessidade de desenvolvimento teórico-prático de uma adequada regulação jurídica, que seja capaz de corresponder à situação atual, ou seja, que compreenda a possibilidade de quebra do monopólio regulativo e da segurança, a definição das áreas de abrangência e dos limites da atuação estatal e de sua cada vez mais contestada capacidade de poder.

2. A POSIÇÃO CENTRAL DO ESTADO NO NORMATIVISMO SOCIAL-JURÍDICO

“De maneira geral, a questão que se coloca será a de saber como, no fundo, manter um tipo de criminalidade, ou seja, o roubo, dentro de limites que sejam social e economicamente aceitáveis e em torno de uma média que vai ser considerada, digamos, ótima para o funcionamento social dado. A lei como mecanismo disciplinar”. (Foucault, 2008: 08)

Seguindo essa óptica, Zagrebelsky comenta a importância da re-visão de três instâncias indispensáveis para o sistema jurídico: a teoria das fontes, a teoria das normas e a interpretação jurídica. Ao longo dos anos, este sistema de leis pareceu resolver a questão do papel do Estado, e, por conseguinte a questão da regulação e da segurança, recorrendo-se a uma teoria hierárquica das fontes.

‘*Fonte de direito*’ passou então a ser o fundamento último, a condição de última instância. O fundamento era buscado no Estado e na sua capacidade de governamentalidade, numa concepção contratualista própria da compreensão da sociedade moderna. Tendo essa origem variado de acordo com a evolução do fenômeno jurídico.

No momento em que se aceita uma expressão múltipla da ordem jurídica, naturalmente surge uma nova questão: se a

fonte de direito não é única, qual a fonte última? Qual a fonte principal da qual decorrem logicamente todas as demais? Na tentativa de se responder a tal pergunta a teoria do direito recorreu a vários tratamentos diferenciados originando o que se passou a chamar de teoria das fontes.

A construção mais influente (ou ao menos a mais tradicional) passou a ser representada por uma ordem escalonada de fontes: a ordem eterna, a ordem natural e a ordem humana. No início da Idade Média surge a necessidade de mais uma instância de representação do fundamento jurídico: a ordem divina. Direito eternos, direito divinos, direito naturais, direito Positivos e direitos fundamentais conformam-se, assim, nas bases fundamentais do sistema jurídico, da lei. Com a falta de fundamento atribuída à ordem eterna – porque seus mistérios eram incompreensíveis ao ser humano – e à ordem divina – como resultado da afirmação da racionalidade instrumental-científica moderna – direito natural e direito positivo passam a disputar a posição de destaque na definição ontológica de Direito, isso, pelo menos, ao longo dos séculos XIX e XX.

Num determinado momento do desenvolvimento do sistema jurídico, tanto os direitos positivo quanto o Natural convergem sobre um determinado ponto: a identificação de leis. A lei seja ela expressa ou escrita pela mão do homem ou deduzível tacitamente pela física ou pela lógica matemática assume a primazia sobre as demais formas de expressão da lei. O custo desta pretensão foi a prática de se renegar os costumes, os dogmas conceituais e os princípios gerais para um âmbito subsidiário na definição do jurídico.

A existência da lei passa a ser, concomitantemente a expressão última e o fundamento primeiro do sistema jurídico e da própria governamentalidade, assim como a forma clássica de regulação social encontrada pelo Estado. O fato social se vê, desta forma, compreendido idealmente no espaço da lei,

reapresentado enquanto lógica formal gramatical, sem que se perdesse com tal absurdo positivista reducionista uma incrível ampliação do sistema legal na medida em que concentra a regulamentação, a segurança e a governamentalidade estatal. Como coloca Foucault sobre tal ampliação:

“Retomem agora todo o conjunto da legislação que vai dizer respeito não apenas ao roubo, mas ao roubo cometido pelas crianças, ao estatuto penal das crianças, às responsabilidades por razões mentais, todo o conjunto de legislativo que diz respeito ao que é chamado, justamente, de medidas de segurança, a vigilância dos indivíduos depois de sua instituição: vocês vão ver que há uma verdadeira inflação legal, inflação do código jurídico-legal para fazer esse sistema de segurança funcionar ... e o que consiste algumas destas tecnologias de segurança”. (Foucault, 2008:11)

Em latim *legitimus* não quer dizer mais que a conformidade com a *lex*, contudo, nas línguas modernas o conceito de lei aparece mais diferenciado e, como consequência, também o de conformidade a ela¹⁵.

A passagem ao Estado moderno, i.e., parte como resultado da industrialização, mas mais pela inclusão da agricultura na economia monetária e, finalmente, pela Revolução Francesa, substituiu gradativamente a legitimidade pela legalidade, até subjugar-la a pura legalidade constitucional. A redução, do ponto de vista da teoria, culminaria com a conhecida obra de Hans Kelsen:

“O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o

¹⁵ AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 15

princípio da legitimidade.”¹⁶

Tal pensamento de um positivismo extremo recebeu correções no pensamento alemão, mormente em Weber e sua distinção entre legitimidade carismática, tradicional e racional. Num primeiro plano estabelece-se uma correspondência entre os tipos de ação e respectivas legitimidades, cada uma delas buscando uma forma específica de validade¹⁷. Num outro prisma, tem-se a divisão da legitimidade racional em racional com relação a valores e legal, ficando a aceitação da última baseada na vigência do estatuído positivamente.

Não obstante, Ayuso destaca duas diferenças importantes entre a legitimidade weberiana e a kelsiana destacando que, por um lado, abre-se a possibilidade de distinguir entre legalidade e legitimidade no caso de um poder socialmente não aceito, ou tirânico, enquanto que por outro se aponta levemente a possibilidade de se considerar uma legitimidade não legal por via de admissão de um direito natural residual e minimamente operante¹⁸.

Contudo, Weber ainda se mantém no domínio com base numa legitimidade judicialmente sancionada, ou seja, aproximando o conceito de legitimidade do de legalidade.

Até o início do século XX a criação de uma teoria das fontes e a supremacia da lei mostram-se como a solução do Estado Moderno para a questão da regulação e da confirmação de sua capacidade de governamentalidade. Tal solução, apesar de fortemente contestada durante longo tempo apenas encontrou outra forma de representação através da ascensão do normativismo e o desenvolvimento de uma teoria da norma,

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 233

¹⁷ Para os tipos de ação ver WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido por José Medina Echavarría. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.

¹⁸ Tal legitimidade parece estar relacionada diretamente às ações racionais com relação aos valores. Ver AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 20

por mais formal e mecanicista que tal teoria tenha vindo a representar.

O problema da regulação e da segurança social encontra, assim, a partir do início do século passado uma nova resposta: a norma jurídica. Surgem, então, algumas teorias jurídicas inovadoras, todas elas considerando o conceito de norma como o conceito fundamental do sistema jurídico e até de uma ciência jurídica. A norma jurídica passa a ser até mesmo um indicador do espaço social, uma vez que ela reagrupa a ação do sujeito social a partir dos seus limites ideológicos.

Durante todo o século vinte, construções teóricas diferentes, e até mesmo aparentemente contraditórias, se reúnem sobre a idéia de norma. Ela passa a representar a unidade perdida do sistema jurídico; e a normatividade a sua “essência”.

“Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas”.¹⁹

A centralidade do conceito de norma jurídica determina a compreensão do direito e da lei, bem assim da própria sociedade. A ponto de se afirmar que *a experiência jurídica é*

¹⁹KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

*uma experiência normativa*²⁰, bem assim, uma experiência social. A norma prescreve o que deve ser. Abre-se assim uma distinção importante entre fatos e normas pela qual o fato pode ser julgado conforme ou discrepante à norma. Ainda, possibilita sua identificação com o estado de direito analisado por Weber com o uso do conceito de dominação legal. Nesse tipo de dominação, *se obedece às normas e não à pessoa*²¹.

Contudo, uma norma nunca tem uma existência de forma isolada, sempre está presente num contexto de normas que pressupõe relações entre si, sendo talvez a principal delas a relação de validade sobre a qual se deterá no decorrer do texto.

O que importa é que se analisarmos o ordenamento apenas como um conjunto disperso de normas se corre o risco de que existam normas contraditórias, que se excluam mutuamente. Tais normas não alcançariam o objetivo último a que se propõem, isto é, a orientação de uma conduta humana.

Julgando as normas apenas por sua finalidade, normas contraditórias não serviriam para o ordenamento, antes ao contrário, poderiam provocar sua ruína. Assim, para o normativismo não era suficiente determinar o conceito de norma como o conceito fundamental, pois era preciso também garantir um mínimo de coerência interna. Para tanto, fez-se uso da noção de sistema. Assim, direito passou a ser sinônimo de sistema normativo. Sistema que, nas palavras de Bobbio é definido por *uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem*²². Um sistema jurídico pressupõe uma ordem e uma unidade e ambas devem ter um fundamento comum.²³

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 23.

²¹ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido por José Medina Echavarría. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 173

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento*. 10ª ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro C. Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999. p. 71.

²³O uso do termo “*sistema*” por inúmeras teorias jurídicas não é algo novo, quer na

O interesse no prisma regulatório remete às concepções de sistema jurídico que se inserem num paradigma da norma ou que possam por ele ser influenciadas delimitando consideravelmente a reflexão. A reunião das características expostas passa a atender pelo que aqui denominaremos como normativismo. Ou seja, certo modo de abordar o estudo, uma certa teoria e, até mesmo, uma certa ideologia do sistema jurídico e da lei na quais se fazem presentes a centralidade do conceito de norma, a referência a um sistema normativo, a preocupação com uma linguagem precisa e rigorosa e uma idéia de governamentalidade estatal.

Tais características reúnem vertentes chamadas de neopositivismo ou positivismo deontológico ou ainda positivismo neokantiano. A originalidade dessas correntes positivistas mais contemporâneas está no seu critério de juridicidade.

A normatividade afasta o sistema jurídico do critério estritamente legal (positivismo clássico), assim como do critério de justiça (jus naturalismo). Contudo, na escolha da normatividade como característica definidora do jurídico, separa-o sobremaneira da eficácia, do comportamento efetivo de uma comunidade e das ações humanas concretas (realismo).

Essa espécie de assepsia teórica busca como objetivo a elaboração de um conceito de lei e de direito que não remete a nenhuma esfera alheia ao mundo formal-jurídico, e, portanto, a nenhum fundamento externo, ou seja, social. No lugar de justiça ou eficácia surge a validade como critério próprio, no qual norma jurídica não é necessariamente justa ou eficaz, mas válida.

“A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na

doutrina estrangeira (Savigny) quer na doutrina nacional (Pontes de Miranda). No âmbito da ciência jurídica, não se pode olvidar que o termo tem uma longa história, que não deve ser esquecida, mas que não se pretende aqui percorrer.

*esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade”.*²⁴

Estabelece-se, assim, uma correlação entre validade e a existência qualificada da norma. Contudo, surge a pergunta: o que faz uma norma pertencer ao ordenamento jurídico? E na mesma medida poder ser creditada para além do social? Excluídas justiça e eficácia, a resposta só pode ser dada a partir da origem da norma²⁵.

A pergunta pela origem da norma e as soluções apontadas pelo normativismo surgem como a resposta jurídica para a questão do fundamento. E muito dessa resposta se deve ao papel da governamentalidade do Estado.

O verdadeiro fundamento de validade de uma norma passa a ser outra norma superior, e desta outra ainda mais superior até a idéia de uma lei fundamental ou de princípios fundamentais. O fundamento de uma norma passa a ser outra, numa cadeia autoprodutiva que tem no topo de seu sistema a Constituição, ou seja, a norma originária fundadora do Estado. O objetivo, então, é demonstrar como o normativismo tenta definir o sistema jurídico como um sistema normativo autofundado, através de uma *norma suprema*, numa resposta técnica a necessidade prática de confirmação de alguns padrões modernos de segurança, certeza e verdade.

Na busca por diferenciar norma jurídica de lei, Kelsen coloca a primeira no nível de uma metalinguagem, consubstanciando a diferença ontológica entre *ser* e *dever ser* (*Sollen*). Essa diferenciação entre mundo dos fatos e mundo das normas apoiou-se de forma diversa no decorrer da

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136-137.

²⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 20.

formação do pensamento kelsiano. No primeiro momento, na primeira edição alemã da *Teoria pura do direito* (1934), o dever-ser vinha fundamentado como uma categoria transcendental kantiana. Em momento posterior, já na segunda edição da mesma obra, o *Sollen* vem definido como um conceito simples, no sentido de Moore, ou seja, que não pode ser analisado nem definido.

É justamente neste deslocamento do mundo do ser para o do dever ser que se traça um conceito definitivo para o normativismo: a validade. A norma, por pertencer ao mundo do dever ser pode ser apenas válida ou inválida, não verdadeira ou falsa.

Em Kelsen, o termo validade (*Geltung*) apresenta pelo menos quatro sentidos²⁶, que estão todos diretamente implicados. Primeiramente, validade é a qualidade que expressa a própria existência da norma. Designando a existência específica de uma norma como a sua “validade”, exprime-se o modo particular no qual essa norma nos é dada à diferença do existir dos fatos naturais²⁷.

Depois, Kelsen usa o termo validade para significar a pertinência a um ordenamento jurídico. Não existem normas jurídicas isoladas, elas se apresentam num sistema normativo. A norma que pertence a determinado ordenamento é, por si, uma norma válida²⁸. O termo validade também aparece com o sentido de norma *criada na forma prevista pelo sistema*, ou seja, uma norma será válida quando criada de acordo com outra norma (auto-validação). E, por fim, validade também é usada por Kelsen com o sentido de obrigatoriedade, ou seja, como consequência de uma norma válida (efeito). *Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale”,*

²⁶ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 136.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 11.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 33. No mesmo sentido em BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento*, p. 60.

*significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito na norma*²⁹.

Esses vários sentidos de validade³⁰ exigem da teoria kelsiana um fundamento comum. Assim, para Kelsen, a racionalidade do sistema é determinada por uma hierarquia normativa, na qual a validade de uma norma é determinada por uma norma hierarquicamente superior que determina sua integração ao sistema³¹. Assim, será válida a norma que estiver de acordo com uma norma superior, e esta será também válida se conformada com outra norma superior a ela. A ordem jurídica apresentaria uma estrutura escalonada de normas, onde uma norma busca o seu fundamento de validade na norma imediatamente superior.

Esse processo de subsunção deveria ser aplicado em todos os tipos de normas fazendo sempre que a norma individual buscasse o seu fundamento de validade em uma norma geral que lhe dá validade. Essa cadeia de validação, que poderia seguir infinitamente, é interrompida num dado momento, através da eleição arbitrária de uma norma última, uma norma fundamental.

Kelsen resolve o problema do *regressus ad infinitum* sobre a condição de validade da norma última através de uma *Grundnorm*, ou seja, uma norma hipotética fundamental não positivada que estaria fora do sistema jurídico e que, por óbvio, não se confunde com a Constituição³².

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 215.

³⁰ Norberto Bobbio, na defesa do conceito de validade normativista chega a identificar passos metodológicos para se identificar a validade de uma determinada norma. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema) é necessário com frequência realizar três operações: i) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas; ii) averiguar se não foi ab-rogada; iii) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema, particularmente com uma norma hierarquicamente superior ou com uma norma posterior. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 47.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 246 e ss.

³² “Assim, em Kelsen não se pode confundir o fundamento de validade do sistema

A norma fundamental como base da ordem jurídica dar-se-ia em razão da sua pressuposição normativa. Ela traduz-se numa ficção necessariamente útil, uma meta-norma, um hipotético categórico ao estilo de Kant que não pode ser colocada em questão sobre sua própria validade, não podendo ser reconduzida a nenhuma outra norma.

Sua proposta para a pressuposição de uma norma lógico-transcendental seria a base para o normativismo fazendo com que o seu fundamento deixe de ser *reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza*³³, mas, em certo sentido, elegendo outra em seu lugar.

Utilizando-se então desse fundamento da validade Kelsen aponta dois tipos diferentes de sistemas de normas: o estático e o dinâmico. O primeiro é o motivo pelo qual as normas do ordenamento devem ser consideradas válidas e nesse aspecto, a norma fundamental desempenha o papel único de atribuir validade ao ordenamento jurídico. O fato de que as normas do ordenamento serem deduzidas logicamente de uma norma fundamental, pressuposta, caracteriza o *sistema estático de normas*³⁴.

Quanto ao sistema dinâmico, entende ser a forma pela qual é outorgado poderes e competências para a instituição de normas, ou seja, permite a criação de normas por um determinado processo e sob a custódia de uma determinada autoridade competente. Através do sistema dinâmico que se constata a forma de criação de normas gerais e individuais, desde que o processo atenda a prescrição da norma fundamental, encontrando nela o seu fundamento de validade.

jurídico, que é a Constituição, com o fundamento de validade da Constituição (que é a *Grundnorm* ou um *als ob*, como queiram)". STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*", p. 234-5. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 225.

³⁴ KELSEN, Hans. *idem*, p. 218.

Neste sentido, o conteúdo normativo sempre será válido desde que formulado pela autoridade competente e pela forma prescrita, ficando ao critério discricionário do legislador o seu conteúdo normativo. Assim, o conteúdo do dever-ser prescrito pela autoridade legislativa não pode ser questionado quando a sua validade, desde que esta possa ser buscada na norma imediatamente superior numa cadeia lógica até a norma fundamental, ou seja, desde que seja uma norma vigente e válida.

O sistema dinâmico ao estabelecer a forma de criação da norma, conseqüentemente, apresenta a ordem jurídica a sua forma de modificação, dando dinamismo para que o conteúdo possa ser alterado sempre que o legislador competente entender assim necessário.

Kelsen ainda destaca a possibilidade de uma norma apresentar o princípio estático e o dinâmico, sempre que, além de valer como fundamento do ordenamento, estipular a forma e a competência para a produção legislativa. Assim, poderia a norma fundamental estipular que a Constituição se apresentasse como fundamento de um ordenamento positivo, atribuindo a ela o poder de regular a forma e a competência de produção legislativa. Nesse aspecto, a norma fundamental teria outorgado ao constituinte o poder de instituir uma fonte positiva com a regulamentação da forma de validade das normas jurídicas.

Sob este aspecto, o ordenamento teria uma unidade lógica, onde a norma fundamental estipula que a validade de todas as normas deve ser submetida à forma e à autoridade competente constitucionalmente prevista. Contudo, o fundamento de validade do ordenamento não se transfere da norma fundamental pressuposta para uma norma posta, eis que as normas postas terão a possibilidade de verificação de sua validade de forma objetiva na Constituição, e esta, subjetivamente, na norma fundamental.

Na ordem positiva, a Constituição *representa o escalão de direito positivo mais elevado*³⁵, encontrando as demais normas do ordenamento positivo a sua validade nela, revelando, a já mencionada, estrutura escalonada. Por estar baseada na norma fundamental que valida o ordenamento, a Constituição estabelece o processo dinâmico das normas, desenvolvendo o papel de estabilizador da ordem³⁶ e controlador da produção normativa. Este controle normativo dá-se mediante a atribuição de competência a determinados órgãos com o papel de criar e controlar a produção da norma jurídica.

Assim, toda a base do projeto regulatório da teoria do direito dos últimos séculos – seja num primeiro momento legalista, até os desenvolvimentos normativistas – está umbilicalmente ligados ao uso legítimo da força e da autoridade por parte do Estado; conclusão que se chega partindo tanto do conceito de legitimidade quanto da noção de validade formal. É na compreensão moderna do ente estatal que o sistema jurídico busca a sua indispensável legitimidade regulatória.

Contudo, este projeto regulatório não tem a força de se deixar reconhecer enquanto discurso. Para sofrimento dos pruristas, a normatividade regulatória nada mais é do que um outro livro, entre tantos que buscam incessantemente encerrar a ação do sujeito.

Lembra Foucault que,

“O livro se compraz em se oferecer como objeto que se tem na mão; satisfaz-se em compactar-se nesse pequeno paralelepípedo que o fecha; sua unidade é variável e relativa: ela não se constrói, não se indica e, conseqüentemente, apenas pode ser descrita a partir de um campo

³⁵ KELSEN, Hans. *idem*, p.247.

³⁶ KELSEN, Hans. *idem*, p.248.

discursivo”. (Foucault, 2008, 89)

A normatividade, incansavelmente construída como condição para a regulamentação do Estado, bem como condição para o seu exercício de governamentalidade é, assim, um discurso que não consegue evitar estar, como todo o discurso, a residir secretamente em um já dito, na medida em que consagra a análise histórica do discurso a ser uma procura e repetição de uma origem que escapa a qualquer determinação em torno da origem.

Em outras palavras: a norma, instituto fundamental para a regulamentação e segurança do Estado busca reciclar a condição do ser social na medida em que busca mitologizar a sua presença sobre este mesmo social através de um ministério do mistério ao qual o espaço social tem dificuldade de se reconhecer como o único espaço capaz de realizar as experiências necessárias para a existência da própria lei, do sistema jurídico e do próprio poder do Estado.

Todo o esforço teórico de Kelsen se vê, desta maneira, ameaçado, no caso daqueles moradores do vilarejo colombiano a ruir completamente, na medida em que a ação que os motiva afronta a própria capacidade da lei ser a lógica privilegiada para a condução do agir social.

É um desafio que rompe com a longa emergência *‘de tecnologias de segurança no interior, seja de mecanismos que são propriamente mecanismos de controle social, como no caso da penalidade, seja dos mecanismos que têm por função modificar em algo o destino biológico da espécie’*, uma vez que rompem o monopólio em torno da idéia da construção de segurança e de capacidade regulamentar estatal. O desafio da ação daqueles agentes que lavam a honra aceita pelo grupo social não é uma crise aleatória, mas uma manobra causal que no exemplo que se fortalece pelo e no grupo ameaça a quebra da correlação entre a técnica de segurança e a constituição controlada da população.

Afirma Foucault:

“É preciso renunciar a todos esses temas que tem por função garantir a infinita continuidade do discurso e sua secreta presença em si mesmo no jogo da ausência sempre reconduzida. É preciso acolher cada momento do discurso em sua irrupção de acontecimento; na pontualidade em que ele aparece e na dispersão temporal que lhes permite ser repetido, sabido, esquecido, transformado, apagado até em seus menores traços, enterrado, bem longe de qualquer olhar, na poeira dos livros. Não é preciso remeter o discurso à longínqua presença da origem; é preciso tratá-lo no jogo próprio da instância própria de cada um”.
(Foucault, 2008: 91)

Mais do que uma crônica de uma morte anunciada, o que descobre é a ruptura com toda uma tradição monopolizadora que veio sendo construída e importada apesar das especificidades, pela ascensão da cultura eurocêntrica. O vilarejo da Colômbia, por mais ficcional e periférico representa uma ruptura significativa de uma formação discursiva que buscou na seleção e codificação dos conceitos, esconder a condição ontológica da ação humana, imprevisível na medida em que fruto de uma experiência sempre contingencial.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes de se perceber porque as atuais teorias da regulação não resolvem o problema de legitimidade, antes o contrário, convém destacar algumas construções científicas que são objeto do atual debate internacional. Neste âmbito, as possibilidades teóricas apontadas convergem no sentido de entregar de vez as relações jurídicas a uma racionalidade econômica: os estudos da *Law and Economics*.

A análise econômica do direito³⁷ tem alcançado grande destaque nos estudos jurídicos contemporâneos, principalmente nos Estados Unidos e na Europa. A abordagem tem sido a mais variada possível, e suas contribuições têm merecido destaque nas áreas de defesa da concorrência, desenvolvendo sistemas antitruste, no direito contratual, na *liability law*, estudando leis de responsabilidade civil, e na teoria econômica do crime, entre outras.

Tais estudos têm como ponto de observação o sistema econômico, suas influências e repercussões em virtude da elaboração de leis e da aplicação prática de sentenças judiciais.

Utiliza-se de recursos da teoria econômica, cálculos estatísticos, teoremas econômicos, teoria dos jogos ou mesmo instrumentos de tomada de decisão política (*public choice*). O objeto principal de seus estudos é a análise sistemática da eficácia das normas jurídicas na qual as sanções encontram equivalente funcional no preço a pagar pelo exercício das condutas ilícitas ou proibitórias (custo de oportunidade).

Diante dessa lógica, se o custo é menor que o ganho trazido pelo exercício dessa oportunidade, a conduta passa necessariamente a ser avalizada, mesmo que juridicamente proibida. Os aportes dessa análise percebem-se na disseminação de leis de incentivo em matéria de responsabilidade civil³⁸ e na diminuição dos custos de

³⁷ Em função do grande desenvolvimento teórico alcançado pela Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics*, nos Estados Unidos, pode-se destacar dois centros de produção intelectual nesta área: a Escola de Harvard e a Escola da Chicago. A primeira tem como destaque as obras de Madison e está mais ligada à defesa da livre concorrência, suas normas e organismos encarregados de fiscalizá-la, adotando o modelo *workable competition*. Por outro lado, a Escola de Chicago concentra seus estudos principalmente na busca da eficiência econômica do sistema jurídico, tendo como principais autores Richard Posner e Ronald Coase. Para um acompanhamento mais detalhado, ver a obra clássica POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

³⁸ Aqui se percebe a grande contribuição de Guido Calabresi (Universidade de Yale) na consolidação dos padrões regulatórios para a adoção de leis de responsabilidade: *no liability rule, strict liability rule e negligence rule*. CALABRESI, Guido. *The*

transação de bens³⁹, seja através da diminuição de restrições jurídicas à apropriação de determinados bens ou da redução das formalidades legais na aquisição e na transferência dos mesmos.

Em certo sentido, esta lógica vai ao encontro da compreensão de Foucault quando ele destaca que,

“É muito mais a realidade do cereal do que o medo da escassez alimentar que vai ser o acontecimento que vamos procurar entender. E é nessa realidade do cereal, em toda a sua história e como todos os vaivens e acontecimentos que podem de certo modo fazer sua história oscilar ou se mexer em relação a uma linha ideal, é nessa realidade que se vai tentar enxertar um dispositivo graças ao qual as oscilações da abundância e do preço baixo, da escassez e da carestia vão se ver, não impedidas de antemão, não proibidas por um sistema jurídico e disciplinar, que, impedindo isto, forçando aquilo, deve evitar que elas ocorram [...] é um trabalho no próprio elemento dessa realidade que é a oscilação abundância/escassez, carestia/preço baixo, é apoiando-se nessa realidade, e não tentando impedir previamente, que um dispositivo vai ser instalado, um dispositivo que é precisamente, a meu ver, um dispositivo de segurança e não mais um sistema jurídico-disciplinar”. (Foucault, 2008: 49)

Vislumbram-se, por tais meios, a preocupação algumas

costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

³⁹ Convém destacar o Teorema de Coase: “Quando os custos de transação ou negociação forem nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuam maior valor a eles”. Ronald Coase, prêmio Nobel de Economia em 1991 (Universidade de Chicago). COASE, R. H. *La empresa, el mercado y la ley.* Traduzido por Guillermo Concome y Borel. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

vezes assumida, outras não, de deixar o caminho livre para a regulação privativa da ‘mão invisível’ do mercado, aceitando-se sua lógica como a única “justa” ou racional em tais casos. Mas na mesma medida em que se faz ‘mão invisível’, demonstra uma impressionante justificativa ideológica do papel do Estado em intervir e agir, sem que esta mesma capacidade possa vir a se constituir numa condição onipresente do próprio Estado.

Os efeitos econômicos das leis e decisões jurídicas devem realmente ser elemento importante a ser considerado nos processos de tomada de decisão, sejam elas políticas ou, em menor escala, jurídicas. Contudo, não podem ser o único ou o principal fator de convencimento. Tais decisões não podem ser reduzidas à racionalidade econômica, nem transformadas em equações matemáticas de custo/benefício.

As opções políticas devem ser livres (até porque não seriam opções se não o fossem) e não pré-determinadas economicamente. No que diz respeito às decisões jurídicas e à aplicação prática das normas o caso é ainda mais grave. O sistema jurídico tem uma importante função no mundo globalizado: garantir e proteger os diversos discursos da sociedade. Manter a diferença numa sociedade que tende a totalitarismos, muitos, totalitarismos democratizantes, mas não menos totalitários.

As lógicas de outros sistemas como a arte, a educação e as relações afetivas devem ser respeitadas e *levadas a serio*. A lei e o direito, através do processo de tomada de decisão jurídica não podem servir como instrumento final de imposição da contabilização econômica sobre tais sistemas. A análise econômica do direito peca tanto por ser extremamente reducionista, fixando a efetividade como único padrão confiável para as relações jurídicas, sejam elas privadas ou não, quanto por isolar tais relações das influências, ainda que indiretas, de outros discursos, fundamentalmente, discursos

representativos dos grupos sociais.

Apesar de ter destaque em outras partes do mundo, tais estudos ainda não alcançaram posição de destaque no Brasil, infelizmente mais por desconhecimento do que propriamente por opção teórica⁴⁰.

4. AS TEORIAS REGULATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS

Conforme o que se viu, a lei e uma teoria do direito estatal permanecem numa espécie de limbo conceitual no que diz respeito ao problema da regulação social: de uma fase inicial na qual o Estado desempenhava um papel de destaque – seja através da legitimidade formal representada pela lei, seja através de uma legitimidade material (validade) representada pela norma jurídica – a uma fase em que o papel do Estado não aparece bem definido ou mesmo é contestado abertamente pela própria sociedade que parecia subsumida no interior da própria monopolização da segurança.

A falta de preocupação da condição estatal na regulação jurídica através da *jurisprudence*, efeito direto da desconstrução jurídica e dos estudos críticos do Direito deixaram a teoria regulatória refém da lógica exclusiva de mercado (análise econômica do direito) ou da lógica da tomada de decisões políticas.

Em tal perspectiva o direito e o Estado lançam-se de uma postura originalmente condicional (se e quando) a uma postura finalista, reduzindo consideravelmente sua capacidade normativa e, conseqüentemente, regulatória.

Nessa dobra, surgem teorias regulatórias que têm como ponto de referência a ordem político-social ou a ordem econômica, mas não surgem “novas” teorias regulatórias

⁴⁰ Os estudos jurídicos ainda são incipientes na área e nenhum revela uma abordagem crítica relevante.

predominantemente jurídicas para além do positivismo ou do normativismo, quer dizer, sociais. Apesar da insuficiência de tais abordagens regulatórias ser perceptível, deve-se destacar a sua incapacidade tanto na explicação do fenómeno regulatório como na substituição eficiente do modelo jurídico condicional e do seu tradicional afastamento de uma perspectiva sociológica.

TEORIA POLÍTICO-SOCIAL DA REGULAÇÃO:

A primeira teoria regulatória desenvolvida atende pelo nome de teoria do interesse público e tem como base dois pressupostos básicos: a) os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficiente (ou não equitativamente) se deixados à própria sorte; b) e os custos da regulação estatal são praticamente nulos⁴¹.

Baseado em tais pressupostos, tal teoria sustenta que a regulação é criada em resposta a uma demanda do público por correção das práticas de mercado ineficientes ou não equitativas.

Por esta perspectiva parece muito fácil legitimar a intervenção estatal na economia através de proteção dos sindicatos, leis trabalhistas, regulação de serviços públicos de infraestrutura e transporte, subsídios agrícolas, licenças ocupacionais, salário mínimo e até mesmo tarifas de importação. Contudo, duas décadas de pesquisas sociais (principalmente económicas) demonstraram que os pressupostos sobre os quais se baseava tal teoria estavam ambos equivocados, ou seja, os mercados nem sempre funcionam de maneira ineficiente e sempre há custos consideráveis na regulação estatal.

⁴¹ POSNER, Richard A. “Teorias da regulação económica”, p. 49-80. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação económica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50-51.

Assim, tal teoria é logo substituída pela chamada teoria da captura.

Compartilhada por uma mistura excêntrica de liberais, ativistas políticos, marxistas e economistas de livre mercado, essa teoria afirma que a regulação é formulada em resposta às demandas de grupos de interesse se digladiando para maximizar os benefícios de seus próprios membros. Para tal posição, destaca-se a importância de grupos de interesse privados na sociedade.

Essa teoria – que o termo captura descreve bem – afirma que, com o passar do tempo, as agências reguladoras acabam sendo dominadas pelo mercado regulado, destacando o papel prevaemente de empresas na batalha por influenciar a legislação estatal⁴². Infelizmente, a teoria da regulação de caráter político-social ainda é insatisfatória, tendo em vista que não consegue explicar porque determinados interesses são efetivamente representados no processo político e outros não, e foi progressivamente substituída por teorias da regulação econômica.

TEORIA ECONÔMICA DA REGULAÇÃO:

O que se chama de Teoria Econômica da Regulação, foi originalmente proposta por George Stigler⁴³ em um artigo revolucionário, e revista posteriormente por Richard Posner⁴⁴.

Essa teoria rejeita a condição do inexplicado e frequentemente falso pressuposto do propósito virtuoso e probo da legislação; admite possibilidade de ‘captura’ por outros

⁴² Idem p. 49-80.

⁴³ STIGLER, George J. “A teoria da regulação econômica”, p. 23-48. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

⁴⁴ POSNER, Richard A. “Teorias da regulação econômica”, p. 49-80. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

grupos de interesse que não as empresas reguladas; mas insiste que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes. Nesse sentido o Estado é visto como uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica da sociedade. Contudo, tal construção aparece mais como a reunião de casos empíricos e insiste em que a regulação seja explicada como um produto de forças de oferta e procura, resultado simples de uma racionalidade econômica.

A disseminação isolada dessas teorias regulatórias, aliadas a sua ineficiência tanto em descrever a atuação do Estado quanto dos sistemas político e econômico, constituiu-se num dos pontos essenciais na delimitação da discussão tradicionalmente abordada pelo tema crise ou *crises do Estado*⁴⁵.

Acerca-se a esta ou estas crises uma de caráter regulatório. Estará ainda o Estado apto a regular a sociedade? Ele ainda possui o monopólio do uso do poder legítimo? Porque a lei colombiana não consegue regular as relações sociais naquele pequeno vilarejo da obra de Gabriel Garcia Marquez?

5. A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DO ESTADO: A ‘RESPONSIVIDADE’ SOCIAL

Para que se possa compreender como ainda é possível a regulação jurídica, e em qual medida ela ainda poderá buscar legitimidade através do Estado nacional, mesmo em uma era de forte globalização, faz-se necessário dar um passo além na

⁴⁵ Neste aspecto e apresentando um trabalho exaustivo e eficiente na identificação não de apenas uma crise, mas de diversas crises do Estado Moderno ver, BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 23-57. Ainda, STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 128-148.

reflexão sócio-jurídica, buscando numa idéia de ‘*Direito Responsivo*’ as bases teóricas para tal enfrentamento.

Nonet e Selznick identificaram três modalidades ou estágios básicos do ‘direito na sociedade’: 1) o direito servindo ao poder repressivo; 2) o direito como uma instituição capaz de efetuar a repressão e proteger sua própria integridade; e 3) Direito como um facilitador de resposta a necessidades e aspirações sociais⁴⁶. Dentro desta divisão, tem-se, respectivamente: a presença de um direito repressivo, um direito autônomo e um direito responsivo.

Em poucas palavras, Nonet e Selznick oferecem uma teoria de respostas e limitações institucionais dentro do sistema jurídico cujo ponto principal é que se pode encontrar uma determinada disposição à mudança ao se observar que as forças sistemáticas que se põe em movimento em uma etapa são as mesmas que produzem resultados característicos em outra⁴⁷.

Por exemplo, na primeira de suas três etapas, o direito repressivo serve para legitimar o poder, mas esta mesma função gera pressões no interior do sistema legal repressivo que mudam suas estruturas específicas e conduzem ao surgimento de um novo tipo de direito, o direito autônomo.

De forma similar, o direito autônomo desenvolve modos internos de processamento e conceitos de participação que rompem com as fronteiras do pensamento formal e geram pressões para a transformação a um novo tipo mais responsivo.

Contudo, convém salientar que tais instâncias podem aparecer e normalmente aparecem conjuntamente num mesmo sistema jurídico, variando âmbitos de direito repressivo, autônomo ou responsivo.

O direito responsivo busca uma maior ênfase na defesa e proteção efetiva de interesses sociais, tido como instrumento

⁴⁶ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. 2ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005. p. 14-15.

⁴⁷Idem, p. 20.

para a intervenção na sociedade de forma finalista, orientado a busca de fins concretos.

Nessa busca ele tende a ser mais aberto e ao mesmo tempo mais particularista que o direito formal clássico, apoiando-se em princípios gerais e conceitos abertos, bem assim em cláusulas gerais. Tais estruturas além de permitir uma maior capacidade de adaptação, também possibilitam não a intervenção direta em outros sistemas sociais, mas permitem a regulação indireta, reflexiva.

O Direito Responsivo busca responder as necessidades sociais e realizar os objetivos estatais de justiça material através de estruturas reflexivas capazes de agir indiretamente sobre os interesses de grupos sociais díspares e contraditórios, deflagrando, assim, uma função integradora do direito, do Estado e da sociedade.

Como afirma Arnaud:

“É forçoso constatar que não podemos mais falar de regulação social, de regulação jurídica, de produção normativa, de produção do direito, de tomada de decisão política... sem levar em consideração a fragmentação da soberania e a segmentação do poder que caracterizam as sociedades contemporâneas”.⁴⁸

A GUIA DE CONCLUSÃO.

Compreender na exata medida as possibilidades trazidas por um direito responsivo implica ter em mente a lição de Van Creveld de que governo e Estado não são sinônimos:

“O primeiro é uma pessoa ou grupo que pacífica, faz guerra, promulga leis, exerce a justiça, eleva a receita, define a moeda e cuida da

⁴⁸ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 172.

segurança em nome de toda a sociedade, sempre tentando oferecer um foco para a lealdade das pessoas e também, talvez, um pouco de bem-estar social. O segundo é apenas uma das formas que, historicamente, a organização do governo assume e que, em consequência disso, não precisa ser considerado mais eterna e autoevidente do que as anteriores”.⁴⁹

Contudo e apesar desta lição, distancia-se aqui da visão apocalíptica do autor. Ver o Estado e sua capacidade de governamentalidade como uma organização limitada histórica e materialmente não implica reconhecer seu fim. O término do monopólio estatal em matéria regulatória, principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil, ou seja, lugares onde o Estado de bem-estar não se consolidou integralmente e tal monopólio sempre apresentou matizes e exceções, não implica no final do Estado nem no final de sua capacidade de regular as relações sociais ou mesmo na sua capacidade de propor o monopólio da segurança. Antes pelo contrário. A questão passa por determinar *esferas regulatórias* ou esferas de regulação social.

Nessa perspectiva, ao Estado, através de sua esfera de regulação (o direito nacional) caberá um papel primordial. Tal incumbência não será a de definir ou demarcar a esfera de regulação pertencente a cada entidade, sistema ou grupo social (atividade identificada através da noção criticada de monopólio estatal).

A demarcação de âmbitos autônomos de regulação caberá aos próprios grupos ou sistemas sociais a que se referem. Contudo, mas caberá sim ao sistema jurídico tradicional regular a comunicação necessária entre esses diversos âmbitos autônomos de regulação.

⁴⁹ VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do estado*. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 595.

E essa atuação responsiva poderá se dar de duas formas básicas, uma externa e outra interna a tais âmbitos: 1) externamente, através da garantia formal de um procedimento comum (*due process of law*); e 2) internamente, através da busca de uma justiça material, representada por valores adicionais mínimos a serem observados conjuntamente com os valores próprios de cada organismo ou grupo ou sistema social.

Todavia, todas estas estratégias não tem força para impedir a crise da própria condição da governamentalidade estatal e da produção da segurança da população na medida em que as sociedades globalizadas realizam-se mais e mais em sua contingência e diversidade. De um vilarejo colombiano às transformações reais na China, nos EUA até a crise no Quebec, ainda canadense, a sociedade teima em desafiar a gramática correta da lei e do sistema jurídico, enfrentando a capacidade técnica do Estado e da lei em representar o sujeito ao próprio sujeito.

“Fazer aparecer em sua pureza o espaço onde se dispersam os acontecimentos discursivos não é pretender estabelecê-lo em um corte que nada poderia superar, é, ao contrário, tornar-se livre para descrever, entre ele e outros sistemas que lhe são exteriores, um jogo de relações. Relações que devem ser estabelecidas sem passar pela forma geral da língua, nem pela consciência singular dos sujeitos falantes no campo dos acontecimentos”. (Foucault, 2008: 93)

Os acontecimentos podem, assim, colocar ao pastor, apesar de conhecer todas e cada uma das ovelhas, frente ao risco de se ver colocado no desafio da navalha de Ockham, ou seja, colocado na possibilidade não de perder uma ou todas as ovelhas, mas de ser por elas abandonado, simplesmente porque elas podem não reconhecê-lo mais e nesse estranhamento, buscarem outro pastor.

Assim, ao contrário de vermos a profecia se cumprir e nos sentirmos como os moradores daquela pequena vila na Colômbia onde nada podia ser feito a não ser contribuir para que a morte anunciada se realizasse, podemos retomar – ao menos em parte – os rumos desta crônica para anunciar: o Estado morreu, viva o Estado!



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARNAUD, André-Jean; FARÍÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley: cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Traduzido por Maria Celeste C. L. dos Santos. 10 ed. Brasília: UNB, 1999.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Bauru: EDIPRO, 2005.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilado por Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Traduzido por Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.
- CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- COASE, R. H. *La empresa, el mercado y la ley*. Traduzido por Guillermo Concome y Borel. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro branco da governança europeia*. Bruxelas, 25.7.2001 [COM(2001) 428 final]. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. *Our global neighborhood*. New York: Oxford University Press, 1995.
- DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”*. Trad. Adolfo Barberá; Patricio Peñalver Gómez. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Arqueologia das Ciências e Histórias dos Sistemas de Pensamento*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- GARCIA MARQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.º 759, p. 24-40, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Traduzido por

- João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- KEYNES, John Maynard. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. 2 ed. Trad. Eduardo Hornedo. Ciudad del México: Fondo de cultura económica, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.
- MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. 2ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.
- PELTZMAN, S. “A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação”, p. 81-127. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- POSNER, Richard A. “Teorias da regulação econômica”, p. 49-80. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- _____. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Traduzido por Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- STIGLER, George J. “A teoria da regulação econômica”, p. 23-48. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São

- Paulo: Editora 34, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Londres: Verso, 1996.
- VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do estado*. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido por José Medina Echavarría. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.