

---

## AS MUDANÇAS NO PAPEL REGULADOR DO ESTADO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO<sup>1</sup>

---

Paulo Carvalho de Azevedo Carioca<sup>2</sup>

*Introdução. Do Estado liberal à crise do Estado contemporâneo. Ordem e regulação econômica na Constituição de 1988. A visão dos estudos sócio-jurídicos. propostas para um novo modelo de regulação social. Conclusão. Bibliografia.*

### INTRODUÇÃO

Na atualidade, observa-se que o Estado está perdendo o controle sobre setores econômicos antes plenamente regulados ou “domesticados”. O livre fluxo internacional do capital especulativo, com sua nocividade potencial sobre economias nacionais, e o agravamento dos efeitos danosos da globalização econômica revelam a impotência e a insuficiência da ação reguladora do Estado para enfrentá-los, o que tem levado teóricos a discutir qual o seu novo papel enquanto regulador e qual a função de seu instrumento de regulação, o Direito Econômico, enquanto meio de implementação de diretrizes econômicas oriundas do processo de escolhas políticas de uma sociedade em particular.

À vista da emergência da *lex mercatoria* e outros “direitos paralelos”, e da assustadora e descontrolada expansão mundial dos mercados, vêm sendo seriamente contestadas a função da norma de Direito Econômico de subordinar ou direcionar coercivamente as forças do mercado, segundo uma determinada política econômica estatal, e a restrição de sua eficácia a um único território soberano. Isto trouxe à baila questões sobre a validade e a operatividade da supremacia da regulação social levada a efeito pelo Estado, e sobre como a ordem jurídica deve encarar e apreender a autonomia social de modo a regulá-la da melhor maneira possível.

Enfim, o fato é que o Estado Social e seu instrumento estão no centro de um avassalador processo de mudança de regras relativas às trocas internacionais induzidas pela globalização, e o presente trabalho pretende dar um esboço das soluções propostas no debate científico atual e uma pequena contribuição no mapeamento das mudanças no papel regulador ao longo da evolução das concepções de Estado e da forma de relacionamento entre as ordens jurídico-econômicas instauradas e o sistema econômico, em face das mudanças sociais ocorridas e, em especial, das trazidas pelo fenômeno da globalização. Ademais, procura-se situar o modelo de regulação econômica adotado pela Constituição Federal de 1988 e avaliar a aplicabilidade das solu-

---

<sup>1</sup> Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito Econômico e das Empresas, da Escola de Pós-Graduação em Economia – EPGE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista.

<sup>2</sup> Analista de Finanças e Controle Externo, Advogado e Pós-Graduado em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas.

ções sugeridas para os modelos dos países desenvolvidos, nessa conjuntura de crise de identidade do Welfare State.

## DO ESTADO LIBERAL À CRISE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

As formas de Estado, ao longo da história, vêm correspondendo, de forma instrumental, às estruturas sócio-econômicas prevalentes em cada período.

O Estado Moderno, na conformação de Estado Liberal e Estado Social, distingue-se do modelo anterior, o Estado Feudal, pela nítida dissociação entre as esferas pública e privada, os poderes político e econômico, e, com mais clareza na primeira conformação de Estado (liberal), a separação entre as funções administrativas e políticas.<sup>3</sup>

Em sua primeira expressão, sob a influência decisiva do liberalismo político e econômico clássico, o Estado Moderno consegue enfrentar a complexidade social e econômica do século passado, desencadeada pelo desenvolvimento avassalador do capitalismo - num processo de substituição das estruturas sócio-econômicas feudais então vigentes - graças, basicamente, ao sistema de freios e contrapesos entre os poderes constituídos em sua organização. Atribuiu-se a iniciativa legislativa a parlamentos soberanos, restringindo aos estritos limites da lei, a ação do Poder Executivo, e a competência exclusiva de julgar e dirimir conflitos ao Poder Judiciário. Esse sistema figura como pilar institucional do Estado de Direito de inspiração liberal-clássica, em acréscimo aos outros dois sustentáculos: as idéias de soberania nacional e de Constituição, enquanto contrato social fundamental que fixa limites à atuação estatal e assegura a incolumidade da liberdade individual.<sup>4</sup>

O Estado Liberal, deste modo, é concebido como “associação ordenadora” que tem por fim proteger direitos individuais contra toda pretensão de interferência de qualquer forma de corporativismo na esfera privada, assegurando a regulação espontânea da sociedade, por meio de “regras gerais, abstratas e previsíveis” (poder jurídico) e do monopólio da violência física (poder coercitivo).<sup>5</sup>

A concepção liberal de Estado Democrático de Direito, por sua vez, constitui “um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno”, resultante de um padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por um ordenamento jurídico-constitucional fundado sobre o conceito de “poder público”, onde se enfatiza a distinção entre o “público” e o “privado”

---

<sup>3</sup> ROTH, André-Noël, *O direito em crise: fim do Estado Moderno?* in *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p.16.

<sup>4</sup> FARIA, José Eduardo (org.), *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p. 5.

<sup>5</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., pp. 17 e 19-20.

(sistema político/sociedade civil; serviço público/atividade privada; interesses individuais/interesses coletivos, etc.).<sup>6</sup>

A segregação vigorosa entre Estado e Sociedade, em última análise, se deveu à exigência de previsibilidade e calculabilidade que se esperava nas relações econômicas, numa época em que se tinha a lógica do livre mercado como prevalecente, imperiosa e suficiente. Só à Sociedade respeitava a economia, “ao Estado abstencionista era defeso agir ‘economicamente’”.<sup>7</sup>

O mandamento de previsibilidade e calculabilidade se estendeu também à produção e aplicação das normas, movido pela necessidade de segurança jurídica: a racionalidade econômica acarretou a racionalidade jurídica. “O Estado só podia atuar onde expressamente permitido, observado o esquema indutivo de interpretação. É o Estado de Direito, onde ‘direito’ para o Estado é o estritamente legal”.<sup>8</sup>

Essa racionalidade influenciou igualmente o discurso da dogmática jurídica encarregada da justificação e legitimação científica da nova ordem, nascendo dela a idéia do Direito como sistema lógico-formal.<sup>9</sup>

No entanto, o padrão de relações sociais instituído pelo Estado Liberal entra em colapso com a crise estrutural do sistema financeiro do capitalismo concorrencial na década de 20<sup>10</sup>, destruindo rapidamente as “solidariedades tradicionais, familiares e territoriais” e reduzindo a capacidade de auto-regulação da Sociedade Civil<sup>11</sup> em face da complexidade do quadro que se apresentava. “Diante da necessidade de respostas cada vez mais rápidas e eficazes a questões econômicas (...) não previstas (e por isso mesmo não regulamentadas) (...) o Executivo teve gradativamente que assumir parte das funções até então detidas pelo Legislativo e pelo Judiciário. (...) exercendo um papel simultaneamente controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador”.<sup>12</sup> O equilíbrio entre os poderes, um dos principais pilares institucionais do Estado Liberal, começa lentamente a ruir diante da nova função normativa e exegética do Poder Executivo e da ascensão de uma nova burocracia, tecnicista e amparada por um inusitado poder discricionário que a desatrelava das amarras legais, ainda que de forma relativa.

Surge, então, o Estado Social como um “instrumento de transformação e de regulação sociais”<sup>13</sup> “a serviço de metas concretas”, orientando condutas humanas

<sup>6</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit. p. 6.

<sup>7</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, *Constituição Econômica*. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 3, nº 11, p. 217, abril-junho 1995.)

<sup>8</sup> idem, ibidem.

<sup>9</sup> idem, ibidem.

<sup>10</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit. p. 7.

<sup>11</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 17.

<sup>12</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 7.

<sup>13</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 17.

“para a promoção do desenvolvimento econômico e social”, por meio de um sistema jurídico composto de regras gerais, abstratas e previsíveis, obtidas da negociação entre as forças sociais e concebidas como técnica de gestão e regulação sociais, favorecendo alguns interesses privados na medida em que coincidem com o interesse público, o detentor da supremacia.<sup>14</sup> Sua função básica passa a ser a promoção do crescimento econômico e o asseguramento da proteção aos mais desfavorecidos, ainda que isso porventura venha a representar um cerceamento das liberdades individuais talhadas nos moldes do liberalismo clássico.

A mudança de paradigma de Estado igualmente afetou o dogmatismo jurídico com a crescente perda de credibilidade do idealismo jurídico representado pelo positivismo e o jusnaturalismo racionalista, por conta do desvelamento da incompatibilidade entre a realidade e o modelo racional de sistema jurídico até então adotado, que “vai pouco a pouco mostrando o caráter ideológico e opressivo do Direito.”<sup>15</sup> Nas palavras de Vital Moreira, citado por Silva Filho, “é nesse momento, então, que cai a máscara ideológica do idealismo jurídico comum tanto ao jusnaturalismo racionalista quanto ao positivismo normativista – idealismo esse que levava ambas as correntes a apresentar como ‘científicas’ determinadas concepções políticas sobre a ordenação das relações sociais. O idealismo, como se sabe é um processo de inversão da realidade mediante invocação de um pensamento racional. Ao permitir uma aceitação acrítica do direito positivo, ele oculta as origens históricas tanto de suas categorias quanto dos interesses políticos subjacentes”.<sup>16</sup>

O modelo de Estado-Providência atinge seu apogeu nas décadas de 50 e 60, vindo a declinar com as crises do petróleo de 1973 e 1979, que propiciaram as condições necessárias para que um intenso desenvolvimento tecnológico viesse a ser deflagrado em busca da redução do impacto da energia e do trabalho humano no custo final de bens e produtos, colocando em cheque, por via de consequência, as engrenagens decisórias e o sistema jurídico-político então vigente. Isso se deve ao fato de que o Estado Social teve, como uma de suas matrizes, o modelo fordista de produção, que então passou à obsolescência pela incapacidade de absorver as aceleradas mudanças tecnológicas sem provocar desequilíbrios (falências e desemprego), o que acarretou sobrecarga na atividade estatal de corrigir disfunções e falhas do sistema e a inviabilização do papel de principal agente do desenvolvimento econômico e social desempenhado pelo Estado.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 7.

<sup>15</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., p. 217.

<sup>16</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., p. 218.

<sup>17</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 8

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Reinstitucionalização da ordem econômica no processo de globalização*. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 5, nº 18, pp. 87-88, janeiro-março 1997).

Em acréscimo, o cenário mundial atualmente apresenta uma série de processos e mudanças inter-relacionadas<sup>18</sup>, configurando o conhecido fenômeno econômico, político e social chamado “globalização”, cuja abrangência e complexidade não permitem a restrição a perdas de funcionalidade do conceito de soberania do Estado-Nação ou a uma mera saturação do modelo de atuação estatal em campos antes reservados para a ação privada, ou seja, a uma simples devolução de escolhas do setor público ao privado.<sup>19</sup> Contudo, sob o viés econômico, apresenta características externas que levam à síntese descrita, tais como mudanças dos padrões de produção, com os novos sistemas de especialização flexível e a adoção do conceito de “fábrica global” (modelo toyotista); livre fluxo do capital no mercado financeiro internacional; surgimento de blocos regionais de comércio; pressão sobre países periféricos pela adoção de políticas que visem à estabilidade econômica e à redução da intervenção econômica direta por parte do Estado; hegemonia do ideário neoliberal nas relações econômicas, políticas e sociais; e fortalecimento de atores supranacionais e transnacionais na disputa por campos de atuação antes reservados aos Estados e às organizações internacionais (na ecologia, defesa de direitos humanos, democracia, etc.).<sup>20</sup>

Dentro do quadro que nos oferece a globalização econômica, a síntese apresentada por José Eduardo Faria, no livro de coletâneas “Direito e Globalização (...)”, mostra-nos as rupturas institucionais mais importantes, a saber:

1 – “mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados Nacionais;

2 – “desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a ‘deslegalização’ da legislação social;

3 – “internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 – “desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter ‘fordista’, pelas plantas industriais ‘flexíveis’, de natureza ‘toyotista’, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente ‘flexibilização’ das relações contratuais;

<sup>18</sup> DEZALAY, Yves e TRUBEK, David M., *A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais*. in *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p. 29.

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 87.

<sup>20</sup> DEZALAY, Yves e TRUBEK, David M., op. cit., pp. 29-30.

5 – “fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio inter-empresa, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhes são favoráveis;

6 – “expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*‘lex mercatoria’*), como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais”.<sup>21</sup>

Dos desdobramentos deste quadro, o mais relevante para o tema em exame diz respeito justamente sobre esta última ruptura: o surgimento de “novas fontes de produção do direito, que surgem e se substituem às tradicionais, como espontâneo resultado das novas articulações internas e externas de poder”.<sup>22</sup> No âmbito interno, a crescente complexidade e profusão de normas jurídicas estatais, acrescida da excessiva formalidade de sua produção e aplicação, afetaram a eficácia e desmoralizaram o uso desses instrumentos de regulação social por excelência do Welfare State, causando a diminuição da importância estatal no papel de regulador da atividade econômica e indutor do desenvolvimento, além da cessão de espaço para as chamadas “ordens sócio-jurídicas semi-autônomas”, dentre as quais a “*lex mercatoria*”. No externo, complementam o quadro de decréscimo da autonomia da regulação estatal a necessidade premente de investimentos estrangeiros cumulada com o aumento do poder de barganha das empresas transnacionais sobre a “formatação” dos ordenamentos jurídicos nacionais, e a redefinição de unidades políticas de poder em nível internacional, com a criação de vários blocos econômicos regionais e da Organização Mundial do Comércio (OMC), entidades essas dotadas de poderes de imposição de condutas em matéria aduaneira.<sup>23</sup>

Diante disso, André-Noël Roth vislumbra o surgimento de um “neo-feudalismo” ao constatar que “são as empresas transnacionais que vão promulgando o quadro jurídico, em conformidade com seus interesses, a partir do qual se dá a regulação social”, pois as regras negociadas na “periferia” do poder econômico não podem ultrapassar o quadro geral por elas fixados em um nível superior, que passa a ser percebido como uma realidade insuperável.<sup>24</sup> Além disso, há uma debilitação das “especificidades que diferenciam o Estado Moderno do feudalismo”, pois: a) assiste-se hoje em dia a uma “privatização” da esfera pública e uma “publicização” da esfera privada, esmaecendo a distinção entre o que é “público” e o que é “privado”; b) há uma associação entre os poderes político (Estado Nacional) e econômico (proprietários dos meios de produção) de forma que a relação de força entre eles “(...) resulta mais favorável aos últimos”, o que afeta a capacidade de coação jurídica estatal sobre os demais atores; c) “a internacionalização e a complexidade dos problemas” dão ao

---

<sup>21</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 10-11.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 89.

<sup>23</sup> idem, ibidem., pp. 88-89.

<sup>24</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 26.

Poder Executivo um poder normativo que escapa ao controle democrático e legitimador do Poder Legislativo, afetando o sistema de freios e contrapesos dos poderes constituídos.<sup>25</sup>

A utilização do poder normativo do Estado Contemporâneo, premido por uma intrincada pluralidade de interesses (muitas vezes contraditórios) dos grupos sociais mais fortes e organizados, forjou um ordenamento jurídico composto por inúmeros “micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas” organizados em rede<sup>26</sup> e caracterizado por uma multiplicidade de regras de caráter provisório e uma variabilidade significativa de fontes de produção. Como dito anteriormente, há uma desmoralização da utilização e da função reguladora da própria lei, e a tendência é que ela seja contínua, na medida em que a conformação em rede tem um potencial de crescimento quase ilimitado<sup>27</sup>. No entendimento de Faria, o Estado Contemporâneo, balizado por dois princípios conflitantes, “o da legalidade (típico do Estado liberal-clássico), e o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência)”, passa a agir de modo paradoxal ocasionando “uma corrosiva inflação jurídica”, tornando suas normas praticamente impossíveis de serem acatadas pelos destinatários e impedindo o exercício satisfatório das funções controladoras e reguladoras estatais.<sup>28</sup>

Entendo que a “inflação jurídica” não encontra explicação apenas no enquadramento da ação estatal entre dois princípios conflitantes, pois esses até então vinham se mostrando compatíveis, sobretudo no auge do Estado-Providência. O que, de certa forma, explica esse fenômeno, a meu ver, é a inserção de um excessivo poder normativo do Executivo em um quadro econômico-social inusitadamente complexo e dinâmico, aliado à pressão contínua de grupos sociais para a jurisdicização de múltiplas situações onde permeiam interesses diversos e muitas vezes incompatíveis, o que, uma vez concretizada, traz descrédito a essa forma de regulação.

Com Xavier Arbós, compartilho a idéia que parte do sentimento generalizado de excesso de regulação estatal encontra sua causa em um paradoxo do modelo de formalização normativa de decisões políticas da democracia liberal. Em detrimento de interesses individuais isolados, nele há uma permeabilidade excessiva, por parte de instituições estatais com algum poder normativo, a certos tipos de demandas sociais de grupos “autônomos” e influentes, interesses esses que não passariam no crivo de um modelo participativo e democrático de elaboração de normas jurídicas.

Essas “ne naissent pas come produit mécanique du fonctionnement des institutions. Quelqu’un est à leur origine, en accord avec des critères d’opportunité politique ou de convenance technique, et parfois comme simple réponse aux demandes d’un groupe d’intérêts. Les lois superflues sont celles qui ne nous favorisent pas

---

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*, pp. 24-25.

<sup>26</sup> FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 8

<sup>27</sup> idem, *ibidem*, pp. 8-9.

<sup>28</sup> idem, *ibidem*, p. 9.

ou celles qui ne nous révelent pas, à travers leur présence dans le journal officiel, l'influence du secteur auquel nous identifions. De toute façon on peut expliquer en partie l'abondance de régulation par la perméabilité des institutions aux demandes sociales dont on peut difficilement se passer dans une démocratie. (...) On pourrait dire que les problèmes découlent de l' 'autonomie' sociale, qui ne concède pas beaucoup des chances à l'individu isolé, surtout s'il manque en outre de liens avec les groupes influents dans le processus de formalisation normative de décisions politiques".<sup>29</sup>

A "inflação jurídica", ademais, é responsável pelo "agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela globalização econômica", pois nela as demandas sociais consagradas anteriormente como direitos são esvaziadas por um sistema jurídico ineficaz e impotente. E, quanto maior é o afã de disciplinar e regular "todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, (...) menos o Poder Executivo parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens".<sup>30</sup>

O retrocesso e o decréscimo de legitimidade da regulação estatal, portanto, devem-se em grande parte às transformações econômicas e políticas trazidas pela globalização econômica e à hegemonia do ideário neoliberal que presentemente parece arrefecer e se dobrar à vista dos efeitos danosos de exclusão social que sua implementação acarreta. Houve até agora um deslocamento e uma fragmentação das instâncias legitimadas para promulgar normas de hierarquia superior (do âmbito estatal para o supraestatal) e inferior (da esfera pública para a privada). O modo tradicional de produção e aplicação das normas jurídicas tornou-se inadequado à vista da interdependência econômico-financeira entre os países, da complexidade e compartilhamento dos novos problemas mundiais, e da mobilidade e internacionalização das empresas comerciais e dos meios de produção.<sup>31</sup> Essa é, em rápidas pinceladas, a crise de identidade do Estado Nacional contemporâneo que vê, sob vários aspectos (jurídicos, econômicos e militares), sua soberania afetada pelas dificuldades em regular a Sociedade Civil por meio dos instrumentos jurídicos tradicionais e pela necessidade de abrir mão de sua autonomia em favor de outros entes no enfrentamento de problemas mundiais.<sup>32</sup>

## ORDEM E REGULAÇÃO ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O traço caracterizador das constituições contemporâneas, em contraste com as anteriores à Primeira Guerra (liberais-clássicas), segundo Vital Moreira, "é o fato de conterem uma extensa ordem constitucional-econômica, mais ou menos sistemati-

<sup>29</sup> ARBOS, Xavier, *Le droit non étatique dans la régulation sociale. in La régulation entre droit et politique*, Michel Miaille (org.). Paris, Éditions L'Harmattan, 1995. pp. 234 e 236.

<sup>30</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., pp. 9-10.

<sup>31</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 20.

<sup>32</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., pp. 11-12.



zada, abrangendo todos os aspectos da economia (...), esta característica está intimamente vinculada a uma característica idêntica da ordem jurídica da economia contemporânea: a uma ordem econômica mais extensa e complexa corresponde uma constituição econômica mais extensa e complexa (...). Mais importante é, porém, (...) o fato de conterem uma ordem programática, um quadro de directivas da política econômica, um conjunto de princípios dirigidos a orientar a economia, a valores sociais (...) ou políticos”. E a essência da política econômica do Estado Contemporâneo é pura e simplesmente o objetivo de expansão. O fato de a regulação econômica observar alguns valores sociais, alerta-nos Silva Filho, não implica dizer que as constituições econômicas contemporâneas perderam seu caráter capitalista, pois “a preocupação social visa antes preservá-lo”.<sup>33</sup>

Isso é perceptível na leitura do art. 170 da Constituição Federal, ao estabelecer que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”.

A expressão “ordem econômica” insculpida no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, como bem observa Eros Roberto Grau<sup>34</sup>, leva o leitor a naturalmente esperar que ela tenha o sentido de “ordem” pertencente ao mundo do dever ser, ou seja, uma “porção de ordem jurídica”. No entanto, no art. 170, “a expressão é usada não para conotar o sentido que supunha nele divisar (isto é, sentido normativo), mas sim para indicar o modo de ser da economia”, pois, analisando “com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da CF, cujo enunciado é, inquestionavelmente normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou as atividades econômicas deverão ser (estar) fundadas ...”<sup>35</sup>

A análise do dispositivo constitucional, todavia, também permite depreender que os princípios, por si só, não garantem a efetividade do fim a que se propõe (“assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”), pois, como bem assevera Silva, “a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza”, e “a história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela”.<sup>36</sup> Deste modo, quando, por exemplo, a Constituição declara que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, significa que ela

<sup>33</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., pp. 219-220.

<sup>34</sup> idem, ibidem, p. 210

<sup>35</sup> idem, ibidem, p. 210

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1992. pp. 668-669.

“consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista”, e que “a ordem dá prioridade aos valores do trabalho humano” sobre todos os demais valores capitalistas, de forma a orientar a intervenção estatal na economia.<sup>37</sup>

O art. 170 da Constituição Federal, destarte, à vista dos argumentos acima expostos, prescreve uma ordem econômica inegavelmente intervencionista. Se contrastada com um texto constitucional tipicamente liberal, verificaríamos que o simples fato de apresentar um conjunto de normas sobre a ordem econômica com vistas a aprimorá-la, por si só bastaria para caracterizá-la como intervencionista. “As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (dela, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos”, simplesmente a retratava e a acolhia.<sup>38</sup>

A mutação da ordem econômica liberal em intervencionista se dá quando aquela passa a instrumentar a implementação de políticas públicas, predicando o melhoramento da realidade econômico-social, transformando-a.<sup>39</sup> Isto se deveu à gradual incompatibilidade entre o modelo liberal e a realidade, configurando uma contradição fática que, por si só, não inviabilizou de imediato a ordem econômica vigente, pois “o direito não é mera descrição da realidade, mas compreensão desta; não necessita, para ‘valer’, da correspondência fática”.<sup>40</sup> Na lição de Eros Roberto Grau, “(..) as estruturas são, concomitantemente, ato e potência: toda estrutura é, em ato, o que é, potencialmente, uma nova estrutura. Assim, a passagem de uma ordem para outra envolveria a ruptura das estruturas da primeira. Esta suposição subjaz nas afirmações de que à ordem jurídica liberal sucede uma ordem jurídica intervencionista. E ainda que isso, muitas vezes, não seja explicitamente declarado, o que marcaria essa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da “regulação” da ordem econômica”.<sup>41</sup>

Essa ampliação de contornos da ordem jurídica liberal, de forma a abranger a possibilidade de “regulação” e intervenção estatal na “nova” ordem transmutada, é marcada inclusive com a utilização ideológica do próprio termo “ordem econômica”, dando-lhe diversas conotações e usos que merecem ser esclarecidos na tarefa de elucidação do sentido e alcance do art. 170 da Constituição Federal.

Vital Moreira, citado por Eros Roberto Grau, distingue três sentidos para o termo: “ – em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portan-

<sup>37</sup> idem, ibidem, pp. 668.

<sup>38</sup> GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997. p. 54.

<sup>39</sup> idem, ibidem, p. 55.

<sup>40</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., p. 216.

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 46.

to); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas, sim, a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; - em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; - em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia”.<sup>42</sup>

Para as últimas acepções, Silva Filho dá a denominação, respectivamente, de “sentido normativo-sociológico” e de “sentido jurídico-formal” do termo e atribui ao primeiro sentido (fático) uma impropriedade, vez que os fatos econômicos, enquanto fatos sociais, são dotados de sentido e passível de conhecimento e atribuição de significados, inexistindo, portanto, a possibilidade de ser objeto de uma ordenação “natural” e isenta de valores sociais.<sup>43</sup> Na utilização desse sentido, nota-se seu caráter ideológico na medida em que passa a idéia de que o modo de ser empírico de uma determinada economia está suficientemente “ordenado”, normatizado e regulado, e “(...) por já se manifestar no mundo dos fatos de modo ordenado (auto-ordenado), regulado (auto-regulado), prescindiria de qualquer outra ordenação ou regulação”.<sup>44</sup> “A ordem jurídica liberal ratificaria e reforçaria uma ordem (social) espontânea, ao passo que a ordem jurídica intervencionista pretenderia a substituição dessa ordem espontânea por outra: daí a perniciosidade da ordem jurídica intervencionista, que estaria voltada à exclusão do natural, em benefício do artificial”.<sup>45</sup>

Na verdade, não há preterição ou substituição, mas uma contínua e estreita interação entre a ordem constitucional econômica (no sentido jurídico-formal) e a “ordem econômica” (sentido ideológico e impróprio). A constituição econômica (no sentido formal) é dotada de historicidade, apesar de o jurídico não ser “mera descrição do fático”. “O ‘dever ser’, porque é compreensão do ‘ser’, não é isolado ‘absolutamente’ deste. Se não se dirige à conduta que (necessariamente) ‘é’, dirige-se à conduta (historicamente) possível; a noção de ‘poder ser’ integra-lhe o conceito. Daí aquela reciprocidade intrínseca ao fenômeno jurídico: o direito influencia o social; e deste sofre influência”.<sup>46</sup>

E essa interação, numa situação ideal, se dá basicamente por meio da atuação de mecanismos de regulação de condutas (intervenção estatal indireta), aos quais os agentes econômicos respondem positivamente, adequando suas condutas ao prescri-

<sup>42</sup> idem, ibidem, pp. 47-48.

<sup>43</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., pp. 209/210.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 50.

<sup>45</sup> idem, ibidem, p. 46.

<sup>46</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., p. 211.

to, ou negativamente, desviando seu comportamento do padrão estabelecido, em afronta direta à norma, ou aproveitando-se de sua imperfeição ou mesmo de situações anômicas existentes na ordem jurídico-econômica. Em qualquer caso, tais condutas são respostas onde se averiguam o grau de acolhimento pelos destinatários e a adequação fática (interação em nível de eficácia/legitimidade), resultando, muitas vezes em “correções de rumo” ou, simplesmente, em inocuidade da regulação pretendida. Há ainda o controle político e jurisdicional da atividade reguladora do Estado, feito por uma presumível representação de todo o corpo social, onde são feitas avaliações dos efeitos sociais e econômicos da regulação (interação em nível de eficiência) e de sua adequação aos cânones da ordem constitucional-econômica e demais normas do ordenamento (interação em nível de conformidade jurídico-constitucional).

Todavia, a realidade da regulação econômica nos revela graves falhas em tais controles, provocando distorções inegáveis, pois, como nos diz Moreira Neto, com a globalização econômica, “ (...) o próprio conceito de eficiência das escolhas interventivas passa a exigir séria reconsideração, (...) as condutas humanas se acomodam às próprias regras interventivas, ajustando-se perversamente, de modo que alguns acabam por tirar vantagens da mudança coacta introduzida”. Para ele, “a única saída é a flexibilidade para promover os ajustes e as correções com oportunidade”.<sup>47</sup>

Não obstante, o funcionamento harmonioso de uma determinada ordem econômica (sentido normativo-sociológico), ensina-nos Alexis Jachemin, “requiert un certain nombre de règles de droit qui assurent l’appropriation e l’usage des facteurs de production, des produits ou de services. En sens inverse, tout ordre juridique a des répercussions, recherchées ou non, sur le système économique qu’il encadre, régite ou normalise”.<sup>48</sup>

A implementação dessas regras de direito pressupõe a existência de um ente que tenha o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” e exerça “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (art. 174 da Constituição Federal).

A definição de “agente normativo e regulador”, a meu ver, enfeixa características que podem ser resumidas na figura do “regulador”, segundo descrita por Jean-Louis Autin. Segundo esse autor, a figura do regulador “suppose la distinction au sein d’un ensemble – dont le fonctionnement harmonieux ne peut être que la résultante de forces complexes – de deux ou plusieurs entités, entre lesquelles l’articulation n’est ni naturelle ni spontanée et dont l’ajustement dépend de l’entremise d’un instrument spécifique qui coordonne des actions initialement étrangères l’une à l’autre. Le régulateur occupe donc une position charnière ou d’interface entre deux structures dont il s’agit de concilier les logiques de fonctionnement”.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 93.

<sup>48</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, op. cit., p. 211.

<sup>49</sup> AUTIN, Jean-Louis, *Reflexions sur l’usage de la régulation en droit public. in La régulation entre droit et politique*, Michel Miaille (org.). Paris, Éditions L’Harmattan, 1995. p. 53.

Dentro de um universo de agentes econômicos natural e espontaneamente desarticulados, o Estado surge como um mediador que coordena ações de todos com vistas ao ajuste e à harmonização da atividade econômica em geral. Esse conceito, embora não contradiga a essência do ideário liberal, incomodamente impõe o reconhecimento de que a lógica do mercado não se basta no governo das relações econômicas, pois ele (o mercado) necessita, para o seu pleno e harmonioso funcionamento, da interferência de um ente “estranho” à atividade econômica e “neutro” na criação e aplicação de regras previsíveis, gerais e abstratas, e que tenha o poder de impor condutas reconhecido por todos os agentes econômicos. Em contrapartida, a ação do referido ente deve ater-se a amenizar ou corrigir as contradições internas do sistema (tendência ao monopólio e outros desequilíbrios decorrentes do processo de acumulação capitalista) apenas para que ele alcance um nível ótimo de funcionamento, não obstante o discurso jurídico preveja que a ação estatal deva ter por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o que representaria uma radical e indesejada mudança de estruturas, levando-se em conta o conceito comum e corrente de justiça social como “equitativa distribuição da riqueza”. Todavia, tal discurso tem sua utilidade na “administração” das tensões sociais tendentes à resolução do grave conflito distributivo gerado, ao mesmo tempo em que é mantida em estado de latência a concreção de direitos que tornariam mais palpável a promessa de justiça social.

Nota-se que a vigente ordem constitucional econômica guarda a essência da ordem jurídica liberal, pois, como frisou Eros Roberto Grau, houve apenas a ampliação dos contornos da velha ordem jurídica liberal, decorrente da admissão da atividade reguladora do Estado.

Importante notar que o texto constitucional, em nenhum de seus dispositivos, restringe a regulação social ao âmbito estatal, o que, do ponto de vista sociológico, seria inócuo e aberrante. A ele aplica-se, a meu ver, o que Gomes Canotilho afirmou em relação à Constituição Portuguesa: “é inegável que não existe um monopólio estatal de normação constitucionalmente consagrado. Pelo contrário: vários preceitos constitucionais apontam para a necessidade de desconcentração e descentralização da regulação jurídica e para a indispensabilidade de articular em moldes inovadores o direito interno com os fenômenos da internacionalização e supranacionalização”.<sup>50</sup>

A atividade reguladora, no contexto atual de crise do direito estatal e de surgimento de direitos “paralelos”, no entanto, representa um verdadeiro desafio para todos os juristas, pois o problema básico da regulação que lhe é proposto (“quem tem a primazia da regulação social”)<sup>51</sup> trata de algo que efetivamente “acontece” (mundo do ser) e não que “deveria acontecer” (mundo do dever-ser), segundo as normas jurídicas. As normas estatais, na realidade, não são necessariamente mais influentes e eficazes que a *lex mercatoria* e, como se isso não bastasse, ainda há competição

<sup>50</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed. ver. Coimbra, Almedina, 1993. p. 777.

<sup>51</sup> ARBOS, Xavier, op. cit., p. 233.

institucional por novas posições de regulação dentro da própria esfera estatal, induzida pela crise na relação Estado/Sociedade.<sup>52</sup> Enfim, o tratamento correto da questão da regulação social e, por conseqüência, da regulação econômica, exige que o jurista adote como hábito a observação da realidade social.<sup>53</sup>

Como afirma Moreira Neto, “o político e o jurista necessitam agora de novos instrumentos de análise política, econômica, social e jurídica para definir que tipos de organização têm as melhores condições de chegar a decisões eficientes para satisfazer os interesses da sociedade”, de modo que essas organizações possam “proporcionar o máximo de eficiência social, não importa se através de métodos impositivos ou consensuais de decisão e execução”.<sup>54</sup>

Desta forma, iremos tratar, nos parágrafos seguintes, da explicação sócio-jurídica e das propostas de solução para esses problemas, apresentadas no debate científico atual.

## A VISÃO DOS ESTUDOS SÓCIO-JURÍDICOS. PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE REGULAÇÃO SOCIAL

Como vimos, o fenômeno da globalização econômica ocasionou uma série ampla e complexa de mudanças sociais no nível interno e externo das sociedades, afetando, em especial, o poder regulador do Estado. Não obstante a estonteante rapidez e abrangência com que tais mudanças ocorreram e ainda estão ocorrendo, “(...) em qualquer tipo de sociedade, em todos os tempos, a mudança existiu como algo inerente ao sistema social”, ensinam-nos Cláudio e Solange Souto. “Da mesma maneira que, da interação entre os indivíduos, as normas comuns nascem para assegurar a própria continuidade dessa interação, também, dela, a mudança aparece como fenômeno natural, normal, dessa mesma interação. Ambos, o controle (que na norma grupal se encontra) e a mudança, resultam da interação social e servem para manter e transformar a sociedade. Até certo ponto, a mudança social faz as vezes de controle social, quando as situações são ainda muito novas e não efetivamente equacionadas pelas respostas conhecidas, formais, estruturadas. A interação social, portanto, dá origem aos fatos sociais normativos, que igualmente se adaptam, se transformam, como qualquer outro fenômeno social. E em não raras ocasiões a mudança social é planejada e posta em prática por um ato normativo formal. Controle e mudança caminham na sociedade humana simultaneamente”.<sup>55</sup>

Segundo esses autores, a velocidade das mudanças sociais varia de sociedade para sociedade e mesmo dentro de uma sociedade em particular. Em tempos normais,

---

<sup>52</sup> AUTIN, Jean-Louis, op. cit., p. 51.

<sup>53</sup> ARBOS, Xavier, op. cit., p. 233.

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 90.

<sup>55</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange, *Sociologia do direito: uma visão substantiva*, 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1997. pp. 325-326.

há uma área social (área ativa) onde as mudanças são mais nítidas, gradativas e constantes em relação a uma outra maior (área de conformidade ou passiva). Ambas “são necessárias ao controle social, pois a área nitidamente ativa regula e influencia o comportamento grupal sempre que o controle como conformidade não consiga abranger uma área em mudança. A mudança na área ativa, portanto não deve ser tida como “uma violação ou evasão do controle social, mas antes o próprio controle em um outro aspecto”,<sup>56</sup> ela faz as vezes de controle social das áreas ativas, é “o controle-substitutivo de segurança do controle social em geral”.<sup>57</sup>

Haverá desorganização social apenas quando houver quebra nos controles que regulam a área de conformidade e a área ativa, que, nessa última, é a própria mudança. “O conflito existirá no não permitir-se que a mudança social nítida se afirme e firme – como um controle mais efetivo e aceito socialmente – no momento mesmo que o controle social, até então aceito de maneira geral, comece a cair em desuso”. Todavia, “o controle substitutivo de segurança que é a mudança social será (...) tanto mais eficaz quanto mais adequados socialmente os padrões de mudança”.<sup>58</sup>

A meu ver, a exacerbação da profusão de regulação estatal casuística e desordenada (praticada segundo interesses de grupos mais influentes), da exclusão social provocada pelo novo modelo econômico e do esvaziamento de direitos sociais positivados por inviabilidade de concreção em uma ordem jurídica ineficiente e inócua, potencializam grandemente o risco de desorganização social, tanto pela quebra no controle social da área de conformidade, por descrédito e perda de legitimidade, quanto pela inadequação social do padrão de mudança imposto a todos.

Como vimos anteriormente, quando examinamos a mutação da ordem econômica liberal para a intervencionista, a mudança social acarreta alteração do paradigma de Estado e de seu instrumento de regulação social por excelência: a ordem jurídica. O modelo teórico proposto por Cláudio e Solange Souto me parece ser adequado para encontrarmos uma explicação para isso.

A interação social (ação ou fato social), segundo eles, é a ação relacionada e exteriorizada entre compostos SIV. Estes compostos, “em uma perspectiva genérica”, correspondem ao mental humano, cuja essência é sentimento (S), idéia (I) e vontade (V). O sentimento (S) se marca com euforia (“deve ser”) ou disforia (“não deve ser”), agradável (“deve ser”) ou desagradável (“não deve ser”); a idéia (I) é o elemento relacionado ao conhecimento empírico e científico e, por isso, refere-se diretamente a conteúdo de grande variabilidade e, em parte, imprevisível; e a vontade (V) caracteriza-se pelo movimento positivo (querer) e negativo (não querer). Da interação desses compostos representados em vários níveis por indivíduos, microgrupos ou macrogrupos, nasce a norma social comunicada e partilhada entre eles, consubstanciando o sentimento, a idéia e a vontade do grupo social a respeito de um

<sup>56</sup> cf. LaPiere, cit. SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange, op. cit., p. 327.

<sup>57</sup> idem, ibidem, p. 328.

<sup>58</sup> idem, ibidem, p. 328.

determinado fato da vida. “A ação, no que não é SIV comunicado na interação social” não é uma ação ou fato social, “é apenas motora, mecânica, genericamente animal”. A ação ou fato social, portanto, identifica-se com a norma originada na interação social (norma social).<sup>59</sup>

“Mudança social é alteração do social e este, sendo igual a norma social, mudança social é mudança normativo-social. Ora, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, não se nega o seu caráter de norma social e de norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitem. Mudança social é, desse modo, alteração do direito”, e essa é, “antes de tudo, alteração de conhecimento”. Pois, o composto SIV, “seja ou não comunicado em processo de interação social, cambia acentuadamente em função do seu elemento idéia”.<sup>60</sup>

Considerando que a marca característica da ordem jurídico-econômica intervencionista é instrumentalizar a implementação de políticas públicas do Estado-Providência, com vistas à mudança qualitativa da realidade econômico-social, urge que se verifique como se opera, em termos gerais, a mudança social.

Consoante o entendimento dos autores, “em relação a um determinado grupo, a mudança social se explicaria fundamentalmente pelas seguintes categorias conceituais: (a) normas (ou compostos SIV) aceitos pelo grupo, que constituiriam seu dever ser material; (b) normas que o grupo tende efetivamente a aceitar, portanto, apenas comunicadas em processo interativo intra-grupal, mas ainda não partilhadas grupalmente, e que constituiriam o dever ser potencial do grupo; (c) formas normativas coercíveis no seio do grupo (abstração feita de seu conteúdo) ou dever ser formal (por exemplo, lei e costume). Coercível se entende aqui simplesmente como aquilo que pode ser coagido”.<sup>61</sup>

A mudança se operaria “essencialmente no sentido de uma transformação contínua de dever ser potencial do grupo em dever ser material e da parcial perda de conteúdo prévio deste último. O dever ser material e o potencial têm mais energia de atuação social quando se revestem de coercibilidade e por isso tendem ao aspecto formal quanto às normas que se considerem importantes”. Nesse processo, “o elemento idéia ou conhecimento (I), elemento partilhável dos compostos SIV, é o motor fundamental da mudança social. A partilhabilidade desse elemento é tanto maior quanto mais se acredite em sua adequação à realidade, quanto mais se sinta que esse (I) deva ser (S+) e quanto mais se queira (V+) essa associação de sentimento e idéia (SI)”.<sup>62</sup>

Deste modo, assiste razão a Moreira Neto quando afirma que “vai perdendo sentido científico e prático acreditar-se na maior ou menor eficiência de modelos abstratos de ação política na ordem econômica, sem levar-se em consideração que em qualquer decisão imperativa que venha a ser adotada há que se considerar duplamente

---

<sup>59</sup> idem, ibidem, p. 330.

<sup>60</sup> idem, ibidem, p. 330.

<sup>61</sup> idem, ibidem, p. 332.

<sup>62</sup> idem, ibidem, pp 332-333.



te: o conhecimento empírico e a concordância ou divergência da opção com a vontade real das pessoas envolvidas”.<sup>63</sup>

Partindo-se da definição do direito como “algo de acordo com o sentimento humano de justiça e com a ciência empírica, a forma legal de coercibilidade deveria apresentar seus conteúdos em uma constante adaptação ao jurídico – que é variável devido à relatividade do conhecimento humano -, o que significa defender uma maior plasticidade legal, reduzindo-se o mais possível a solenidade da formulação e da promulgação das leis”. “O equilíbrio de todo e qualquer grupo social (..) em muito dependerá, para sua estabilidade e abertura natural à mudança, da adequação do conteúdo de formas coercíveis legais à realidade social – realidade social essa especialmente a ser apreendida pelo conhecimento científico-empírico”.<sup>64</sup> As condições para a mudança social ideal e profunda, contudo, são “um máximo de semelhança objetiva e subjetiva entre todos os interagentes e em que fossem todos esses interagentes socializados na idéia de semelhança essencial entre todos os homens”. Deste modo, “o sistema macrogrupal apresentaria o máximo de estabilidade e de abertura à mudança em seu equilíbrio”, mas as sociedades contemporâneas, como a capitalista, são desvios acentuados desse modelo ideal.<sup>65</sup>

O desenvolvimento econômico e social, escopo da ação reguladora do Estado-Providência, “é uma modalidade da mudança social” com diferentes graus de completitude, pois “nem toda mudança social, mesmo básica, implica desenvolvimento, mas pode, ao contrário, obstaculizá-lo”, como, por exemplo, “a exploração econômica de um povo, como ocorreu com frequência na história colonial de tantas nações (...)” e a “ação de grupos econômicos internacionais que procuram dominar a economia de nações dependentes”.<sup>66</sup> E, uma vez definido o direito como “aquilo que está de acordo com o sentimento de dever ser (sentimento humano de justiça) e com a ciência empírica atual, fica claro que não só o desenvolvimento econômico e social condiciona o direito, como é por este condicionado”.<sup>67</sup> “O direito – quer refletido, quer espontâneo – condiciona nitidamente o desenvolvimento econômico e social”, que, ao ser planejado, “a sua programação constitucional e legal depende claramente (...) do uso de formas coercíveis (legais ou simplesmente sociais) com conteúdo de acordo com dados de ciência empírica atual e com o sentimento humano de justiça.” Logo, “quanto maior a favorabilidade ao direito em um sistema social, maior o desenvolvimento econômico e social desse sistema”, mas não se pode “confundir necessariamente favorabilidade do direito com favorabilidade a formas coercíveis legais e

<sup>63</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 90.

<sup>64</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange, op. cit., p. 333.

<sup>65</sup> idem, ibidem, p. 334.

<sup>66</sup> cf. Giddens, 1984:111-123, Touraine, 1975:164, Camaille, 1993:64, cit. SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange, op. cit., p. 335.

<sup>67</sup> idem, ibidem, p. 337.

judiciais estatais, pois estas podem apresentar conteúdos que sejam obstáculo ao desenvolvimento econômico e social”.<sup>68</sup>

Embora não se refiram expressamente ao fenômeno da globalização, Cláudio e Solange Souto, de uma forma que entendo ser aplicável àquele fenômeno, defendem que as dessemelhanças acentuadas entre os interagentes são típicas do mundo de hoje e “conduzem internacional e nacionalmente a um equilíbrio social instável porque fechado a um desenvolvimento não só econômico, mas a serviço de semelhança social objetiva e subjetivamente profunda, capaz de, correspondentemente, provocar uma profunda aproximação nos espaços sociais internos e internacionais e, com isso, a estabilidade do equilíbrio nesses espaços. Entende-se aqui por espaço social simplesmente o espaço da interação social”.<sup>69</sup>

Porém, interessante também notar, como Arbos, o crescente abandono da idéia de o direito estatal servir como instrumento de controle do dever social.

Segundo Moreira Neto, as ideologias e as doutrinas políticas que simplificavam a realidade, adotando fáceis posições maniqueístas (provavelmente referindo-se ao marxismo) perdem hoje espaço e vigência “num mundo pluralista e competitivo que não se compadece com esquemas rígidos e inflexíveis”.<sup>70</sup> Arbos defende que houve a perda de prestígio de ideologias que exigem uma perspectiva geral diante do mundo para compreendê-lo. Em face desse quadro, “dans les consciences individuelles, la simple perception de ce qui arrive pèse plus que l’interrogation sur ses causes. Le droit veut servir d’instrument de contrôle du devenir social, idée qui semble être abandonnée car elle est estimée impossible, et elle se réduit pour laisser place à l’écoulement des faits”.<sup>71</sup>

Com o decréscimo da crença social na regulação estatal como instrumento de modelagem refletida da realidade sócio-econômica, vê-se ameaçado um importante meio de legitimação da atividade reguladora do Estado, não obstante ainda se ter como importante a coercibilidade que ele empresta às suas normas. Mesmo antiformalistas como Moreira Neto, ao defender a existência de limite lógico e prático à imposição das regras estatais à vista da relação entre progresso e consenso social, reconhecem “a indispensabilidade da coação estatal para que se torne possível o funcionamento das três instituições fundantes do direito privado: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil”, pois, “como sintetiza o insuspeito Karl Popper, ‘não existe mercado livre sem intervenção do Estado’”.<sup>72</sup>

Diante de todos esses percalços por que tem passado a regulação estatal e, em especial, a regulação econômica estatal, o debate teórico a respeito do tema central da

---

<sup>68</sup> idem, *ibidem*, p. 338.

<sup>69</sup> idem, *ibidem*, pp. 335-336.

<sup>70</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 91.

<sup>71</sup> ARBOS, Xavier, *op. cit.*, pp. 236.

<sup>72</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 91.

regulação (“quem tem a primazia da regulação social” e seus conseqüentários) tem assumido grande importância na reformulação do seu modelo. Embora ele venha ocorrendo sobretudo nos meios acadêmicos de países desenvolvidos, partilho a opinião de que “a forma e o papel futuros do Estado dependerão, em grande parte, do modelo de regulação social nos países mais industrializados”.<sup>73</sup>

Canotilho entende que, nesse debate, a visão de algumas fontes teóricas no sentido de que “o monopólio de normação jurídica pertenceria ao Estado ou, pelo menos, a entidades públicas dotadas de prerrogativas normativizadoras” é inadequada e irrealista, e tornou mais acentuada uma nova perspectiva a quem ele chama de “regulática”.<sup>74</sup> Boaventura de Sousa Santos, citado por Arbos, a denomina de “corrente antiformalista”, cujos traços fundamentais são a postulação por “le renoncement par les pouvoirs politiques à réguler certains secteurs de la vie sociale” e “un certain degré de non formalisation de l’ administration judiciaire”.<sup>75</sup>

A regulática, segue Canotilho, parte do princípio de que “as mudanças estruturais da sociedade de informação tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado como regulador heterônimo de relações sociais mas como instrumento de trabalho para auto-regulação das relações sociais”.<sup>76</sup>

Interessante notar que, no seio do discurso jurídico-científico atual, recorre-se novamente a uma nova forma de idealismo jurídico consistente em um modelo teórico artificialmente transposto da teoria da autopoiesis biológica de Maturana-Varela para a realidade sócio-jurídica. Não por acaso Hayek, um dos maiores ideólogos liberais, a utilizou na explicação do processo de morfogênese espontânea dos grupos sociais pleiteado para o regime econômico liberal.<sup>77</sup> Niklas Luhmann, por sua vez, a utilizou na consideração dos sistemas sociais de auto-referência de comunicação, cujos pressupostos, “embora sejam familiares na idéia de ‘ordem jurídica’, em suas partes estáticas (estrutura), ou em aberturas dinâmicas (aberturas às exigências funcionais)”, fazem com que se caia “no extremo de um direito alheio às permanentes mutações sociais”.<sup>78</sup>

A forma e a eficiência da ação reguladora estatal, deste modo, têm sofrido críticas nos países mais industrializados no que concerne à distância entre o direito positivo e a realidade e às dificuldades de implementação de programas estatais. Os sinais da mudança da forma de atuação do Estado, ora em curso, são a adoção de

<sup>73</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 15.

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim, op. cit. p. 776.

<sup>75</sup> ARBOS, Xavier, op. cit., pp. 236-237.

<sup>76</sup> CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., p. 777.

<sup>77</sup> SOUSA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de Direito Econômico*, 4ª ed.. São Paulo, Ltr Editora, 1999. p. 104.

<sup>78</sup> idem, *ibidem*, p. 103.

novas práticas administrativas, jurídicas e políticas, o uso e a produção de uma legislação mais flexível e o desenvolvimento do chamado “direito reflexivo”.<sup>79</sup>

“Parfois ce sont les pouvoirs publics eux-mêmes qui facilitent le déroulement de mécanismes informels de l’administration de la justice, et l’établissement d’un cadre soumis à un système de régulation que nous pouvons provisoirement qualifier de non-étatique”, afirma Xavier Arbos.<sup>80</sup> “ (...) Le droit étatique a commencé à se retirer volontairement de certains cadres dans lesquels sa présence était le signe de la suprématie des pouvoirs publics. (...) Dans autres domaines, il y a des régulations qui se substituent à celles qui sont d’origine étatique”. Um exemplo disso está na “émergence de la nouvelle lex mercatoria qui régle les règles de conduite pour les relations économiques dans lesquelles interviennent des organisations dont la sphère d’activité se situe au niveau planétaire”.<sup>81</sup>

Dentro da corrente antiformalista, as regulações que não possuem origem estatal, denominadas por Vittorio Olgiati de “ordens sócio-jurídicas semi-autônomas”, distinguem-se claramente da ordem jurídica, pois “possuem uma ‘identidade’, uma ‘razão’, uma ‘lógica’ e um ‘meio-ambiente’ próprios”. Elas regulam as relações sociais de uma perspectiva funcional e substantiva, ao invés de coercitiva e formal, de modo a criar formas de agregação social persistentes, ao invés de condições anômicas permanentes. Lidam com disputas e conflitos a partir de uma postura para a solução de problemas por meio de decisões orientadas para ações específicas. Sua eficácia social reside na mera “necessidade” auto-evidente da conduta prescrita. Por essas e outras razões, entende o autor que, “tanto de um ponto de vista ‘funcional’ e ‘social’, quanto de um ponto de vista ‘estrutural’ e ‘técnico’, tais direitos parecem particularmente habilitados à superação dos ‘dilemas’ do direito positivo na sociedade moderna e à recriação de um novo contexto normativo geral”.<sup>82</sup>

Figuram ainda como premissas do antiformalismo, as crises do Estado Social e de seu instrumento de regulação, acarretando a existência do que Olgiati, baseado em Teubner, chamou de “trilema regulatório”, resumido nos seguintes itens:

a) a “indiferença” recíproca entre direito e sociedade; a ordem jurídica perde contato e autoridade institucional, na medida em que o sistema jurídico tende a reagir apenas às suas próprias regras, em face do elevado grau de diferenciação que atingiu;

b) a “colonização” da sociedade por parte do direito, pois, devido ao grau de especialização de sua natureza e dimensão, a ordem jurídica parece tender a destruir a “autenticidade” e “identidade” do Lebenswelt (“relações básicas que constituem os sistemas sociais”);

---

<sup>79</sup> ROTH, André-Noël, op. cit., p. 15.

<sup>80</sup> ARBOS, Xavier, op. cit., p. 237.

<sup>81</sup> idem, ibidem, pp. 238.

<sup>82</sup> OLGIATI, Vittorio, *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito européia*, in *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros Editores, 1996. pp. 87-88.

c) a “desintegração” do direito por parte da sociedade, pois o direito positivo tem perdido “a capacidade de conferir autoridade e coerência a sua própria lógica interna”, devido a crescente incapacidade de definição de seu discurso e de implementação de seus programas específicos em relação aos outros sistemas sociais (político, econômico, etc.), à vista da grande mobilidade e mudança social nesses sistemas.<sup>83</sup>

No enfrentamento dessas questões, os principais teóricos dessa corrente utilizam-se do conceito de “sistema” como básico. Esse conceito “assume tal importância na metodologia jurídica que autores como H. J. Wolf chegam ao ponto de dizer que a ‘ciência do Direito ou é sistemática, ou não existe’”.<sup>84</sup>

Para esse autor, o conceito kantiano de sistema como “‘uma unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados’, ou um ‘conjunto de conhecimentos, ordenado segundo princípios’” é ao qual mais se recorre.<sup>85</sup>

Silva Filho defende que “num sentido próprio ‘sistema’ é a multiplicidade de objetos unificada pelo homem, pelos homens na relação intersubjetiva. Corresponde às concepções ‘normativas’ de ‘ordem’. ‘Ordem’, então, aparece como sinônimo de sistema”<sup>86</sup>. “Ordem jurídica”, deste modo, corresponde a “sistema jurídico”, mas, contrariamente ao que se poderia concluir, “ordem econômica” (no sentido jurídico-formal, ou seja, porção da ordem jurídica que regula coercitivamente condutas dos agentes econômicos enquanto tal), não se confunde com “sistema econômico”.

Um sistema é composto por “uma parte objetiva e múltipla (elementos); outra normativa, responsável pela unidade (regras estruturais)”. O sistema econômico, deste modo, é um “‘(...) conjunto de elementos’ (econômicos) ‘pessoais (produtores, não produtores, etc.); materiais (meios de produção, matérias-primas, produtos, etc.) e de processos (produção, distribuição, consumo)’”,<sup>87</sup> unidos e regulados por regras estruturais trazidas pela “ordem econômica” (no sentido normativo-sociológico, abrangendo o conjunto de todas as normas de conduta, de natureza jurídica, religiosa, moral, etc.). A “ordem econômica” (no sentido jurídico-formal), portanto, é apenas a parte coercitiva das regras estruturais que definem e instauram o sistema econômico ou subsistema econômico (se o tivermos como um dos componentes do sistema social, que engloba também todos os outros subsistemas como o político, o jurídico, etc.).

Luhmann, por outro lado, afirma “a existência de uma ‘autopoietica do social’”. Para ele, “sistemas sociais” não são “meros ‘bio-sistemas’ de ‘segundo grau’ desenvolvidos a partir dos indivíduos humanos”, mas “bio-sistemas por excelência, de ‘primeiro grau’”. A diferença entre os “sistemas biológicos” e os “sistemas sociais”

---

<sup>83</sup> idem, *ibidem*, p. 90.

<sup>84</sup> SOUSA, Washington Peluso Albino de, *op. cit.*, p. 102.

<sup>85</sup> idem, *ibidem*, p. 102.

<sup>86</sup> SILVA FILHO, Walter Rodrigues, *op. cit.*, p. 211.

<sup>87</sup> cf. Vital Moreira, cit. SILVA FILHO, Walter Rodrigues, *op. cit.*, p. 211.

é que os primeiros baseiam-se na “vida” e os últimos “baseiam-se nas leis gerais do ‘pensamento’ (‘noiéticas’)”.<sup>88</sup>

Na formação de subsistemas, segundo aquele teórico, verifica-se que “novos e específicos circuitos comunicativos se vão formando e desenvolvendo” no quadro do circuito comunicativo geral e “quando (...) atingem um grau de complexidade e perficiência na sua própria organização auto-reprodutiva, supõe-se a existência de um código binário específico que lhes guie as operações auto-reprodutivas sistêmicas e, já então, tornam-se autônomos em relação ao sistema social geral, do qual procedem”.<sup>89</sup> Desta forma, o subsistema jurídico ganha sua diferenciação funcional com o desenvolvimento de um código binário próprio (legal - ilegal), o subsistema econômico ganha a sua autonomia enquanto sistema auto-reprodutivo de “atos de pagamento”, e o subsistema político, enquanto sistema auto-reprodutivo de “decisões politicamente vinculantes”.<sup>90</sup>

Consoante sua teoria autopoietica, nas relações entre os vários subsistemas sociais, nenhum deles pode reivindicar a supremacia sobre os demais e nem pretender substituí-los nas respectivas funções específicas. No mesmo sentido, Baten, citado por Washington P. A. de Sousa, diria que “apenas o sistema econômico pode definir e mudar a economia: apenas o sistema jurídico pode definir e mudar o direito”, logo, não há interação entre eles ou interferência de um em outro.<sup>91</sup> A regulação jurídica da atividade econômica, sob esse prisma, é uma quimera: os sistemas sociais apenas se observam mutuamente. O sistema jurídico, conjunto de formas normativas coercíveis unidas por princípios e que tem como fim regular relações sociais, portanto, não tem o condão de modelar diretamente a realidade sócio-econômica, pois atingiu tal nível de complexidade e perfeição na organização de sua própria reprodução, que fechou-se em si mesmo, tornando-se autônomo em relação ao sistema social geral.

Diante disso, Sousa afirma que “não faltam os que afastam a idéia de que a sociedade possa ser regulada pelo Direito, pois, como diz Luhmann, ‘os sistemas apenas observam outros sistemas, nada mais’”.<sup>92</sup>

Gunther Teubner, partindo da mesma matriz teórica, “aborda as dificuldades decorrentes da ‘clausura’ dos subsistemas impedindo a sua intercomunicação”, apresentando a tese de que, “se é inacessível a intervenção jurídica direta, nem por isso deixam de ser possíveis as intervenções indiretas, embora possam apresentar resultados discutíveis.” Cita, como exemplo de intervenção direta, o “congelamento de preços imposto pelo legislador”, que, “se adotada a perspectiva autopoietica, tratar-se-ia de um ‘ato de observação’”. “O ambicioso ‘instrumento de regulação externa, constituiria simples auto-observação’, pelo qual o direito ‘se limita meramente a observar

<sup>88</sup> SOUSA, Washington Peluso Albino de, *op. cit.*, p. 104.

<sup>89</sup> *idem*, *ibidem*, pp.104.

<sup>90</sup> *idem*, *ibidem*, p. 105.

<sup>91</sup> *idem*, *ibidem*, p. 105.

<sup>92</sup> *idem*, *ibidem*, p. 107.

as suas próprias operações e a imaginar o funcionamento do sistema econômico deste ou daquele modo (...) e, por seu turno, a Economia ‘inventa’ uma imagem do Direito, processando os atos de pagamento também com referência a esta”<sup>93</sup>

Na autopoiesis jurídica, segue Teubner, “verifica-se um processo evolutivo de incremento de relações auto-referenciais”, composto de fases sucessivas “de um ‘direito socialmente difuso’, com o discurso jurídico idêntico ao discurso comunicativo geral”, passando por “um ‘direito parcialmente autônomo’, cujo discurso já contém os seus elementos próprios”, até chegar ao “‘direito autopoietico’, no qual esses elementos se articulam hipercíclicamente”, o que significa dizer que o sistema jurídico, apesar de “normativamente fechado”, é “cognitivamente aberto”, pois ajusta-se ao ambiente social circundante graças às suas propriedades cognitivas, vez que traz em si o elemento de conhecimento empírico-científico por meio do qual foi apreendido o fato objeto da normatização. As unidades de comunicação, estruturas e processos do sistema jurídico, portanto, “permanecem como comunicações sociais”, tornando-se “possível uma relação de conexão virtual entre sociedade e direito”, e configurando, “dessa forma, a ‘interferência dos sistemas’, que torna possível não apenas a observação recíproca, mas uma efetiva conexão comunicativa entre ‘sistema’ e ‘mundo da vida’”<sup>94</sup>

Sousa entende que, desse modo, Teubner liberta-se “da visão construtivista, afirmando que os ‘sistemas sociais utilizam o fluxo de comunicação social, dele extraindo comunicações especiais como novos elementos: utilizam estruturas sociais (expectativas) para a construção de normas jurídicas, e as estruturas da realidade, para a construção da realidade jurídica”<sup>95</sup>

Para Vittorio Olgiati, o primado do direito positivo estatal (autopoietico) sobre as ordens sócio-jurídicas semi-autônomas sempre foi defendido pela doutrina e prática tradicionais, e o grau de interações entre os dois dependem da natureza e nível dos limites estruturais internos do primeiro, no que diz respeito à validade, eficácia e legitimidade de suas normas. Para enfrentar essas limitações, o direito positivo sempre se utilizou instrumentalmente das ordens sócio-jurídicas (a) em nível sistêmico, quando elas auxiliam na consecução de objetivos gerais do sistema jurídico como justiça, ordem pública, etc.; (b) em nível normativo, quando garantem “a eficácia e/ou observância das provisões jurídicas que o direito positivo estatal considera como formais, gerais”; (c) em nível de fonte, quando auxiliam “na pretensão à coerência, completitude e sistematicidade formal e substancial do direito positivo estatal”; (d) em nível de sanção, quando reforça “a aceitação e a execução das punições”<sup>96</sup>

Tais limites e a “a demonstração de que, quanto mais o direito positivo estatal atuar sobre a sociedade, tanto mais fértil será o terreno para a criação das condições

---

<sup>93</sup> idem, *ibidem*, p. 107.

<sup>94</sup> idem, *ibidem*, p. 105.

<sup>95</sup> idem, *ibidem*, p. 105.

<sup>96</sup> OLGIATI, Vittorio, *op. cit.* pp. 84-85.

que implicam o ‘declínio’ técnico e operativo do direito positivo como meio ‘socialmente adequado’ da regulação social”, tem sido, segundo Olgiati, o ponto de partida para os estudos sócio-jurídicos que seguem basicamente duas estratégias de pesquisas:

a) a primeira, de cunho “funcional” e “social” (Durkheim, Tonnies e Habermas), visam à pesquisa e promoção de um novo ordenamento jurídico, “no âmbito do qual a auto-regulação social deve prevalecer”, movida pela constatação de que “os limites do direito positivo podem produzir sérias conseqüências sociais, as mais ameaçadoras sendo o debilitamento das relações comunicativas e a falta de solidariedade social entre os atores sociais”;<sup>97</sup>

b) a segunda, de caráter “estrutural” e “técnico”, tem por fim a “pesquisa e promoção dos pré-requisitos práticos e teóricos destinados a desenvolver a adaptação evolutiva social do próprio direito positivo”, movidos pela crença de que “‘problemas’, ‘riscos’ e ‘déficits’ nos estágios evolutivos da positivação do direito dizem respeito, sobretudo, a sua racionalidade interna, uma vez que esta se baseia em níveis crescentes de especialização, profissionalização e programas e processos de auto-reprodução”.<sup>98</sup>

Ambas as estratégias de pesquisa evidenciam que “uma ‘cultura jurídica’ diferente e uma ‘mudança legal’ relevante são socialmente oportunas e tecnicamente inevitáveis”, e uma solução razoável para essa situação seria “ter em conta o potencial estrutural e funcional dos ‘repertórios’ jurídicos específicos que são quotidianamente produzidos pelos subsistemas sócio-jurídicos”. Tal solução, para os adeptos da primeira estratégia, “traduz uma real ‘necessidade histórica’, já que corresponde às ‘necessidades sociais’ da sociedade como um todo”. Para os da segunda estratégia, “trata-se simplesmente de uma ‘condição evolutiva’ requerida pelo direito positivo mesmo, a fim de lidar com a ‘complexidade crescente de sua positivação’”.<sup>99</sup>

Filiando-se à segunda estratégia, Luhmann, segundo Olgiati, entende que “o direito positivo estatal deve tirar o máximo proveito do fato de que os direitos secundários também podem ser ‘positivados’”, pois, desta forma, torna supérflua a centralização da formalização normativa nas mãos do Estado, e passa para a Sociedade toda a responsabilidade “pelos riscos e problemas inerentes a este novo grau descentralizado de positivação”. No entanto, afirma Olgiati, “os limites do direito positivo estatal, bem como as necessidades sociais, atingem hoje uma tal dimensão quantitativa e qualitativa que o simples uso instrumental dos direitos secundários por parte do direito positivo torna-se social e tecnicamente impossível”.<sup>100</sup>

Contrariamente, para Habermas, “o caminho correto deve evitar tanto quanto possível a instrumentalização dos direitos secundários por parte do direito positivo”,

---

<sup>97</sup> idem, *ibidem*, pp. 86-87.

<sup>98</sup> idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>99</sup> idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>100</sup> idem, *ibidem*, pp. 88-89.



pois “a sociedade requer condições de vida nas quais o sentido da ação social e o contexto em que a ação é desempenhada sejam direcionados para uma compreensão autêntica, espontânea”, e isso “não pode ser realizado pelo direito positivo no momento, pois sua racionalização jurídica implica ‘alienação’ ou ‘reificação’ social”.<sup>101</sup>

Teubner, na busca de uma solução para o “trilema” regulatório do Estado Social, entende que a questão central, no momento, consiste “em garantir e defender as pré-condições” da existência do direito positivo, por meio do “desenvolvimento de uma nova ‘racionalidade’ jurídica e de novas condições operacionais, menos no que concerne a seus resultados sociais, e mais no que se refere a suas premissas decisórias (técnicas)”.<sup>102</sup>

Para que se chegue a isso, a solução seria dotar o direito positivo da capacidade de “auto-reflexão” por meio do desempenho de um estrito auto-controle interno (desempenho de fechamento estrutural) e da interação com a sociedade apenas na medida de seus limites internos (desempenho de abertura funcional). Deste modo: “a) mantém e reforça sua ‘diferença’ específica em relação aos outros subsistemas; b) reconhece a ‘unidade’ e ‘identidade’ dos demais subsistemas como ‘diferença’; e, conseqüentemente, c) pode limitar seus próprios desempenhos a uma ‘harmonização estrutural’ do contexto sócio-jurídico mais abrangente pela distribuição de direitos e deveres de regulação”.<sup>103</sup>

A adoção do “direito reflexivo”, portanto, pressupõe o reconhecimento da incapacidade do direito tradicional em definir autoritariamente as dimensões estruturais e funcionais dos subsistemas sociais, devendo restringir sua contribuição específica para a “complexidade social” ao mero desempenho da “generalização” de todas as auto-regulações existentes.<sup>104</sup> As ordens sócio-jurídicas semi-autônomas não podem mais ser relegadas a um plano secundário, apenas por não terem passado pelo procedimento oficial de jurisdicização que as permitisse sair do plano fático ao plano normativo. As dicotomias tradicionais da dogmática jurídica (público/privado, fato/norma, etc.) perderam sua razão de ser. A regulação levada a efeito pelas ordens sócio-jurídicas demonstram superioridade, sob certos aspectos, vez que dependem apenas de processos de institucionalização e não mais de processos de jurisdicização, dispensando meios coercitivos para ter eficácia ou aceitação social para ser legítima.<sup>105</sup>

Para André-Noël Roth, o direito reflexivo vem como alternativa intermediária entre a auto-regulação dos mercados e a planificação estatal. Nele, o Estado assumiria o papel de guia para a Sociedade, numa “direção flexível e de procedimento das condutas humanas”.

Divide a composição da estrutura jurídica do direito reflexivo (programa relacional) em dois níveis: o primeiro, de reformulação de fins e o segundo de per-

---

<sup>101</sup> idem, *ibidem*, p. 88.

<sup>102</sup> idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>103</sup> idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>104</sup> idem, *ibidem*, p. 91.

<sup>105</sup> idem, *ibidem*, p. 93.

missão e facilitação de “processos de auto-regulação no interior de campos de problemas específicos”. O Estado, nesse esquema, é um ator como outro qualquer, tendo a função de apenas dirigir os demais para o descobrimento de interesses comuns, dando indicações e promovendo incitações, e controlando a conformidade dos procedimentos de negociação das soluções.<sup>106</sup> No primeiro nível, os atores negociam metas legislativas e indicativas comuns “onde há interesses generalizáveis”. No segundo, há um processo de auto-regulação interna em cada campo específico, onde se busca um acordo por meio de um consenso entre os atores sociais.<sup>107</sup>

Desta forma, o subsistema jurídico, instrumento da ação estatal, “deixaria de promulgar proibições (direito negativo), para tomar uma forma mais positiva (leis de incitação), indicando e incitando os atores a tomar decisões em conformidade com as metas escolhidas”, e, conseqüentemente, permitindo a autonomia de cada subsistema, mas com adaptação às pressões de outros subsistemas e ao Estado.<sup>108</sup>

A racionalidade e o caráter democrático das decisões nesse processo dependem, segundo o autor, da capacidade de discussão razoável dos atores envolvidos (razão discursiva de Habermas). Nesse aspecto, Roth faz uma leitura pessimista do quadro de fragmentação e descentralização das instâncias produtoras de normas jurídicas, que, em última análise, constitui a forma decisória sugerida, pois, muitas vezes, no processo decisório descentralizado, há o predomínio de interesses das elites políticas locais, e é pouco provável que as condições para que o processo discursivo (concebido por Habermas) estejam reunidas no contexto atual. “Seguramente, os resultados da negociação dependerão em grande parte, da força e da organização de todos os interesses afetados (as relações de forças políticas e sociais), ou seja, de uma sociedade civil ativa e consciente de seus interesses e opressões, bem como de um acesso completo e igual à informação e ao saber”. “Como ocorre com os outras fontes de poder (força, dinheiro) o acesso ao saber não está distribuído de maneira similar entre os diferentes grupos sociais”.<sup>109</sup>

O direito reflexivo seria, portanto, uma contribuição para a legitimação de um retrocesso, de uma volta às origens, feita pelo Estado Moderno e por seu instrumento, o direito, movida pelo desenvolvimento da sociedade capitalista. “É um trabalho de formatar ou elaborar um ‘corpo sistemático de regras baseado sobre princípios racionais e destinado a receber uma aplicação universal’, das práticas jurídicas que resultam das relações de força entre interesses políticos e sociais antagônicos e contraditórios. Formatação essa que permite e legitima o desenvolvimento de um Estado ‘fagocitado’ por uma regulação social condicionada por valores e interesses privados erigidos para o bem público”.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> cf. Helmut Willke, cit. ROTH, André-Noël, op. cit., p. 23.

<sup>107</sup> idem, ibidem, pp. 23-24.

<sup>108</sup> idem, ibidem, p. 24.

<sup>109</sup> idem, ibidem, p. 26.

<sup>110</sup> idem, ibidem, pp. 26-27.

Como todos os propositores de soluções intermediárias, Teubner também recebe críticas de quem adota uma posição ostensivamente antiformalista, como Olgiati. Para ele, apesar da reivindicação teórica de um direito reflexivo, a atitude instrumentalista tradicional diante das ordens sócio-jurídicas ainda permanece na teoria teubneriana, pois nela estão reafirmadas a autonomia estrutural básica do direito positivo estatal em relação à sociedade e a sua “posição central enquanto mecanismo generalizado de ordenação social”. Acrescenta que “(...) enquanto o direito positivo for considerado ‘mecanismo generalizado’, (...) a chamada ‘harmonização estrutural’ entre o direito positivo e as ordens sócio-jurídicas (...) – consiste simplesmente na promoção de um tipo (antigo) de ‘descentralização’ normativa: a ‘investidura simbólica’ - politicamente relevante – das ordens sócio-jurídicas nos poderes políticos ‘oficialmente’ reconhecidos da autonomia (auto-regulação), da autarquia (auto-administração) e da ‘autocrinia’ (auto-jurisdição)”. E finaliza dizendo que, “(...) dada sua aproximação ‘autopoiética’ ao pluralismo jurídico, Teubner não parece aceitar a idéia de que a era do primado do direito positivo também tenha terminado”.<sup>111</sup>

Sousa descreve a resposta de Teubner a essas críticas, na qual ele atribui a causa dessas posições ao que chama de “‘mal-entendidos’ em tomar-se o ‘direito reflexivo’ como recomendação tecnolegislativa (processualização), como apelo à auto-regulação (natureza político-jurídica) ou como modelo evolutivo normativo (natureza técnico-jurídica)”, fixando-se em aspectos marginais do problema de como o direito lida com sua própria autopoiésis e com a autopoiésis dos outros sistemas sociais. Há autores que “tomam a autonomia social por um prisma puramente normativo, por um “programa político-jurídico destinado a garantir a liberdade social, e que, por conseguinte, estão prontos para identificar o direito reflexivo com as ideologias neoliberais, as estratégias de desregulação e auto-regulação pluralista”.<sup>112</sup>

Teubner acrescenta, ainda, que “porém, é necessário frisar que a autonomia social representa para o Direito, antes e acima de tudo, um problema epistemológico: da perspectiva do Direito, é a dimensão fática, mais do que a normativa, da autonomia social que revela. A autonomia social coloca juristas e políticos perante o problema de determinar exatamente o objeto das regulações jurídicas por eles criadas, independentemente do fato de estas visarem salvaguardar a autonomia dos movimentos alternativos ou garantir a sua disciplina”. A questão a ser proposta é: “como é que o Direito vê e apreende a realidade jurídica da autonomia (social), de modo a ser capaz de a regular (qualquer que seja o sentido desta regulação)?”.<sup>113</sup>

## CONCLUSÃO

O Estado Liberal foi concebido como instrumento de proteção de direitos individuais contra intervenção de qualquer forma de corporativismo na esfera privada e

<sup>111</sup> OLGIATI, Vittorio, *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>112</sup> SOUSA, Washington Peluso Albino de, *op. cit.*, p. 106.

<sup>113</sup> *idem. ibidem*, p. 106.

de garantia da regulação espontânea da sociedade por meio do monopólio da violência física e da produção de normas gerais, abstratas e previsíveis.

Hoje pleiteia-se o fim do monopólio estatal da produção de normas coercitivas sobre determinadas matérias, em benefício da auto-regulação social, e o surgimento de um direito neocorporativista nascido de grupos sociais influentes, mormente das empresas transnacionais, sob a chancela estatal e com pretensão de eficácia sobre toda a Sociedade. Os grupos menos influentes, deste modo, vêem-se na impossibilidade de ultrapassar o quadro jurídico por eles oferecidos, que passa a ser visto como quase inexpugnável.

Constata-se que as formas de Estado, seus ordenamentos jurídicos e o discurso jurídico-científico que o legitima e justifica, guardam estreita relação com as circunstâncias econômicas de um determinado período histórico e têm servido de instrumento para fazer face às constantes mudanças sociais e para a manutenção do modo de produção capitalista por meio de transformações sociais adequadoras.

Não há, portanto, uma solução de continuidade clara e essencial entre a dogmática tradicional, com sua idéia de direito como sistema ou ordem lógico-formal, e a autopoiesis jurídica, que o concebe igualmente como sistema social, acrescido dos adjetivos: complexo, auto-reprodutivo e relativamente fechado aos outros sistemas (econômico, político, etc.). Ambas, ao meu ver, são idealismos, pois reduzem artificialmente a complexa realidade sócio-jurídica a um simples esquema racionalista. Sua permanência e aceitação, no entanto, se deve à função ideológica do discurso jurídico-científico de esconder a historicidade do direito, negando seu estreito vínculo com as relações sociais havidas no âmbito do modo de produção capitalista.

Diante desse quadro, entendo que o nível e a forma de regulação econômica estatal varia, ao longo dessa evolução, de acordo com o grau de confiança social na capacidade de auto-regulação do mercado. No âmbito das relações econômicas, quando a lógica e os mecanismos do mercado, partilhados e aceitos socialmente como legítimos, são suficientes para a solução pontual de conflitos e a acomodação de interesses mutuamente excludentes, o pesado e emperrado mecanismo regulador e interventor do Estado, talhado para a solução de grandes disfunções e desequilíbrios, passa a ser despiciendo e invasivo, dando azo a um direito paralelo. A implementação do conceito de “Estado Mínimo”, entretanto, tem se mostrado danoso no enfrentamento das distorções que o fenômeno da globalização econômica trouxe, sobretudo no que diz respeito à crescente exclusão social.

Para o enfrentamento desta e de outras disfunções do sistema capitalista, a Constituição Federal de 1988 prevê uma ordem jurídico-econômica claramente intervencionista, vez que instrumentaliza a implementação de políticas públicas, predicando a melhoria e a transformação da realidade econômico-social, sem prejuízo da manutenção do modo de produção capitalista, por meio de atividades de regulação/intervenção econômica. Isso tornou-se possível graças à mudança do paradigma de Estado decorrente da crise do modelo liberal-clássico dos países centrais, que ampliou os contornos da ordem jurídica liberal de modo a permitir a regulação

econômica estatal. Tal alteração foi imposta pelo reconhecimento de que a auto-regulação do mercado não é suficiente para reger as relações econômicas, à vista das distorções e desequilíbrios inerentes ao capitalismo.

Não obstante o discurso em contrário, não há preterição da “ordem econômica” (no sentido ideológico e impróprio utilizado no texto constitucional), sua substituição pela ordem econômica (no sentido jurídico-formal), ou mesmo uma separação clara entre elas, pois encontram-se em contínua e estreita interação por meio de mecanismos de controle de eficácia/legitimidade, de eficiência e de conformidade jurídico-constitucional.

Tais mecanismos, no entanto, apresentam dificuldades e distorções que revelam falhas na articulação entre Estado e Sociedade, de cuja solução depende grandemente a restauração da credibilidade na regulação econômica estatal como instrumento de aperfeiçoamento da realidade sócio-econômica, do devir social.

Na busca dessa solução, a aceitação e o incentivo da auto-regulação social não implicam necessariamente o abandono do direito estatal. A eficácia e a aceitação social da regulação levadas a efeito pelas ordens sócio-jurídicas restringem-se, muitas vezes, ao ambiente e aos membros grupo social que a gerou. Vistas em seu conjunto, as normas sociais materiais e potenciais do grupo (Souto e Souto), ao meu ver assemelham-se, respectivamente, ao direito parcialmente autônomo e ao direito socialmente difuso (Teubner), e quando elas alcançam foros de normas importantes ou fundamentais do macrogrupo social, devem necessariamente assumir formas normativas coercíveis, principalmente legais, para que venham a obter a garantia de um mínimo de eficácia que apenas o detentor do monopólio da violência física pode dar.

O bom funcionamento do direito reflexivo, nos moldes defendidos, todavia, pressupõe uma semelhança entre os indivíduos e grupos sociais interagentes que absolutamente não existe e nunca existirá em uma sociedade capitalista. Logo, abstraída a séria questão epistemológica colocada por Teubner, a defesa consciente de um direito reflexivo como um meio de emancipação social em relação ao jugo estatal me parece uma utopia útil, que só beneficia a legitimação ideológica do atual processo de reformulação e reacomodação de normas do sistema jurídico, no sentido de extinguir direitos sociais e individuais duramente conquistados e de garantir a prevalência de grupos econômicos influentes no espaço de interação social.

No entanto, muito bem-vindas são soluções como a diminuição da permeabilidade excessiva das instituições com poder normativo aos grupos sociais influentes e a adoção de um modelo participativo e democrático de elaboração de normas jurídicas, no sentido de reforçar a combatida separação entre poder político e poder econômico. O que presentemente assistimos é um esvaziamento de direitos já assentados e uma formalização desenfreada de “dever ser” potenciais e materiais de grupos influentes em áreas ativas da sociedade, sem que os padrões de mudança por eles oferecidos sejam socialmente adequados para o macrogrupo, potencializando a desorganização social por quebra do controle, tanto na área ativa quanto na área de conformidade.

É recomendável também que o conteúdo da norma positiva deva adaptar-se continuamente às alterações constantes do conhecimento empírico-científico e ao sentimento de justiça reinante na Sociedade por meio da adoção de procedimentos legislativos e regulamentares mais céleres, menos solenes e mais abertos à participação popular. Isto proporcionará maior equilíbrio, estabilidade e abertura à mudança ao macrogrupo social.

Partilho, enfim, a posição de Xavier Arbos, ao sintetizar a atual condição e as saídas para a regulação estatal:

“O direito estatal não pode negar a existência de outras formas de regulação, e nem ceder diante delas. Sua tarefa, a meu ver, é reconhecer as características do ambiente dentro do qual ele deve operar e os resultados de sua conduta. Para ele, é necessário procurar formas de participação dentro da elaboração de lei e regulamentos, concedendo audiência pública aos grupos de interesses. Dentro da avaliação da eficácia da norma, que determina seu desenvolvimento posterior, é necessário manter igualmente a porta aberta aos grupos sociais que se sintam afetados. A retificação da norma deve ser também tão aberta quanto sua formulação”.<sup>114</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed. ver. Coimbra, Almedina, 1993.
- FARIA, José Eduardo (org.) e outros, *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- MIALLE, Michel (org.) e outros, *La régulation entre droit et politique*. Paris, Éditions L´Harmattan, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Reinstitucionalização da ordem econômica no processo de globalização*. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 5, nº 18, janeiro-março 1997).
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1992.

---

<sup>114</sup> “Le droit étatique ne doit pas nier l´existence d´autres formes de régulation, et pas plus que de céder devant elles. Sa tâche, à mon avis, est celle de reconnaître les caractéristiques de l´environnement dans lequel il doit opérer et les résultats de sa conduite. Pour lui, il faut chercher des formes de participation dans l´élaboration de lois et règlements donnant audience publique aux groupes d´intérêts. Dans l´évaluation de l´efficacité de la norme, qui détermine son développement postérieur, il faut maintenir également la porte ouverte aux groupes sociaux qui se sentent affectés. La rectification des normes doit être aussi ouverte que sa formulation”. ARBOS, Xavier, op. cit., p. 241.

SILVA FILHO, Walter Rodrigues, *Constituição Econômica*. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 3, nº 11, abril-junho 1995).

SOUSA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de Direito Econômico*, 4ª ed.. São Paulo, Ltr Editora, 1999.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange, *Sociologia do direito: uma visão substantiva*, 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1997.

