

301
34d
d.

UKO

O DIREITO NA ECONOMIA GLOBALIZADA

© JOSÉ EDUARDO FARIA

ir. 1ª edição, 1ª tiragem 06.1999; 2ª tiragem 05.2000;
3ª tiragem 10.2002.

ISBN 85.7420-129-4

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205
Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.



Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
05/2004

SUMÁRIO

Apresentação	7
1. INTRODUÇÃO	13
1.1 Nação, Estado e Soberania: o impacto da globalização	16
1.2 Crise do direito e exatidão paradigmática	39
1.3 Globalização e direito: objetivos do trabalho	51
2. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: ORIGENS, IMPLICAÇÕES E DESDOBRAMENTOS	59
2.1 A "sociedade informacional" e os novos paradigmas de produção	64
2.2 A expansão tecnológica e a "economia-mundo"	86
2.3 Concorrência, investimentos e soberania: questões da nova ordem econômica mundial	95
3. AS MUDANÇAS DO DIREITO ENTRE DUAS ERAS ECONÔMICAS ..	111
3.1 Ingovernabilidade sistêmica e ineficácia jurídica: os problemas do direito na era econômica keynesiana	113
3.2 Da inflação legislativa ao trilema regulatório: os desafios do direito positivo no Estado-nação	128
3.3 Do Estado-nação à "economia-mundo": o direito emergente com a globalização	141
4. PLURALISMO, AUTO-ORGANIZAÇÃO, "REFLEXIVIDADE" E MEDIAÇÃO CORPORATIVA	150
4.1 "Direito da produção" e "direito sistêmico": o pluralismo jurídico da economia globalizada	156
4.2 O "direito da produção" e a "sociedade organizacional"	165
4.3 O "direito reflexivo" e o "engate estrutural" do pluralismo jurídico	183
4.4 Os "programas normativos" seus modelos contratuais básicos	199
4.5 Os "programas normativos relacionais" e o "neocorporativismo procedimental"	212

co-formais, a efetividade e a autonomia das regulações jurídicas nacionais são postas em questão. De outro lado porque esse deslocamento dos poderes de decisão jurídica gera a necessidade de organismos, mecanismos e sistemas supranacionais de coordenação macroeconômica, de monitoramento comercial, de harmonização das diferentes legislações em vigor, de articulação de interesses financeiros e de resolução dos conflitos que podem comprometer o “meio ambiente” das instituições financeiras e dos agentes produtivos – enfim, de uma inédita, ampla e complexa estrutura jurídica de natureza multilateral destinada a assegurar o funcionamento, sem riscos, traumas e inseguranças, de uma ordem econômica globalizada.

AS MUDANÇAS DO DIREITO ENTRE DUAS ERAS ECONÔMICAS

Polarizados pelo advento da “sociedade informacional”, pela emergência do paradigma da “especialização flexível da produção” e pela conversão das decisões de investimento do sistema financeiro internacional e das formas de atuação das corporações transnacionais num poder de fato contraposto à soberania formal dos Estados-nação, demonstrando a capacidade de resposta do capitalismo à crise do padrão monetário e aos choques do petróleo examinados no capítulo anterior, os anos 90 representam o período histórico de intercruzamento entre duas eras econômicas. Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é a da economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela “financeirização” do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho.

A enorme dependência ao crescimento geométrico das taxas de inovação tecnológica, para assegurar a continuidade ou manutenção dos ganhos de produtividade e sustentar o nível de atividade, é uma das face-

tas mais importantes da nova era. Os sucessivos déficits de funcionalidade, operacionalidade e efetividade decisórias, no âmbito dos Estados-nação, traduzem os momentos finais da era declinante. Esta, como é sabido, surgiu nos anos 30 com o New Deal *rooseveltiano*; expandiu-se na segunda metade dos anos 40 com os esforços de reconstrução, recuperação e crescimento no Pacífico e na Europa Ocidental patrocinados pelo Plano Marshall e empreendidos em caráter complementar aos esquemas de segurança política e militar constituídos sob a égide da *Pax Americana*; e chegou ao apogeu nas décadas de 50 e 60 com os expressivos níveis de produção, consumo, produtividade e salários, produzindo um ambiente econômico internacional altamente favorável a políticas de desenvolvimento industrial e a programas de bem-estar – estes últimos fundados na aspiração de realizar os valores da *liberdade e igualdade, certeza jurídica e solidariedade*, considerados antinômicos nos tempos do Estado liberal clássico. A partir dos anos 70, porém, com a crescente instabilidade das principais variáveis macroeconômicas, essa era passou a se caracterizar pela drástica redução de seu ritmo de crescimento (o que é ilustrado pelo quadro 3.1). E, nos anos 80, passou a mostrar uma progressiva incapacidade tanto para planejar racionalmente sua intervenção no processo de mudança social quanto para produzir respostas a um só tempo eficientes e sistematicamente coerentes ao conjunto disperso e contraditório de tensões, conflitos e demandas gerado pelos desdobramentos da desorganização monetária e dos dois choques energéticos. A ascensão e a decadência do intervencionismo estatal num curto espaço de tempo de quatro décadas retratam, assim, a trajetória dessa era.

Quadro 3.1
Países da OECD
Taxas médias de crescimento

	1950-60	1960-70	1970-80	1980-85
Bélgica	2.9	4.9	3.2	0.7
Canadá	3.9	5.0	4.0	2.4
Dinamarca	3.3	4.8	2.3	2.4
França	4.4	5.8	3.6	1.1
Alemanha Ocidental	7.6	4.8	2.9	1.3
Itália	5.9	5.7	3.0	0.8
Japão	n.a.	11.0	4.9	3.8
Holanda	4.9	5.1	3.4	0.7
Noruega	3.5	5.0	4.6	3.3
Suécia	3.3	4.4	1.9	2.0
Suíça	5.1	4.6	1.2	1.2
Reino Unido	2.6	2.8	1.9	2.0
Estados Unidos	3.2	4.0	3.0	2.5

Fonte: Jeremy Mitchell, "The nature and government of the global economy", in *Global Politics. Globalization and the Nation-State*, ob. cit., p. 179.

3.1 *Ingovernabilidade sistêmica e ineficácia jurídica: os problemas do direito na era econômica keynesiana*

Na fase de ascensão, alimentada pelo sistema de relações comerciais, monetárias, cambiais e financeiras nascido das propostas de inspiração *keynesiana*, consubstanciado pelo acordo de Bretton Woods, em agosto de 1944, e implementado no plano internacional pelos diferentes organismos multilaterais – Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Européia de Cooperação Econômica (mais tarde convertida na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) etc. – dele resultantes, o Estado tinha por objetivo básico formular, implementar e executar políticas macroeconômicas para a expansão capitalista. Investindo contra o pensamento econômico convencional, postulando a incapacidade dos mercados para corrigir a subutilização dos recursos produtivos e o desemprego e defendendo a ampliação dos poderes dos bancos centrais com o objetivo de dotá-los de controles mais efetivos sobre as taxas de juros, Keynes argumentava que, no âmbito de uma economia capitalista dotada de instituições financeiras capazes de criar poder de compra além das disponibilidades correntes, não seria necessária a existência de uma poupança prévia para que os investimentos se efetivassem. Os investimentos, afirmava ele, dependeriam tão-somente das expectativas de lucros dos empresários e da disposição dos gestores das finanças em acreditar na correção daquelas estimativas e adiantar o dinheiro suficiente para aquisição de máquinas, edificação de instalações e contratação de trabalhadores. Deste modo, a análise *keynesiana* promove uma inversão nas relações de determinação entre poupança e investimento; são as variações no investimento, exprimindo uma maior ou menor confiança dos empresários na consecução de maiores lucros, que provocam variações no nível de renda e de consumo, restando a poupança como um *resíduo* que se ajusta passivamente.

Com base nesse tipo de análise, as políticas macroeconômicas de inspiração *keynesiana* partiam do pressuposto de que as épocas de recessão, como a da grande depressão dos anos 20, resultavam da falta de investimentos privados para absorver as poupanças que poderiam ser geradas a pleno emprego. Como solução, propunham o aumento do investimento público em períodos recessivos, mediante a criação de novas despesas financiadas por meio de empréstimos e a manipulação das taxas de juros. Subjacente a essas políticas havia a crença de que, dada a incapacidade do *laissez-faire* de propiciar automática e natural-

mente o equilíbrio na alocação eficiente de recursos escassos, caberia ao governo estimular a plena ocupação da mão-de-obra, formulando estratégias de “indução ao investimento”, implementando políticas destinadas a elevar a “eficiência marginal do capital”, executando programas de estímulo ou desestímulo à “propensão ao consumo” (e, conseqüentemente, à “propensão à poupança”), adotando políticas fiscais compensatórias e, por conseqüência, derrubando a prescrição ortodoxa segundo a qual o orçamento público deveria manter-se rigorosamente equilibrado. É justamente por isso, falando em linguagem *weberiana*, que o Estado intervencionista do pós-guerra está longe de ser aquela associação “ordenadora” típica do Estado de Direito clássico, que tinha a legitimidade do exercício do monopólio da violência e do uso da coação jurídica (renunciando em contrapartida a intervir no campo econômico), tornando-se uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado *Social* de Direito.¹

Valendo-se em sua gestão macroeconômica de instrumentos fiscais, taxas de juros, oferta de crédito e gastos públicos para incrementar o consumo e estimular o crescimento, o Estado *keynesiano* não se limitou a restabelecer o equilíbrio nas transferências bilaterais de recursos, pondo fim aos fatores que, acarretando transferências unilaterais, vinham submetendo o capitalismo a crises cíclicas. Ele também desempenhou o papel de viabilizador da acumulação privada, sustentando investimentos produtivos que reduziram drasticamente os níveis de desemprego, conjugando aumento real de salários com aumento de receitas e lucros, assegurando acordos para elevação de produtividade e convertendo políticas sociais e “redistributivistas” em fator de alar-

1. Cf. Max Weber, *Economia y Sociedad*, ob. cit. 1977, pp. 55 e ss. A contextualização desta era econômica, especialmente nos períodos de reconstrução (final dos anos 40 e começo dos anos 50), de crescimento e estabilidade sob a hegemonia norte-americana e a efetividade do sistema institucional de Bretton Woods (anos 50-70) e o início de seu declínio (anos 70 em diante), é importante para melhor explicitar a natureza, o caráter, a dimensão e o alcance do Estado intervencionista e de seu instrumental jurídico, porém escapa aos objetivos deste trabalho. Nesse sentido, remeto o leitor a cinco importantes textos: Micá Panié, “The Bretton Woods System: concept and practice”, in *Managing the Global Economy*, ob. cit.; Richard Bessel, “The international economic order between the wars”, e Jeremy Mitchell, “The nature and government of the global economy”, ambos in *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, ob. cit.; Robert Heilbroner e William Milberg, *The crisis of vision in modern economic thought*, ob. cit. (especialmente o cap. 3º, “The keynesian consensus”); e Luiz Gonzaga Belluzzo, “O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados globalizados”, in *Economia e Sociedade*, Campinas, Instituto de Economia da Unicamp, 1995, n. 4.

gamento do mercado e da administração da demanda agregada. E cumpriu, ainda, a função legitimadora de assegurar a identidade normativamente estabelecida da sociedade industrial. Ao nível jurídico, essa função levou, por exemplo, à padronização das relações de trabalho. Ao nível político, ela orientou a ação governamental no sentido de identificar os focos de tensão, neutralizando-os por meio de programas de educação básica, saúde, moradia popular, previdência, treinamento profissional e salário-desemprego, para os assalariados; e de suporte financeiro e apoio tecnológico, para o empresariado, assegurando-lhe desta maneira as condições necessárias para a ampliação de sua produtividade e para o aumento de sua competitividade. Ao nível institucional, por fim, propiciou uma intervenção contínua e crescente nas relações sociais, o que, por um lado, traduz o aumento da discricionariedade do Executivo (colocado no vértice das funções de governo em detrimento do controle recíproco dos poderes prevacente na época do Estado liberal), e, por outro, revela a natureza “incremental” ou “promocional” do direito positivo à sua disposição.²

Contrapondo deste modo taxas expressivas de crescimento econômico e programas de bem-estar às incertezas, dilemas, crises e guerras dos conturbados anos 20 e dos sombrios anos 30, quando as instituições democrático-representativas liberais sofreram a concorrência do sucesso temporário das diferentes formas de fascismo, e “retribuindo” proporcionalmente mais ao trabalho do que ao capital com sua pauta distributiva, as políticas de inspiração *keynesiana* propiciaram o advento de um “círculo virtuoso” entre aumento dos salários reais, elevação

2. Para um exame das implicações sociais e políticas do “incrementalismo jurídico”, ver David Trubek, “Law, planning and development of the Brazilian capital market”, in *Yale Law Journal*, New Haven, 1971, n. 3, e “Toward a Social Theory of Law: an essay on the study of law and development”, in *Yale Law Journal*, New Haven, 1972, v. 4; Marc Galanter, “Why the heavens come out ahead: on the limits of legal change”, in *Law and Society Review*, Denver, 1974, n. 9; Robert Steidman, “Law and development: a general model”, in *Law and Society Review*, Denver, 1972, v. 6; Harrel Rogers, “Law as an instrument of public policy”, in *American Journal of Political Science*, 1971, n. 14; John Griffiths, “Is law important?”, in *New York University Law Review*, New York, 1978, n. 54; Vital Moreira, *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*, ob. cit. Para uma análise do uso promocional do direito, ver Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977; e José Eduardo Faria, *Direito, Modernização e Autoritarismo: mudança sócio-econômica x liberalismo jurídico*, São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, 1981.

da produtividade e redução das distâncias sociais. Foi assim que conseguiram acabar criando, especialmente entre as décadas de 50 e 60, um clima político e social de muita confiança nessas formas de regulação, controle, gestão, direção e planejamento estatais. Graças a elas, o Estado intervencionista por um lado dispunha de condições para amenizar tensões, neutralizar pressões e bloquear eventuais ameaças à legitimidade institucional; e, por outro, contava com a flexibilidade decisória necessária para estimular, promover, disciplinar, regular e planejar o crescimento, bem como para enfrentar os riscos de instabilidade conjuntural ou estrutural, podendo desta maneira preservar o processo econômico de problemas disfuncionais.

A partir dos choques do petróleo, da instabilidade monetária e da crise financeira dos anos 70, no entanto, tanto essas ameaças quanto esses riscos passaram a ocorrer em ritmo cada vez mais intenso. Como conseqüência, os ciclos de prosperidade e estagnação se tornaram cada vez mais curtos, solapando velozmente as bases fiscais de financiamento dos gastos sociais. E com a aceleração da inflação, com os desequilíbrios financeiros decorrentes da queda das receitas tributárias e do aumento das despesas públicas, com a elevação das taxas de desemprego e a subsequente ampliação das tensões trabalhistas e das pressões sindicais, com os confrontos crescentes entre política econômica e política social e com o forte abalo no consenso quanto ao "círculo virtuoso" entre crescimento e correção de desigualdades, o repertório de fórmulas, métodos, estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios das políticas *keynesianas* e do Estado "social" que as implementava acabou esgotando suas virtualidades.

Desde então, ele se revelou incapaz de lidar quer com os problemas inéditos gerados pelas transformações da ordem econômica internacional, quer com os problemas mais antigos que, por sua complexidade e especificidade, passaram a escapar dos padrões gerais das políticas macroeconômicas e a exigir decisões *ad hoc* nas dimensões temporal, social e temática, levando as normas de direito econômico, administrativo, trabalhista, previdenciário e tributário a serem continuamente reformuladas e reinterpretadas caso a caso. Suas estruturas fiscais foram desarticuladas pela transnacionalização dos capitais financeiros. Seus processos decisórios foram comprometidos em sua unidade e autonomia. O controle direto das ações e condutas dos agentes produtivos deu lugar a uma espécie de delegação de autoridade a instâncias mediadoras semipúblicas ou privadas que, embora não tendo por função natural e mesmo institucional a regulação e a coordenação, terminaram exercendo-as de modo concreto. E seus mecanismos jurí-

dicos entraram em descompasso com as manifestações reais das novas forças presentes na sociedade. O resultado foi o declínio de sua capacidade de balizar e gerir racionalmente o funcionamento global do sistema econômico, impondo-lhe uma orientação finalista para a consecução de objetivos sociais de bem-estar.

O que se passa a verificar, então, é uma progressiva inefetividade política, administrativa, normativa, operacional e até organizacional do Estado *keynesiano* ou intervencionista. Sua prolífica – mas errática – produção legislativa vai acarretar importantes mudanças na morfologia, nos significados e na qualidade discursiva das leis, esvaziando progressivamente o caráter lógico-sistemático do ordenamento jurídico e pondo em xeque a linguagem unívoca desenvolvida pela dogmática com base em conceitos prestabelecidos e de acordo com regras precisas de mudança. Ao aumentar de modo cada vez mais desordenado e desarticulado o número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, essa desenfreada produção legislativa culmina, assim, na ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por conseqüência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo. Essa disfuncionalidade crescente tanto do Estado "social" ou regulador quanto de seu instrumental normativo configura um processo que tem sido chamado de "ingovernabilidade sistêmica" ou "crise de governabilidade" pelos cientistas políticos. E de "inflação legislativa", "juridificação" (ou "sobre-juridificação") e "trilema regulatório", pelos sociólogos e teóricos do direito.

"Governabilidade", como tem sido dito e repetido pelos analistas, é um conceito de definição bastante imprecisa. Por maximizar a eficiência decisória da máquina administrativa do Estado, ele mantém uma inevitável tensão com a democracia, cujo exercício, a partir da igualdade política, permite a expressão de interesses múltiplos e conflitantes.³ "Governabilidade" também é um conceito fortemente carregado

3. Cf. Claus Offe, "Democracy Against Welfare State? Structural Foundations of Neoconservative Political opportunities", in *Political Theory*, 1987, n. 15, pp. 501-537; *Ingovernabilità e Mutamento delle Democrazie*, Bologna, Il Mulino, 1982; e "A ingovernabilidade: sobre o renascimento das teorias conservadoras da crise", in *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984; Jürgen Habermas, "A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas", in *Novos Estudos*, São Paulo, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 1987, n. 18, pp. 103-114. Alan Wolfe, *Los Límites de la Legitimidad: contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1980, e "Capitalism shows its face: giving up on

de implicações ideológicas.⁴ Em termos conceituais, a noção de governabilidade tem sido associada à incapacidade de um governo ou de uma

democracy”, in *Trilateralism*, Holly Sklar org., South End, Boston, 1980; Norbert Lechner, “De la revolución e la democracia”, in *Los Patios Interiores de la Democracia*, Santiago, Flacso, 1988; e Angel Flisfisch, “Governabilidad y consolidación democráticos”, mimeo, Santiago, 1988. Em diferentes perspectivas analíticas, ver, também, Gianfranco Pasquino, *La complessità della politica*, Bari, Laterza, 1985; Albert Hirschman, “The Welfare State in trouble: systemic crisis or growing paradigms?”, in *American Economic Review*, 1980, v. 70, n. 2; Pierre Rosanvallon, *La Crise de l'État Providence*, Paris, Seuil, 1981; Michel Crozier, “La crise des régulations traditionnelles”, in *La Sagesse et le Désordre*, Henri Mendras org., Gallimard, 1980; Michel Crozier, Samuel Huntington e Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report of the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975; e Philippe C. Schmitter, “Notes toward a political and economic conceptualization of policy-making in Latin America”, trabalho apresentado na “Conferencia sobre Políticas Públicas y sus impactos en América Latina”, Buenos Aires, 1974.

4. Enquanto questão teórica, este conceito ganhou corpo com base numa linha de análise liberal-conservadora desenvolvida por Samuel Huntington, para quem as condições de governabilidade seriam dadas pelo equilíbrio entre as reivindicações e demandas levadas ao governo e por sua capacidade de processá-las e de atendê-las. Demandas em volume superior à capacidade de resposta do governo gerariam déficits que, acumulando-se sucessivamente, provocariam ingovernabilidade. Cf. *Political Order in Changing Societies*, New Haven, Yale University Press, 1968. Em uso corrente na sociologia e na ciência política desde o final dos anos 60 e começo dos anos 70, quando a idéia de “desenvolvimento político” implícita nas propostas macroeconômicas *keynesianas* deixou de ter um signo positivo e o eixo das discussões passou gradativamente do problema da manutenção da democracia para o da estabilidade política ou preservação da ordem, o sentido teórico e prático desse conceito veio sendo redefinido ao longo do tempo. Como afirma Fiori, “em primeiro lugar, o significado analítico e normativo da idéia de governabilidade variou de acordo com o tempo e o espaço. E, em segundo lugar, através do tempo as definições ora apontaram para ‘condições sistêmicas de exercício eficiente do poder’, tão gerais quanto infinitas, ora desceram à discussão da ‘boa maneira de gerir os recursos públicos’, tão detalhada que fica praticamente impossível de assegurar sua validade universal. Como conseqüência, o conceito de governabilidade, na sua acepção mais ampla ou mais específica, ficou indeterminado do ponto de vista teórico, tratando-se, na verdade, de uma ‘categoria estratégica’. Assim, num primeiro momento, nos anos 60, apontou normativamente para a necessidade de restringir as ‘demandas democráticas excessivas’; num segundo momento, nos anos 80, recomendou que se reduzisse o papel do Estado e se desregulassem os mercados; enquanto, finalmente, nos anos 90 está associado a um programa destinado a assegurar a homogeneização internacional das políticas econômicas de corte liberal-conservador”. Cf. José Luís Fiori, “A governabilidade democrática na nova ordem econômica”, *ob. cit.*, p. 161. Do mesmo autor, ver, também, “Sobre a crise contem-

estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de expectativas, de problemas institucionais, de clivagens políticas, de conflitos sociais e de demandas econômicas; nesse sentido, um sistema político se tornaria “ingovernável” quando não conseguisse mais confirmar essas expectativas, filtrar, selecionar e dar uma resposta a essas demandas, solucionar esses problemas, neutralizar essas clivagens e dirimir esses conflitos de maneira eficaz e coerente – mesmo expandindo seus serviços, suas estruturas burocráticas e seus instrumentos de intervenção, em nome do aumento de sua capacidade de direção, coordenação, filtragem, seleção e desempenho. Historicamente, esta noção está associada aos baixos graus de institucionalização política dos países em desenvolvimento, nos anos 60 e 70, quando suas políticas de industrialização acelerada chegam ao auge, e às dificuldades enfrentadas pela social-democracia européia, a partir da década de 70, por causa da decrescente capacidade de resposta do Estado Providência, em termos organizacionais e financeiros, às reivindicações a ele enviadas.

A situação-limite de um cenário de ingovernabilidade é uma crise fiscal, quando o Estado perde crédito público, deixa de acumular poupança, é pressionado por grupos de interesses de todos os tipos, enfrenta dificuldades crescentes para executar suas políticas e vê comprometida sua capacidade de regular a economia e promover transferências de renda no interior da sociedade. Essa crise se torna particularmente visível no momento em que as despesas sociais destinadas a legitimar um modo específico de produção, mediante a busca de harmonia social e de lealdade às regras do jogo econômico, em troca de programas de bem-estar nas áreas da saúde, transporte, previdência, saneamento básico, moradia e educação, passam a crescer mais rapidamente do que os meios de financiá-la. Como é sabido, essas despesas, uma vez efetivadas, convertem-se em direitos sociais que acabam não podendo mais ser suprimidos sem o risco de grandes tensões – sob a forma de greves por vezes selvagens, protestos por vezes violentos e

porânea”, in *Em busca do dissenso perdido*, Rio de Janeiro, Insight, 1995, e *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do Estado desenvolvimentista*, Rio de Janeiro, EDUERJ, 1995; e Wanderley Guilherme dos Santos, “Fronteiras do Estado Mínimo: indicações sobre o híbrido institucional brasileiro”, in *O Brasil e as Reformas Políticas*, João Paulo dos Reis Velloso org., Rio de Janeiro, José Olympio, 1992.

grandes mobilizações – para a sustentação dos governos e para legitimidade do próprio sistema político. Dito de outro modo, a partir do momento em que o orçamento social é ampliado, cada programa de bem-estar consolidado passa a ser considerado direito inexoravelmente adquirido por seus destinatários. Este é o motivo pelo qual sua continuação pouco acrescenta à legitimidade do Estado, enquanto sua eventual redução, revogação ou supressão, como tentativa de *desviar* para o mercado os gastos considerados excessivos, constituiria uma inevitável fonte de perda de legitimidade. Daí a inevitável tendência não só a que tais programas sejam mantidos, uma vez formulados, implementados e postos em execução, mas, igualmente, a que se expandam, independentemente dos problemas por eles gerados em matéria de equilíbrio orçamentário.

Esse é o fator responsável pela crise fiscal. Por causa da inexorável propensão dessas despesas a se expandirem numa velocidade muito acima do suportável pela estrutura econômica, o Estado se vê obrigado a transferir, por vias tributárias, os excedentes do sistema político e a reduzir a capacidade pública e privada de investimento desse mesmo sistema.⁵ Como conseqüência, se por um lado o aparelho estatal se

5. Cf. James O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, London, St. Martin's, 1973. O autor parte da premissa de que o Estado capitalista, com o objetivo de assegurar sua reprodução, precisa desenvolver duas funções fundamentais: (a) garantir a acumulação e (b) manter a legitimação. Para ele, "O Estado deve esforçar-se por criar ou conservar condições idôneas e uma rentável acumulação de capital. Por outro lado, o Estado deve esforçar-se por criar ou conservar condições idôneas de harmonia social. Um Estado capitalista que utilizasse abertamente as próprias forças de coerção para ajudar uma classe a acumular capital à custa de outras classes perderia toda a sua legitimidade e chegaria a minar as próprias bases de lealdade e de consenso. Um Estado, porém, que ignorasse a necessidade de estimular o processo de acumulação do capital, correria o risco de secar a fonte do próprio poder: inutilizaria a capacidade de a economia gerar um superávit e os impostos recorrentes deste". Para um resumo das críticas à tese da "crise fiscal do Estado", ver Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, verbete "Governabilidade", ob. cit. Segundo Pasquino, O'Connor não daria a devida importância ao papel dos mecanismos ideológicos e da legitimação simbólica. Sua tese destacaria no máximo alguns problemas da crise fiscal do Estado, como o déficit econômico, devido à incapacidade de financiar o aumento das despesas com o adequado incremento dos tributos. "Uma coisa é a crise fiscal do Estado e, outra, é a crise do Estado fiscal. Esta última verifica-se somente quando se produz uma contração drástica na esfera das atividades econômicas sujeitas à iniciativa privada, que tenha como conseqüência uma exaustão das próprias bases do Estado. A experiência demonstra, porém, que a dissolução mais ou menos rápida do Estado fiscal pode ser acompanhada por

torna alvo das mais variadas e contraditórias pressões setoriais na composição do orçamento, reclamando prioridades em termos de investimentos produtivos ou gastos em programas sociais, por outro o desequilíbrio orçamentário conjugado com o aumento do déficit público se converte em fator de pressão inflacionária sem que, no entanto, os diferentes indivíduos, grupos e classes em conflito sejam efetivamente atendidos em seus objetivos e desejos concretos.

Essa situação se agrava ainda mais quando as dificuldades fiscais, as tensões orçamentárias e os demais problemas políticos ameaçam a própria autonomia, a coesão, a operacionalidade e a funcionalidade das instituições governamentais. Nas décadas de 60 e 70, quando os governos democráticos de países desenvolvidos e em desenvolvimento enfrentaram grandes dificuldades diante das turbulências sócio-econômicas geradas pelos choques energéticos e pela desorganização monetária, a elaboração teórica e a instrumentalização ideológica das crises de governabilidade passaram a enfatizar, como sua característica central, a incapacidade do sistema político de expandir seus serviços nos setores essenciais, de equacionar a crise fiscal e de satisfazer reivindicações sociais contraditórias aos interesses materiais dos grupos e classes que integram uma determinada estrutura de poder; e, nas décadas seguintes, passaram a definir "governabilidade" e "reformas estruturais" de modo basicamente *circular* – a governabilidade como condição das reformas e estas, por sua vez, como a estratégia mais adequada para a restauração daquela. Entre as diferentes conseqüências da incapacidade decisória propiciada pela "ingovernabilidade sistêmica", sempre se advertiu para o risco de uma frustração explosiva, disfuncional e desestabilizadora da ordem jurídico-institucional. Desde então, governabilidade tem sido um termo basicamente referido à qualidade da gestão governamental, considerando-se, entre outros fatores, (a) a coerência das decisões através do tempo, (b) a eficácia de suas políticas pú-

uma expansão e um fortalecimento da organização estatal. Os defensores da crise fiscal do Estado propõem deliberadamente qualquer solução para um problema que antes consideram favorável na medida em que descobre as bases e mina os alicerces do Estado capitalista, apressando sua queda. A solução é, portanto, esperar por esta queda ou então consiste, mais raramente, na mudança do relacionamento entre as várias classes. É, porém, exatamente esta mudança que, em breve tempo, se torna a causa mais poderosa da necessidade de o Estado desenvolver conjuntamente as funções de acumulação e legitimação. Fica assim em aberto o problema de a organização estatal, que se seguiu ao soçobrar das relações de classe, estar em condições de fazer frente à própria exigência de mudança e de reprodução sem crise fiscal e sem coerção de massa" (p. 551).

blicas, encarada na perspectiva da consecução de resultados em conformidade com objetivos previamente definidos, e (c) a efetividade de suas medidas, em termos de sua aceitação social, que pode ir da simples aquiescência e reação passiva dos destinatários até o apoio ativo e organizado.

A “inflação legislativa”, a “juridificação” e o “trilema regulatório” são os desdobramentos especificamente jurídicos da “ingovernabilidade sistêmica” do Estado *keynesiano*, intervencionista, regulador ou “providenciário”. Independentemente das implicações doutrinárias, das injunções teóricas e do alcance analítico de cada um desses três conceitos, todos eles têm sido amplamente utilizados para traduzir, descrever e analisar um mesmo e importante fenômeno: a crescente inefetividade das instituições de direito, da qual os reflexos mais visíveis são, por um lado, o crescente rompimento da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos, e, por outro, a paralisação ou multiplicação de “leis especiais” editadas casuística ou pragmaticamente em resposta às contingências e problemas surgidos com a eclosão das “crises de governabilidade”. E como é o caso desta expressão “no âmbito da sociologia e da ciência política contemporâneas, a eficácia das leis tornou-se também, nos últimos tempos, um dos temas mais recorrentes no pensamento jurídico”.⁶

No período áureo do positivismo e do formalismo jurídicos, como é sabido, quando se costumava fazer uma separação bastante rigorosa entre o *jurídico* e o *social* e era comum privilegiar-se no primeiro apenas e tão-somente sua dimensão lógico-formal e ahistórica, em nome

6. Sobre a trajetória do tema da eficácia no âmbito do pensamento jurídico, ver Richard Abel, “Redirecting Social Studies of Law”, *ob. cit.*, p. 816. Para a definição do conceito de eficácia, ver Francesco Carnelutti, *Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1942, pp. 451-453; Mario Comba, “Eficacia della legge”, in *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Torino, Giappichelli, 1945; Constantino Mortati, “Principii sull’efficacia delle norme”, in *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, Cedam, 1969, v. I, pp. 345-348; Domenico Corradini, *Historicismo y Politicidad del Derecho*, Madrid, EDR, 1982; Alberto Calsamiglia, “Eficencia y Derecho”, in *Doxa*, Alicante, Universidad de Alicante/Centro de Estudios Constitucionales, 1987, n. 4; Vincenzo Ferrari, *Funzioni del Diritto*, Bologna, Laterza, 1989; Charles Albert Morand, “L’obligation d’évaluer les effets des lois”, in *Évaluation Législative et Lois Expérimentales*, Jacques Chevalier *et alii*, Aix-en-Provence, Press Université d’Aix-Marseille, 1993; e Erhard Blankenburg, *verbete: “Implementation”*, in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 1993.

da calculabilidade, da previsibilidade da segurança, da certeza e de sua racionalidade intrínseca, esse tema quase sempre era subestimado ou relegado para segundo plano – isto quando não tendia, simplesmente, a ser descartado do rol das questões propriamente “científicas” do direito. De lá para cá, no entanto, por causa das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais já anteriormente apontadas, exigindo uma nova reflexão sobre os problemas centrais da Teoria Geral do Direito, que vão dos modelos jurídicos, dos métodos hermenêuticos e das fontes à integração do ordenamento e à interconexão da legalidade com a legitimidade, os teóricos se propuseram o desafio de enfrentá-lo tanto em termos conceituais quanto em termos de sua abrangência.

Na vertente positivista-normativista, por exemplo, a eficácia de uma determinada ordem legal costuma ser definida como o poder de produção de efeitos jurídicos concretos na regulação de situações, relações e comportamentos previstos pelos códigos e leis vigentes. A eficácia diz respeito, assim, tanto à aplicabilidade quanto à exigibilidade das diferentes normas em vigor. O que de fato importa, nesta definição, é que elas sejam aplicadas e exigidas a partir dos procedimentos e determinações estabelecidas por um sistema legal considerado formalmente “válido” – validade aqui compreendida como uma característica intrínseca de um ordenamento unitário e hierarquizado de normas, interligadas segundo uma subsunção de caráter lógico-formal; ou, nas conhecidas e sempre repetidas palavras de Kelsen, como “o modo de existência específico das normas jurídicas”. Deste ponto de vista estritamente técnico-jurídico, portanto, as normas revelam-se eficazes quando podem ser aplicadas e exigidas dentro dos limites estritos do sistema legal. O problema desta concepção é que, ao tratar o conceito de eficácia numa dimensão exclusivamente normativista, ela acaba não permitindo uma avaliação mais precisa (a) da inter-relação e da interpretação das normas de direito positivo com as demais regras disciplinadoras das diferentes formas de vida social, (b) das medidas substantivas tomadas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário para assegurar a concretização dos objetivos almejados pelo legislador; e (c) dos efeitos ou resultados efetivamente alcançados pela aplicação das normas por ele editadas. Um autor coerente com os pressupostos da abordagem normativista do direito, como Kelsen, afirma que a eficácia de uma ordem jurídica significa a simples observância dessa ordem, não indo, contudo, muito além disso.⁷ A aplicação das normas, diz ele, nada tem

7. Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, *ob. cit.*, pp. 226-232. Sobre o problema da eficácia em Kelsen, ver Agostino Carrino, “Formalismo e crisi della

a ver com seus objetivos; trata-se de uma aplicação meramente formal, uma vez que o direito a ser aplicado nada mais seria do que uma moldura vazia de valores ideológicos e desvinculada de seu contexto sócio-político e econômico.

Já em outra vertente teórica, esta com maior sensibilidade sociológica do que a anterior, as normas e as leis costumam ser eficazes quando encontram na realidade por elas regulada as condições sociais, econômicas, políticas, culturais, ideológicas e até mesmo antropológicas para seu *enforcement*, para seu reconhecimento, para sua aceitação e para seu cumprimento por parte de seus destinatários.⁸ Como esta vertente trata a eficácia jurídica a partir de uma dimensão bem menos formal e mais substantiva do que a anterior, ela acaba tornando possível dois tipos de avaliação. De um lado, uma avaliação histórica tanto da aplicação material do direito positivo quanto de sua própria legitimidade, tendo em vista a correspondência entre os fins estabelecidos pelo legislador e os valores culturais enraizados entre os diferentes destinatários das leis num determinado sistema social. A eficácia, aqui,

razione”, in *L'Ordine delle Norme*, ob. cit. Willian Ebstein, *La Teoria Pura del Derecho*, México, Fondo del Cultura Económica, 1974; Alberto Calsamiglia, “Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica”, Barcelona, Ariel, 1978; Graham Hughes, “Validity and the basic norm”, in *California Law Review*, LIX, n. 3; Giuseppe Spaduti, “L'État de droit et le principe de souveraineté”, in *Kelsen e il problema della sovranità*, ob. cit.; Enrique Aimone, “Política y ideología en el pensamiento de Hans Kelsen”, in *Apresiasi Critica de la Teoria Pura del Derecho*, Agustín Squella et alii, Valparaíso, Edeval, 1982; e Jes Bjarup, “Kelsen's theory of law and Philosophy of Justice”, in *Essays on Kelsen*, Richard Tur e William Twining orgs., ob. cit.

8. Sobre a origem, a evolução e a consolidação desta vertente, especialmente a partir da avaliação do impacto do direito quando utilizado como instrumento de mudança social, ver Romano Bettrini, “Efficacy of law and socio-economic change”, in *European Yearbook in the Sociology of Law*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 351-363; François Rangeon, “Réflexions sur l'effectivité du droit”, in *Les Usages du Savoir Juridique*, Danièle Loschak org., Paris, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie/PUF, 1989; Pablo Navarro, “La Eficacia del Derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Pierre Lascoumes e Evelyne Sérverin, “Théories et pratiques de l'effectivité du Droit”, in *Droit et Société*, Paris, LGDJ, 1989 n. 2; e Kaarlo Tuori, “Efficiency, effectiveness and legitimization: criteria for the evaluation of norms”, in *Ratio Juris*, Oxford, 1989, v. 2. Ver, também, Angelo Falzea, “Eficacia giurídica”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1965; Rodolfo Sacco, “Giudicare: modo superato de legiferare?”, in *Rivista di Diritto Civile*, 1983, ano XXIX; Jean Carbonier, “Effectivité et ineffectivité de la règle de droit”, in *Flexibe Droit*, ob. cit.; e Renato Treves, *Sociologia del Diritto: origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987.

não é apenas uma questão de fato; é, igualmente, uma questão de valores, em cujo âmbito estão em jogo, por exemplo, princípios como liberdade, equidade e justiça; a inefetividade do direito pode, assim, ser encarada como um indicativo do fosso existente entre as exigências jurídicas e os interesses sociais democraticamente compartilhados. De outro lado, esta vertente torna possível uma avaliação comparativa entre os objetivos e comportamentos previstos e estabelecidos pelas normas e pelas leis e os resultados por elas efetivamente alcançados num determinado contexto sócio-político.⁹

Envolvendo assim distintos significados no âmbito da doutrina, e sendo condicionado mais pela falta de acordos terminológicos do que por dificuldades metodológicas intransponíveis para definir e diferenciar conceitos, o tema da eficácia do direito foi aqui apresentado de maneira bastante esquemática. Longe de se excluírem, no entanto, as definições de eficácia propostas pelas vertentes “jurdogmática” e “jurdociológica” são analiticamente ricas quando utilizadas em conjunto no exame de problemas concretos – entre outros motivos porque, compreendida de modo exclusivista, a eficácia na perspectiva “jurdogmática” tende a subestimar a diversidade, a heterogeneidade e a complexidade das relações que os atores sociais mantêm com o direito; e, na perspec-

9. Esta última avaliação, por sua vez, tem dado lugar a uma distinção conceitual entre eficácia em *sentido amplo* e eficácia em *sentido estrito*. Também chamada de *efetividade*, a primeira se refere às normas capazes de obter a realização da conduta nelas prevista, sempre que isso implique a consecução dos objetivos pretendidos pelo texto legal. A segunda se refere à norma que, além de conseguir o cumprimento do comportamento originariamente previsto, obtém igualmente a concretização dos objetivos pretendidos por esse mesmo texto. Cf. J. F. Perrin, “Qu'est ce que l'effectivité d'une norme juridique?”, in *Pour une Théorie de la Connaissance Juridique*, Genebra, Dalloz, 1979, pp. 91 e ss.; Charles Albert Morand, “L'action du droit”, in *Mélanges*, Berna, Hubert, 1981, pp. 101 e ss.; e Mauricio Villegas, *La Eficácia Simbólica del Derecho*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, pp. 94-100. Este último autor identifica ainda, além desses dois conceitos, a noção de *eficiência*, designando a consecução dos objetivos previstos por meio da utilização “dos melhores meios possíveis”. Segundo ele, “la eficiencia se obtiene cuando el fin propuesto se logra a través de los mejores medios al alcance. Este concepto va un poco más allá en el análisis de los resultados: una norma puede ser efectiva y eficaz sin que de ello se desprenda una apreciación favorable sobre su eficiencia. En este caso, aquello que se pone en entredicho no es ya el proceso que conduce de la promulgación a la realización de los fines, sino la concepción de la aplicación de la norma misma, entendida como instrumento de acción social. En otros términos, el tema de la eficiencia plantea la actividad normativa como un problema económico que consiste en la búsqueda de los medios más adecuados para la obtención de ciertos fines” (pp. 97-98).

tiva “jus-sociológica”, tende a subestimar os riscos de dissolução dos valores e procedimentos especificamente jurídicos numa dimensão utilitarista ou instrumental, por meio dos mais variados mecanismos de violência político-ideológica, ou seja, *simbólica*. Neste sentido, um determinado sistema jurídico não se torna eficaz apenas porque é um conjunto de regras internamente coerente, em termos lógico-formais; ou, então, porque está sustentado no monopólio da força do poder que o positivou. Ele também se torna eficaz porque os atores incorporam em suas consciências a premissa de que essas regras legais devem ser invioláveis. Sem a internalização de um sentido genérico de disciplina e sem o sistemático respeito às leis, aos códigos e às normas, a eficácia de uma determinada ordem legal acabaria sendo comprometida, independentemente do poder repressivo do Estado que a impõe.

Exponenciada pela “ingovernabilidade sistêmica” do Estado regulatório ou intervencionista, a ausência dessa internalização e desse respeito está na essência da inefetividade de suas leis, de suas engrenagens jurídicas, de seus mecanismos processuais e de suas estruturas judiciais. Por mais que edite textos legais para coordenar, gerir, induzir, balizar, controlar, disciplinar e planejar o comportamento dos agentes produtivos (no âmbito do trabalho, das finanças, da indústria e do comércio), esse seu instrumental normativo já não mais consegue “penetrar” de modo direto, imediato, pleno e absoluto na essência do sistema sócio-econômico. Antes do inter cruzamento das duas já mencionadas eras econômicas, nos anos 90, quando ao seu poder formal as instituições financeiras internacionais, as corporações empresariais transnacionais e as companhias globais vão contrapor seu poder de fato, o Estado intervencionista ou “providenciário” ainda tentou reagir a esse tipo de problema. E o fez de duas maneiras, uma numa perspectiva basicamente informal; e outra, numa dimensão eminentemente formal.

Na perspectiva informal, consciente de que muitos de seus códigos e de suas leis carecem da necessária base social, econômica, política, cultural e ideológica para serem eficazes, o Estado regulatório ou intervencionista passou a adotar, ainda que não oficialmente, intrincadas e sutis estratégias de distanciamento em relação a esses dispositivos legais – a ponto, muitas vezes, de agir à revelia das diretrizes por eles oferecidas e, outras, de tornar-se *cúmplice* – por ação ou omissão – de comportamentos e decisões que os violam. Esse Estado, por exemplo, deixou de aplicá-los em certos casos. Ou, então, passou a aplicá-los de modo altamente seletivo em outros, não regulamentando certos direitos com a deliberada finalidade de bloquear a implementação das garantias e benefícios por eles assegurados, instrumentalizando normas

numa direção distinta da originariamente formulada no momento de sua positivação; postergando a entrada em vigor de determinadas medidas criadas e/ou autorizadas pelos códigos; reduzindo os orçamentos de seus organismos burocráticos; e, por fim (como será visto no próximo capítulo), permitindo que alguns deles fossem cooptados pelos grupos, entidades, organizações e corporações cujas atividades deveriam controlar. Essas estratégias revelam a existência paralela, ao lado do Estado formal, de um *Estado informal* que endossa atitudes autocontraditórias dos organismos governamentais e que tem feições sempre instáveis, uma vez que depende de circunstâncias impossíveis de se reproduzirem de maneira duradoura e inalterável.¹⁰

Quanto à perspectiva formal, o Estado regulatório ou intervencionista passou a editar, de maneira não sincronizada em termos lógico-formais, materiais e temporais, sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas. Interseccionando-se continuamente, essas normas concebidas a partir de objetivos específicos, circunstâncias distintas e interesses conflitantes acabaram gerando inúmeros microssistemas e diversas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico, cada uma delas com seus princípios e lógicas interpretativas. Por causa dessas conseqüências, a tradicional concepção do direito como um sistema basicamente fechado, unitário, hierarquizado, axiomatizado, completo, sem lacunas ou antinomias foi sendo progressivamente substituída por um direito organizado sob a for-

10. Boaventura Santos chama esse *Estado informal* de “Estado paralelo” – um conceito constituído a partir das análises por ele efetuadas de um paradoxo da situação política portuguesa, entre o final dos anos 70 e os anos 80: “Um Estado constitucional preocupado com a construção de uma democracia capitalista moderna quando sua Constituição previa uma sociedade sem classes”. Segundo o autor, o “estado paralelo designa um Estado oficial maximalista que coexiste, lado a lado, com um Estado não oficial minimalista; (...) o Estado paralelo é uma forma de Estado muito ambígua, pois um dos seus modos de intervenção mais ativos é, justamente, o absentismo do Estado; o Estado paralelo é, portanto, a configuração política de uma disjunção ou discrepância do modo de regulação social, na qual às leis e instituições do modo de regulação fordista não corresponde uma relação salarial fordista”. A esse tipo de Estado o autor contrapõe o “Estado heterogêneo”, que não se assenta “nem no direito nem na violação do direito e é mais positivo do que negativo”, atuando basicamente “através de decisões administrativas, objetivos econômicos, mecanismos monetários e financeiros, incentivos fiscais; taxas de câmbio, subsídios, formação profissional, ameaças públicas contra atores sociais mais agressivos, controle das greves do setor público, criação de mitos de desenvolvimento etc.”. Cf. “O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semi-periferia”, *ob. cit.*, pp. 27-29 e 41-42.

ma de “rede”, dado o número crescente desses microssistemas e dessas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares procurando capturar toda a complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção tradicional faz da pretensão de completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídica, o sistema sob a forma de “rede” se destaca pela multiplicidade e circularidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes, pela ausência de hierarquias, e pela provisoriedade de suas estruturas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Produzido e alimentado por um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas, complexas e cada vez mais incongruentes entre si, uma vez que o advento da “sociedade informacional” e a presença hegemônica do paradigma “pós-fordista” ou da “especialização flexível” vão ampliando os níveis de fragmentação espacial da produção, de diferenciação sócio-econômica e de conflituosidade em suas fronteiras, esse sistema jurídico sob a forma de “redes” normativas cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. E quanto mais colidentes entre si são essas pretensões, mais esse Estado reage procurando fazer da regulação por “redes” uma forma de acomodá-los casuista ou pragmaticamente. O resultado dessa estratégia acaba sendo um círculo crescentemente vicioso e paradoxal: quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema sócio-econômico, menos o Estado intervencionista parece capaz de mobilizar coerentemente os instrumentos normativos de que formalmente dispõe; quanto mais normas edita para dirimir conflitos, mais os multiplica, na medida em que a linguagem pretensamente unívoca e unitária de seus textos legais se torna prolixa, ambígua, declamatória e programática; quanto mais expande a legislação, mais a liberdade jurídica acaba acarretando menos liberdade (concebida esta como o âmbito do que não é limitado pelo direito, ou seja, do permitido); quanto mais seus dirigentes e seus legisladores ampliam o número de leis, códigos, decretos, portarias, resoluções, instruções e pareceres normativos das matérias disciplinadas e reguladas por esses textos legais, mais, em suma, acabam acelerando o esvaziamento da própria funcionalidade do direito. A ponto de o sistema jurídico, assim desfigurado, já não conseguir diferenciar-se do próprio sistema político.

3.2 Da inflação legislativa ao trilema regulatório: os desafios do direito positivo no Estado-nação

Do mesmo modo como sempre ocorre com a inflação econômica, essa desenfreada e desordenada produção legislativa, chamada por al-

guns autores “anomia jurídica” e de “explosão legal”,¹¹ também costuma encurtar horizontes decisórios, acirrar conflitos, inviabilizar o cálculo racional e, por fim, disseminar uma insegurança generalizada na vida sócio-política e no mundo dos negócios. Se, no âmbito da economia, a inflação liquida com a reciprocidade de expectativas inerente às bases contratuais e demais alicerces do mercado,¹² no universo do direito positivo ela implode os marcos normativos fundamentais da vida social; impede a certeza jurídica; e ainda acaba contribuindo para reduzir a pó direitos conquistados de modo legítimo.¹³ Nas duas inflações o resultado termina sendo basicamente o mesmo: as relações permanentes entre os agentes produtivos e os sujeitos de direito tendem a se dar em termos cada vez mais desordenados e imprecisos, e não institucionalmente balizados, a ponto de, numa situação extrema, tornarem-se praticamente desprovidas de sentido.

11. Cf. John H. Barton, “Behind the legal explosion”, in *Stanford Law Review*, Palo Alto 1975, n. 27; René Savatier, “L’inflation législative et indigestion du corps social”, in *Chronique*, Paris, Dalloz, 1977, n. V; Jean Carbonnier, “L’inflation de lois”, in *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979; “Le droit malade de son information”, in *Droits*, Paris, PUF 1986, v. 4; e *Droit et Passion du Droit sous la Vè République*, Paris, Flammarion, 1996; Marc Galanter, “Direito em abundância”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 1993, n. 36. Ver, também, o importante trabalho de Harold Berman, *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, ob. cit.; e Natalino Irti, *L’età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

12. Cf. Eduardo Giannetti da Fonseca, “Ética e Inflação”, in *Braudel Papers*, Instituto Fernand Braudel, São Paulo, 1993, n. 1. Segundo o autor, “a inflação estimula o imediatismo, o oportunismo e a corrupção; todos querem colher o que outros plantaram” (p. 7). Argumentando a partir de Keynes e Lionel Robbins, ele afirma que a inflação, por gerar uma atmosfera de cassino, rompe a regra moral básica sobre a qual se erguem as relações de mercado, torna ganhos e perdas aleatórios; dificulta a cooperação; faz dos orçamentos do setor público e dos balanços do setor privado verdadeiras peças de ficção; compromete a coesão interna da sociedade; corrói a legitimidade da riqueza e do lucro; e ainda corta o vínculo entre a contribuição econômica para a sociedade e a remuneração obtida.

13. Um exemplo ilustrativo desse tipo de corrosão pode ser encontrado no âmbito da legislação trabalhista e da legislação social. Apesar dos esforços para ver seus anseios e demandas consagrados por direitos e convertidos em obrigações do Estado, entidades sindicais e associações comunitárias muitas vezes vêm suas conquistas formalmente reconhecidas em textos legais esvaziadas por um intrincado processo regulamentar, que anula, na prática, o que foi estabelecido, dado ou imposto pelo legislador. Sobre esta matéria, há, na literatura brasileira, uma análise seminal feita por Wanderley Guilherme dos Santos. Trata-se do clássico ensaio “*Dó laissez-faire repressivo à cidadania em recesso*”, in *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Campus, 1979.

Essa comparação entre a inflação econômica e a “inflação legislativa” está longe de ser gratuita ou forçada. Quando um sistema jurídico está inflacionado por “leis de circunstância” e por “regulamentos de necessidade”¹⁴ surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade da produção legislativa invariavelmente levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das normas que edita quanto dos atos e comportamentos que disciplina. Isto porque, nos períodos mais agudos de inflação legislativa, não é só a coerência e uniformidade das normas “primárias” – as que controlam e regulamentam os comportamentos – que são completamente erodidas. Também as próprias normas “secundárias” – isto é, as normas de “mudança”, as de “reconhecimento” e as de “decisão” – revelam-se progressivamente incapazes de exercer seu papel de eliminar incertezas e assegurar a identidade sistêmica do direito positivo, tais as dificuldades, nesses momentos, de identificação, avaliação e constatação da violação ou descumprimento das normas “primárias”.

É por esse motivo que um ordenamento jurídico minado pela inflação, pela variabilidade e pela volatilidade de seus dispositivos normativos, amplia significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juizes na vida política, social e econômica. Isto porque, como não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas múltiplas normas critérios constantes e precisos de leitura e interpretação, esse ordenamento acaba exigindo um trabalho interpretativo contínuo, uma vez que essas normas só podem ter seu sentido definido, basicamente, no exato momento de sua aplicação. Sem condições de exercer seu papel de executor de operações previamente definidas de modo claro e unívoco pelo legislador, o Judiciário acaba, portanto, sendo levado a substituir seu caráter de “instituição passiva” pelo de “instituição ativa”. E se se conceber a inter-

14. “Regulamentos de necessidade”, segundo Duguit, são as “leis editadas com base no poder regulamentar do Executivo, submetidas à ratificação convalidatória por parte do Legislativo”. Cf. Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1930. Foi por causa da excessiva produção desses “regulamentos” que emergiu, em meio à crise de governabilidade do Estado “providenciário”, regulador e intervencionista, a tese em favor de um “estado de necessidade econômica” capaz de propiciar uma “redução da sobrecarga” de direitos e deveres que o Executivo tem de respeitar e executar. Ver, nesse sentido, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 1990, n. 108.

pretação não como a “descoberta da vontade da lei”,¹⁵ mas como um processo hermenêutico de comunicação e crítica ideológica a regras editadas no passado, consistindo assim num “ato novo” que possibilita, no presente, uma espécie de “reconstrução da realidade”,¹⁶ pode-se então compreender as origens e o alcance do fenômeno da “judicialização da política”. Ou seja: do alargamento da discricionariedade e das próprias esferas de ação pública do Judiciário sobre as esferas do Legislativo e as do Executivo, propiciado pelo aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura por leis assimétricas como essas.

Tão relevantes quanto esse fenômeno são os problemas de “recepção” e compreensão por parte da sociedade do ordenamento jurídico inflacionado. Na medida em que se caracteriza pelo intercruzamento cada vez mais disfuncional de muitas de suas regras e pela “textura” crescentemente aberta de outras, em face do uso intensivo de cláusulas

15. Esse era, basicamente, o entendimento das doutrinas jurídicas de caráter idealista. Elas pressupunham, ingenuamente, uma verdade própria nas normas a serem interpretadas. Para uma crítica desse tipo de abordagem, ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 195-203. Ver, também, os anais do XIV Congresso Nacional da Associazione Nazionale Magistrati, realizado em Trieste, em 1970, bem como o relatório do encontro de 1972, “Atti della Magistratura: la società nel nostro tempo”.

16. Nesta perspectiva, a interpretação do texto equivaleria a uma espécie de diálogo entre o autor e o intérprete sobre o que é mencionado no texto; nesse diálogo, o intérprete apropria-se do discurso expresso no texto e avança a elaboração intelectual do objeto feito pelo autor. A interpretação constitui, nesse sentido, um *adiantamento de sentido ao texto*. “O intérprete não acede a um texto que lhe é exterior, mas participa na constituição do sentido. Existe entre sujeito e objeto – como entre indivíduo e totalidade, entre pré-compreensão e compreensão – uma estrutura de mediação própria da compreensão como acontecimento vivo. A coisa é marcada historicamente e interpretada lingüisticamente, logo, já muitas vezes mediada. A estrutura da historicidade da interpretação co-ênvolve o caráter decisivo da aplicação, ou seja, a função da interpretação na relação de um texto com o presente (...). Se todo o texto requer, para ser compreendido, uma transposição, que se consubstancia numa mediação entre passado e presente, a cadeia de mediações interpretáveis radicada no *continuum* do tecido histórico-implica, no direito, a impossibilidade de abstrair das mutações e desenvolvimentos introduzidos no significado da norma pelas suas sucessivas concretizações”. Cf. José Lamego, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Fragmentos, 1990, pp. 177-183. Sobre o fenômeno da “judicialização da política”, ver C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, “Judicialization and the future of politics and policy”, in *The Global Expansion of Judicial Power*, ob. cit.

gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados,¹⁷ esse ordenamento acaba permitindo as mais variadas leituras. E a tendência é a de que, quanto maior for a complexidade sócio-econômica, mais acentuado se torna o caráter polissêmico das normas, por causa desses seus conceitos flexíveis, porosos, tópicos, indeterminados e programáticos, como, “bem comum”, “justo equilíbrio”, vedação de “cláusulas contratuais abusivas” e “proibição de onerosidade excessiva”¹⁸ ou como “sociedade livre, justa e solidária” (Constituição Federal, art. 3º, I), “abuso de poder” e “força maior social”,¹⁹ obrigando o intérprete a definir seu sentido e seu conteúdo a partir das singularidades dos casos concretos. Essa polissemia tem uma dimensão paradoxal. Se por um lado ela decorre muitas vezes do comportamento às vezes experimental, às vezes errático do legislador, diante do desafio de tipificar situações cada vez mais particulares ou específicas, por outro também resulta de uma estratégia pragmática por ele conscientemente adotada para dar conta daquela complexidade, regulando interesses bastante diversificados numa mesma norma ou, então, conciliando mudança e permanência num dado texto legal.

Neste caso, as leis passam a ser intrinsecamente polissêmicas porque seus *topoi* e seus conceitos programáticos são inerentes à relação

17. Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões propositadamente vagas, utilizadas de modo pragmático pelo legislador com o objetivo de promover o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete poderia adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei. Cf. Klaus Gunther, “The pragmatic and functional indeterminacy of law”, mimeo, 1990; Chaim Perelman, “L’usage et l’abus des notions confuses”, in *Logique et Analyses*, Bruxelles, 1978; E. Mackry, “Les notions floues en droit et l’économie de l’imprecision”, in *Languages*, 1979; e Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Civitas, 1976. Ver, também, Luis Alberto Warat, *El Derecho y su Lenguaje*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976 e *Mitos e ideologias na interpretação da lei*, Porto Alegre, Síntese, 1980; François Ost e Michel Van de Kerchove, “Le jeu de l’interprétation en droit: contribution a l’étude de la clôture du langage juridique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1982, t. 27; e Giorgio Rebuffa, “La crisis de los modelos descriptivos del derecho público”, ob. cit.

18. Cf. Lei n. 8.078/90, art. 51, § 1º, inciso III.

19. Cf. Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1992, pp. 51 e ss., e “Racionalidad de las necesidades en el derecho privado?”, in *Doxa*, Alicante, Universidad de Alicante/Centro de Estudios Constitucionales, 1988, n. 5, p. 302.

entre uma proposição geral e outra particular. Quase toda particularidade cabe em mais de uma generalidade, enquanto as particularidades implicadas por cada generalidade jamais são exauríveis. A função da polissemia, deste modo, é ajudar a lei a permanecer estável ao mesmo tempo em que também permite sua adaptação, por meio da interpretação judicial, às novas circunstâncias e singularidades de uma sociedade complexa. O problema da polissemia é que, quanto mais o legislador dela se vale como instrumento retórico-pragmático para enfrentar as circunstâncias que se vão sucedendo umas às outras, maior é a indeterminação do sistema normativo, o que termina por favorecer, no momento de sua aplicação, a instrumentalização do acatamento de suas normas pelos agentes produtivos.²⁰ Como decorrência dessa instrumentalização, dada a natural tendência de cada agente produtivo a interpretá-las seletivamente segundo seus interesses específicos, a idéia de unidade lógica do ordenamento jurídico acaba sendo posta em questão pela existência, de fato, de uma estrutura policêntrica e multipolar; estrutura essa, conforme se afirmou há pouco, caracterizada pela existência de diferentes microssistemas normativos dotados de lógica própria, dificilmente ajustáveis às pretensões de coerência e completude do ordenamento.

O resultado inevitável da “inflação jurídica”, em síntese, é a desvalorização progressiva do próprio direito positivo, impedindo-o assim de exercer suas funções reguladoras e controladoras básicas por meio de suas normas, suas leis e seus códigos. Em termos de uma situação-limite, portanto, esse corrosivo processo inflacionário terminaria conduzindo à anulação de todo sistema jurídico e, principalmente, de sua “unidade dogmática”. E não é difícil compreender porque existe esse risco. Quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, configurando desta maneira um círculo

20. A polissemia também encerra outro problema: a necessidade de novas técnicas hermenêuticas para determinar as condições de ocorrência de determinadas palavras ou expressões num texto legal, com o objetivo de inferir as suas regras de utilização (suas ligações semânticas, os contextos pragmáticos, os sentidos denotados e conotados etc.). Ver, nesse sentido, Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; Genaro Carrió, *Sobre os limites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea/Depalma, 1973; Carlos Santiago Nino, *La Ciencia del Derecho y la Interpretación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975; Chaim Perelman, *L’empire rhétorique: rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977; e François Ost, “Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz”, in *Doxa*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Alicante, 1993.

vicioso cuja continuidade culmina na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. “No limite da extensão do direito”, afirma um dos mais argutos observadores desse fenômeno, “anuncia-se um regime de deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito (...); a inflação do direito traz em si sua própria morte”.²¹

Envolvendo a “inflação legislativa”, mas transcendendo-a largamente, por abranger também o fenômeno da explosão de litígios judiciais e o já mencionado problema da “tribunalização da política”, a “juridificação” é tratada aqui como um processo altamente disfuncional de evolução e mudança do direito.²² Como as incongruências e contra-

21. Cf. François Ewald, *Foucault, a norma e o direito*, Lisboa, Vega, pp. 186-191. Diante desse risco, a tendência dos juristas e operadores do direito com formação dogmática tem sido enfatizar a má qualidade técnica da produção normativa e denunciar o “arbitrio” subjacente ao intervencionismo do Estado, fazendo prevalecer uma visão-de-mundo liberal clássica sobre uma análise isenta, axiologicamente, das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais provocadas pelo advento do fenômeno da globalização. Como afirma Hespanha, ao analisar essa questão, os juristas e os operadores do direito a invertem: começam por transformar a lei no modo único de revelação do direito; depois, assimilam todas as condutas não conforme a lei em condutas antijurídicas; finalmente, concluem que as dificuldades enfrentadas pelo sistema normativo vigente são os sinais da desagregação do direito – portanto, da própria ordem social. “Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais são as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que a lei não coubesse senão as funções a que ela hoje pode eficazmente dar realização”. Cf. Antonio Hespanha, *Lei e justiça: a prospectiva de um paradigma*, ob. cit., p. 23. Sobre a inflação jurídica e suas conseqüências, ver, também, Daniëlle Loschak, “Le principe de légalité: mythes et mystifications”, in *ADJDA*, Paris, 1981, n. 9; Nicolas Nitsch, “L’inflation juridique et ses conséquences”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1982, n. 27; Charles Albert Morand, “I problemi dell’ inflazione normativa: il punto di vista di un osservatore svizzero”, in *Il foro italiano*, 1987; Norbert Reich, “The regulatory crisis: ideology or reality?”, in *Conference on the Regulatory Crisis*, David Trubek org., Madison, University of Wisconsin Law School, 1983; Céline Wiener, “L’inflation juridique et ses conséquences”, in *Les déreglementations*, Paris, Institut Français des Sciences Administratives, 1988; Richard Stewart, “Regulation and the crisis of legalization in the United States”, in *Law as instrument of economic policy: comparative and critical perspectives*, Terence Daintith org., Berlin, Walter de Gruyter, 1988; e Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma, Caterza, 1992.

22. O termo *Verrechtlichung* (juridificação) surgiu na Alemanha, durante a República de Weimar, por iniciativa de autores como Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer e Franz Neumann; que o utilizaram para criticar o efeito desagregador e

dições inerentes ao seu desenvolvimento alimentam-se de modo recíproco e contínuo em sua trajetória histórica, há um momento em que seus efeitos cumulativos sempre acabam impossibilitando o sistema jurídico de neutralizar seus próprios problemas e seus dilemas internos por meio de ajustes em sua estrutura, em suas categorias, em seus procedimentos e em seus valores. Entre as incongruências e contradições do direito positivo do Estado intervencionista ou regulatório mais relevantes para os propósitos deste trabalho destacam-se, por exemplo, (a)

desmobilizador da formalização jurídica das relações trabalhistas sobre os conflitos de classe. À medida que concedia direitos ao mesmo tempo em que estabelecia deveres e impunha obrigações, diziam eles, o legislador “juridificava” o confronto entre o capital e o trabalho, neutralizando o caráter essencialmente classista desses conflitos, substituindo as discussões político-ideológicas pelas discussões técnico-jurídicas e assim despolitizando e petrificando a atuação dos movimentos operários. Ver, nesse sentido, a coletânea de ensaios de Kirchheimer e Neumann organizada por Keith Tribe, *Social Democracy and the Rule of Law*, London, Allen and Unwin, 1987. Nos termos em que é aqui utilizado, com base na sociologia jurídica alemã dos anos 80 e 90, o termo “juridificação” tem um significado distinto do original, sendo menos crítico e mais analítico, podendo ser encarado numa perspectiva *positiva* (como institucionalização de direitos básicos, por exemplo) ou *negativa* (como burocratização e engessamento, que é a dimensão privilegiada neste trabalho). Cf. Gunther Teubner, “Aspetti, limiti, alternative della giuridificazione”, in *Sociologia del Diritto*, Milano, 1985, XII, n. 1, pp. 7-30; “The ultracycle of juridification: ecological recursiveness in law and society”, in *Law, Life and the Images of Man: modes of thought in modern legal theory*, Frank Fleerackes, Evert van Leeuwen e Bert van Roermund orgs., Berlin, Duncker and Humboldt, 1995; e, como organizador, *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, anti-trust and social Welfare State Law*, ob. cit. A “juridificação”, diz este autor, expandiu-se no Estado moderno em quatro etapas: na primeira, institucionaliza os direitos subjetivos privados, estando vinculada ao advento do Estado burguês; na segunda, institucionaliza os direitos subjetivos públicos, estando vinculada ao Estado de Direito; na terceira, institucionaliza os direitos de associação política e dá a forma da democracia representativa; na quarta, institucionaliza os direitos sociais, estando vinculada ao Estado intervencionista ou “providenciário”. É a partir desta última etapa que a polêmica em torno do sentido *negativo* da “juridificação” ganhou corpo. Ver, também, Mario Barcellona, “Le razionalità della legge e i limiti della scienza giuridica (sui fondamenti teorici della politica del diritto)”, in *Revista Critica del Diritto Privato*, Napoli, Jovene, 1993, ano XI, n. 3-4; Norbert Reich, “Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica”, in *Derecho y economía en el Estado Social*, Javier Corcuera Atienza e Miguel Angel Garcia Herrera orgs., Madrid, Tecnos, 1988; Pietro Barcellona, “Los sujetos y las normas”, in *Problemas de legitimación en el Estado social*, ob. cit.; Jacques Chevalier, “La rationalization de la production juridique”, in *L’État Propulsif: contribution à l’étude des instruments d’action de l’État*, Charles Albert Morand org., Paris, Publisud, 1991.

a gradativa burocratização da vida social e econômica provocada pela conversão do direito em instrumento de gestão macroeconômica; (b) os efeitos laterais involuntários ou não previstos pelo legislador na regulação de determinadas áreas e setores da sociedade; (c) a crescente inefetividade de suas normas para a resolução socialmente adequada e prospectivamente orientada dos conflitos; (d) os déficits progressivos de legitimidade do ordenamento jurídico, na medida em que o projeto de organização social e econômica subjacente aos seus programas finalísticos, ou seja, orientados pelo resultado, vão deixando de ser consensualmente aceitos; (e) a contínua particularização do direito regulatório em ramos e setores muito específicos, tornando o sistema jurídico um todo sem condições de oferecer um mínimo de certeza e segurança; (f) a ampliação da influência interdisciplinar quer no plano legislativo quer no plano jurisprudencial, exigida pelo aumento da complexidade técnica das matérias reguladas, gerando, em contrapartida, a superação do instrumental técnico-jurídico tradicional; e (g) as dificuldades da dogmática jurídica, diante de todas essas disfuncionalidades, para continuar exercendo suas funções básicas de controlar a consistência do direito legislado e de forjar modelos teóricos para o enquadramento da produção normativa.

De um ponto de vista mais analítico, o aspecto relevante na “juridificação” é que ela torna possível identificar a extensão ou o alcance da erosão das instituições jurídicas do Estado social ou intervencionista para muito além do problema do crescimento desordenado de normas originariamente elaboradas para responder a situações particulares e muito específicas; normas essas incorporadas de maneira pouco criteriosa ao ordenamento e depois desprezadas, abandonadas ou esquecidas, à medida que essas situações foram mudando.²³ E, o que é ainda mais importante, a “juridificação” também permite identificar com relativa precisão o momento em que as disfuncionalidades, as incongruências e as contradições acumuladas conduzem o direito regulatório aos seus próprios limites de eficácia, a partir dos quais suas re-

23. Ver, nesse sentido, G. Majone e A. la Spina, “Lo Stato Regolatore”, in *Rivista di Scienza dell'Amministrazione*, 1991, n. 3; F. Modugno e D. Nocilla, “Crisi della legge e sistema delle fonti”, in *Diritto e Società*, 1989, Série 3; Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985, v. II, pp. 120 e ss.; e Pietro Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984. Também foi de vital importância, para esta análise, a consulta aos anais do seminário “Autopoiesis in Law and Society” promovido pelo European University Institute, em Florença, entre 12 e 15 de dezembro de 1985.

gras são irrelevantes e, portanto, ignoradas por seus destinatários; ou, então, são relevantes, mas produzem efeitos altamente desagregadores na sociedade; ou, por fim, multiplicam as tensões antinômicas no interior do próprio sistema jurídico, levando-o deste modo ao nível de uma inexorável ruptura.

A “juridificação” revela, deste modo, o círculo vicioso inerente às instituições jurídico-políticas da era econômica do pós-guerra, em seus estertores. Da mesma forma como a crise de governabilidade acabou provocando uma insuportável “sobrecarga” no direito regulatório do Estado intervencionista ou “providenciário”, o esgotamento do potencial de efetividade desse direito também agravou de maneira exponencial aquela crise. A “ingovernabilidade sistêmica” é uma das demonstrações mais contundentes e inequívocas da perda de capacidade normativa de gestão, promoção, controle, direção e planejamento dos sistemas econômico, social e político, por parte do Estado – perda essa expressa sob a forma do que Teubner, numa elaborada reflexão teórica sobre o Estado intervencionista e sobre seus limites jurídico-estruturais intransponíveis, chama de trilema regulatório. Mais precisamente, um triplice dilema formado (a) pela progressiva “indiferença recíproca entre o direito e a sociedade”; (b) pela tentativa de “colonização da sociedade por parte das leis”; e (c) pela crescente desintegração do direito por parte da sociedade.²⁴

24. Cf. Gunther Teubner, “Substantive and reflexive elements in modern law”, in *Law and Society Review*, Denver, 1983, v. 17; “After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, v. 12; “The regulatory trilemma”, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze, 1984, v. 13; “Corporate responsibility as a problem of company constitution”, in *EUT Working Paper*, Florence, European University Institute, 1985; “Social order from legislative noise?”, in *State, Law and Economy as Autopoietic Systems: regulation and autonomy in a new perspective*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987; *Autopoietic Law: a new approach to law and society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988; “Hypercycle in law and organization: the relationship between self-observation, self-constitution and autopoiesis”, in *European Yearbook in the Sociology of Law*, Milano, Giuffrè, 1988; “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, in *Law and Society Review*, Denver, 1989, v. 23; “And God laughed: indeterminacy, self-reference and paradox in law”, in *Critical legal thought: an American-German Debate*, David Trubek e Christian Joerges orgs., Baden-Baden, Nomos, 1989; “The two faces of Janus: rethinking legal pluralism”, in *Cardozo Law Review*, 1992, v. 13, n. 5; “La chronique d'une mort annoncée ou les différends du droit régulateur”, in *Droit et Réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, ob. cit.; e, em colaboração com Alberto Febbrajo, *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: regulation and*

O primeiro desses dilemas decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada um de seus subsistemas sociais tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e, por conseqüência, a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menores seriam a autoridade institucional do Estado e a efetividade de seu instrumental jurídico, em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, organizações, grupos, classes, comunidades e coletividades. Nas palavras de Teubner, "the regulating system's logic is incongruent with that of the systems it tries to regulate and is this ineffectual, that is to say, nothing happens".

Já o segundo desses dilemas decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica ou finalística, de sua natureza altamente especializada e de suas crescentes intervenções "protetoras" (em matéria, por exemplo, de inquilinato, defesa do consumidor, meio ambiente, trabalho, família, infância, população de baixa renda, fomento no desenvolvimento regional, valores mobiliários, proteção às indústrias nacionais etc.), o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente "particularizantes" as relações sociais básicas, destruindo assim sua autenticidade e minando sua própria identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e muito específicas, mais ele poria em risco as relações vitais da assim chamada *Lebenswelt* – que constitui a espinha dorsal de uma dada sociedade. "The regulating system colonizes the lifeworld", diz Teubner, "wrecking its capacity for self-reproduction".

Por fim, o terceiro dilema advém basicamente do fato de que, por causa da intensa mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas no sistema político-administrativo e no sistema sócio-econômico, um direito positivo de caráter cada vez mais "finalístico" acabaria sempre enfrentando graves problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja:

autonomy in a new perspective, Milano, Giuffrè, 1992. Para uma apreciação crítica da obra de Teubner, ver, nessa mesma coletânea, Gotthard Bechmann, "Reflexive Law: a new theory paradigm for legal science?" e Peter Nahamowitz, "Difficulties with Economic Law: definitional and material problems of an emerging legal discipline"; Erhard Blankenburg, "The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's thesis on Reflexive Law"; in *Conference on Regulatory Crisis*, ob. cit., e Danilo Zolo, "Autopoiesis: crítica de um paradigma pósmoderno", in *Zona Abierta*, Madrid, 1995, ns. 70-71.

quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para tentar intervir "tecnicamente" na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menores seriam sua coerência interna e sua organicidade, o que terminaria revelando, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de "premissas decisórias". "The take-over of the legal system by the political system imposes upon law tasks it cannot perform" – conclui este autor.²⁵

No decorrer da década de 90, à medida que a era econômica declinante, a do pós-guerra, aproximou-se do ponto de inter cruzamento com a era ascendente, a da economia globalizada, essas três formas de manifestação jurídica da "ingovernabilidade sistêmica" do Estado intervencionista foram amplamente invocadas para fundamentar a adoção de ambiciosos projetos de "flexibilização", desformalização, desburocratização, desregulação, deslegalização e desconstitucionalização formulados como condição necessária (porém não suficiente) para a execução dos não menos ambiciosos programas de privatização dos monopólios públicos em áreas até então consideradas estratégicas do ponto de vista da soberania nacional.²⁶ E, de fato, embora tenham sido

25. Cf. Gunther Teubner, *European University Institute Colloquium Papers*, Florence, doc. 339, p. 14, e "The regulatory trilemma", in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico moderno*, ob. cit. Diante desse trilema, afirma Teubner, o discurso em favor da restauração da unidade e da eficiência do sistema jurídico seria apenas exercício de retórica ou expressão de uso tático. "Tentativas de instaurar uma unidade conceitual e axiológica através da dogmática ou doutrina jurídica estão condenadas a falhar, mesmo em áreas nodais do direito como o direito privado, ou em relação do direito como um todo. Muito mais séria se afigura a estratégia oposta, que coloca a ênfase em especialização, insistindo na legitimidade da existência de princípios específicos e próprios em cada setor jurídico particular. É assim que, por exemplo, se explica a recusa dos juristas do direito da concorrência em levar em conta princípios jurídicos reconhecidos por outros ramos do direito. Todavia, semelhante isolacionismo jurídico não pode prevenir o aparecimento de conflitos inter-sistêmicos: as soluções constroem-se contingentemente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos". Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 180.

26. Entre 1988 e 1994, por exemplo, os países em desenvolvimento levantaram cerca de US\$ 112 bilhões em receitas oriundas desses programas de privatização. Desse total, a América Latina foi responsável pela metade. Os programas de privatização na Argentina e no México, durante este período, foram os maiores, gerando receitas de US\$ 17 bilhões e US\$ 27 bilhões, respectivamente; no caso do Brasil, esse montante chegou a US\$ 8 bilhões. As três outras regiões que foram objeto desses programas, embora com receitas menores, foram o Leste da Ásia, a Ásia Central e o Leste Europeu. Cf. Banco Mundial, *Global Economic Prospects and the Development Countries*, ob. cit., pp. 7 e ss.

apresentados como alternativas mais adequadas à “inflação legislativa”, ao “trilema regulatório” e à “juridificação” e implementados em curto espaço de tempo, os resultados e efeitos provocados por esses projetos não devem ser automaticamente entendidos como a supressão dos sinais vermelhos para a livre circulação de veículos numa metrópole; isto é, confundidos com a geração de um vazio normativo. Longe disso, nem o direito positivo do Estado-nação desapareceu, apesar de seu poder coercitivo e de sua capacidade de direção terem sido desafiados por setores econômicos autoorganizados e por cadeias produtivas auto-reguladas, nem as relações sócio-econômicas por ele até então disciplinadas ficaram totalmente isentas de qualquer controle jurídico – até porque os próprios projetos de “flexibilização”, privatização, desestatização, desregulamentação e desconstitucionalização acima mencionados tiveram, paradoxalmente, sua execução viabilizada e instrumentalizada por uma produção normativa abundante, complexa e específica. Na realidade, o que ocorreu foi um processo de mudança estrutural com dupla face (ilustrado pelo quadro 3.2), a ser apresentado no próximo subitem.

Quadro 3.2
Evolução da regulação jurídica

Erás	Keynesiana	Economia globalizada
Características		
Objeto da regulação	conflitos entre o trabalho e o capital	conflitos basicamente funcionais
Agentes sociais correspondentes	– Estado – empresas fordistas – sindicatos – partidos	organismos públicos corporações empresariais pós-fordistas centrais sindicais organizações não-governamentais
Eixo Central	– econômico: partilha do crescimento; empregos; rendas e equipamentos coletivos	– organizacional: descentralização; flexibilização da produção; maximização da acumulação
Espaço de regulação	único e homogêneo: território nacional	duplo: descentralizado ao nível de cada nação e centralizados nas matrizes
Modo de regulação	estatal: negociação coletiva via Estado-Providência	global, via técnicas de gestão financeira, industrial, mercantil e trabalhista
Tipo de direito	positivo	“redes” normativas

Fonte: Adaptado de Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1981, p. 135.

3.3 Do Estado-nação à “economia-mundo”: o direito emergente com a globalização

No âmbito específico do Estado-nação, suas instituições jurídicas acabaram sendo progressivamente reduzidas, no que se refere ao número de normas e diplomas legais, e tornadas mais ágeis e flexíveis, em termos processuais. Evidentemente, o Estado continuou legislando, inclusive em matéria econômica, financeira, monetária, tributária, previdenciária, trabalhista, civil e comercial. Mas passou a fazê-lo agora, e esse é o fato novo digno de nota, diminuído em seu poder de intervenção e, muitas vezes, constringido a compartilhar sua titularidade de iniciativa legislativa com diferentes forças que transcendem o nível nacional. Ou seja: limitado em suas políticas fiscais, em seus instrumentos de direção e em suas estratégias de planejamento; obrigado a levar em conta antes o contexto econômico-financeiro internacional do que as próprias pressões, anseios, expectativas e reivindicações nacionais; e restrito ao papel de articulador e controlador da “auto-regulação”, tendo por função (a) preservar a complexidade das diferentes racionalidades dos setores e agentes produtivos e (b) induzir processos de mútuo entendimento entre eles. O que tende a levar o direito positivo do Estado a disciplinar não tanto os comportamentos, mas, isto sim, os procedimentos. Dito de outro modo, a voltar-se menos ao estabelecimento de sanções para o não cumprimento do que foi originariamente acordado ou aceito e mais aos ajustes processuais que se fizerem necessários em face da evolução das diferentes relações de força no interior do sistema econômico e de suas inúmeras cadeias produtivas, cujo caráter eminentemente policêntrico e multipolar na prática impossibilita a imputação simultânea e múltipla das responsabilidades tanto de cada elo ou conexão dessas cadeias quanto de seus núcleos dominantes.

Já no âmbito da “economia-mundo” as organizações financeiras e empresariais transnacionais, agindo com base na premissa de que as decisões relativas aos sucessivos estágios das atividades produtivas não podem ser tomadas separadamente, por etapas, mas de forma simultânea e global, ampliaram exponencialmente a produção de suas próprias regras, sob a forma de sistemas de organização e métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares, códigos deontológicos de conduta e, principalmente, contratos padronizados com alcance mundial.²⁷ Como no âmbito de uma cadeia produtiva cada conexão é um

27. Neste caso específico, afirma um dos mais respeitados precursôres dos estudos sobre o impacto da globalização do direito, “when we speak of the globa-

conjunto de relações dinâmicas e como as diferentes conexões interagem entre si, as organizações financeiras e empresariais transnacionais nela inseridas precisaram criar e adensar sua normatividade e sua “oficialidade” para maximizar a administração dos blocos de relações segmentadas e as estratégias de sinergia entre fornecedores de matérias-primas, montadores, distribuidores e prestadores de serviços, o que as levou a gerar uma “jurisprudência” *ad hoc* paralelamente ao ordenamento jurídico de cada território em que atuam. Nessas organizações, lembra Teubner, “whenever the *quaestio juris* is raised, for example in an internal disciplinary action, a subtle but decisive shift of meaning occurs. The firm’s internal legal process, the system of private justice – not the official law of the State – rereads, reinterprets, reconstructs, reobserves these routines under the code legal/illegal and constitutes them as new as integral part of intra-organizational law. (...) The structures of economic transactions are (today) essentially nonlegal; they

lization of law, we must be conscious that we are speaking of an extremely specialized set of legal phenomena set into a globe in which it is not at all clear whether the total quantum of human relationships governed by law has increased or decreased over the last century. (...) We speak of globalization of law in reference to a number of interrelated phenomena. As a concomitant of the globalization of markets and the organization and business practices of the multi-national corporations that operate in those markets, there has been some movement toward a relatively uniform global contract and commercial law. It is commonplace that, by their very nature, contracts are a kind of private lawmaking system. The two or more contracting parties create a set of rules to govern their future relationships. These are the various substantive provisions of the contract. Such a system of private lawmaking can exist transnationally even when there is no transnational court or transnational sovereign to resolve disputes between the contracting parties and to enforce those resolutions. The contracting parties may have specified in the contract itself some nongovernmental arbitration mechanism or the courts of some particular nation state, or both, to resolve contract disputes. (...) So long as the courts and law of individual nation states are available, and the courts and law of each or most are prepared to recognize and enforce the judgments of the others, a global commercial law can come into being by private lawmaking. This event occurs when the standard incentives for uniformity, predictability, and transparency of law that are at play in all capitalist contract regimes move the substantial, but not enormous, number of significant multi-national, corporate, private lawmakers to generate a relative uniform set of contract provisions. Thus, there emerges a global commercial law independent of any global law giver or enforcer, although dependent on national legal and judicial institutions already long in place”. Cf. Martin Shapiro, “The globalizations of law”, *ob. cit.* pp. 37-38. Ver, também, Samuel Huntington, “Transnational Organizations in World Politics”, in *World Politics*, 1973, n. 25; e Alberto Bernabe-Riefkohl, “Tomorrow’s law schools: globalization and legal education”, *ob. cit.*, pp. 5-9.

build on factual chances of action and relate new chances of action or they build on trust in future changes of chances”.²⁸

Esse é o aspecto mais visível das mudanças estruturais em questão: os inevitáveis confrontos entre iniciativas jurídicas de atores – governos, empresas públicas ou privadas e organismos multilaterais – com distintos graus de poder, interesses e institucionalização, resultando em situações muitas vezes contraditórias e paradoxais. Um bom exemplo dessas situações é dado pela tentativa das metalúrgicas alemãs de substituir os acordos salariais de nível nacional por acordos negociados ao nível de empresas, enquanto, no mesmo período, os organismos multilaterais esforçam-se para impor um acordo setorial em escala mundial.²⁹ Um segundo exemplo ilustrativo é dado pelas fortes pressões dos países desenvolvidos em favor da completa liberalização do comércio exterior no âmbito dos países em desenvolvimento. Esses países as justificam por meio da retórica da *globalização irrestrita*, enquanto, com o poder de que dispõem para estabelecer barreiras ou aplicar sanções (como a *Secção 301* da Lei de Comércio dos Estados Unidos),³⁰ praticam uma *globalização seletiva*. Associado a este, um ter-

28. Cf. Gunther Teubner, “The two faces of Janus: rethinking legal pluralism”, *ob. cit.* pp. 1.453-1.455.

29. Cf. André-Noel Roth, “El derecho en crisis: fin del Estado moderno?”, Genève, 1993, mimeo; e “Elementos de reflexión sobre la transformación del Estado y del derecho frente a la globalización”, Porto Rico, 1994, mimeo.

30. Originariamente concebida pela Lei de Comércio de 1974 tanto como medida legal contra práticas estrangeiras consideradas violadoras de tratados comerciais dos Estados Unidos quanto como mecanismo de proteção da propriedade intelectual, e com o tempo (por meio da Lei de Comércio e Tarifas de 1984 e Lei *Omnibus* de Comércio e Competitividade de 1988) também utilizada como instrumento para a abertura de novos mercados estrangeiros e consecução de benefícios comerciais para os produtos e serviços norte-americanos, a *Secção 301* se divide em três partes: a *comum*, a *especial* e a *super*. A primeira autoriza o representante comercial dos Estados Unidos (United States Trade Representative) a impor sanções como retaliação contra as práticas estrangeiras que considere “injustificáveis, irrazoáveis ou discriminatórias”; essas sanções não se limitam apenas ao setor ou ao produto questionado, podendo ser igualmente aplicadas a todos os demais produtos oriundos do país retaliado. A *301 especial* confere ao representante comercial dos Estados Unidos a prerrogativa de definir os “países prioritários”, na aplicação dessas sanções, por práticas que “ameaçam o comércio norte-americano” e solapem a proteção adequada e efetiva da propriedade intelectual de cidadãos e empresas norte-americanas. Por fim, a *301 super* atribui ao representante comercial dos Estados Unidos a responsabilidade de indicar as “práticas prioritárias” (adotadas por qualquer país) que devem ser eliminadas para viabilizar o avanço da liberalização comercial na economia internacional.

ceiro e importante exemplo é dado pela pretensão dos Estados Unidos de definir unilateralmente regras internacionais³¹ e de forçar governos a mudarem políticas domésticas consideradas prejudiciais aos interesses norte-americanos, ao mesmo tempo em que mantêm um discurso paralelo de respeito ao regime de direito e negociam no âmbito multilateral o estabelecimento de marcos normativos para a conciliação dos conflitos resultantes do processo de concorrência global. No mesmo sentido, um quarto exemplo igualmente significativo é dado pelas pressões dos conglomerados transnacionais nas áreas de biotecnologia e software sobre os países em desenvolvimento para a adoção e cumprimento de uma lei de marcas e patentes, ao mesmo tempo em que também reivindicavam a desregulamentação e a deslegalização de outras áreas, em nome da “liberdade de concorrência”.³² Um quinto exemplo é dado pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que estabelece limitações ao poder de despedir empregados, ratificada por governos empenhados em “flexibilizar” a legislação trabalhista para, sob justificativa de ampliar a competitividade de seus bens e serviços no mercado globalizado, eliminar direitos sociais há muito consagrados e dar às empresas uma liberdade quase absoluta de promover demissões, sem custos e encargos, com o objetivo de ajustar seu quadro de pessoal conforme as oscilações do mercado. Por fim, um último exemplo é dado pelos governos latino-americanos, que precisam de capitais externos para estabilizar suas moedas, sendo obrigados a desregulamentar seus mercados e a oferecer altas taxas de juros reais para atraí-los. Quanto mais agem nesta linha, mais têm de regular o controle de entrada de recursos de curto prazo, principalmente quando os capitais externos, atraídos pelas possibilidades de elevados ganhos reais em face dos altos juros oferecidos, ingressam muito rapidamente e em quantidades superiores à solução da equação financeira interna.

Outros importantes aspectos das mudanças estruturais ora em exame são a multiplicação e o subsequente entrelaçamento de quatro tipos bastante específicos de regras. Em primeiro lugar, as normas técnicas

31. É este o caso da política de “levelling the playing field”, imposta como condição prévia para negociação de acesso a mercados. Ver, nesse sentido, Vivianne Ventura Dias, “O Brasil entre o poder da força e a força do poder”, in *O Brasil e a Economia Global*, Rio de Janeiro, Campus, 1996, p. 61.

32. Ver, nesse sentido, Albert Tito, “A challenge for the World Trade Organization: towards a true transnational law”, in *Journal of World Trade*, 1995, v. 29, n. 3, pp. 84-85 e 89-90; e Carol A. G. Jones, “Capitalism, Globalization and Rule of Law: an alternative trajectory of legal change in China”, in *Social and Legal Studies*, London, 1994, v. 3., pp. 195-221.

formuladas para atender às crescentes exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado, de especificação de suas propriedades químicas e físicas, da origem de suas matérias-primas, de seu local de fabricação etc. Como, para a edição delas, há necessidade de um consenso entre os diferentes produtores quanto aos critérios de avaliação, mensuração, aferição, comparação e documentação adotados, o resultado é, por um lado, o advento de um sem-número de “instituições-vigias”, formadas por auditores, avaliadores, advogados, contadores e especialistas em classificação de crédito e risco e surgidas com a finalidade de canalizar, processar e distribuir informações críticas e estratégicas, e, por outro, a proliferação de órgãos técnico-normativos privados, públicos ou mistos – como o *International Accounting Standards Committee*, o *Bank for International Settlements*, a *International Chamber of Commerce*, a *International Organization for Standardization*, a *International Intellectual Property Alliance*, a *Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Trade Association*, a *International Swap Dealers Association*, a *International Bar Association*, a *União dos Cientistas e Engenheiros Japoneses* ou a *Associação Brasileira de Normas Técnicas* – encarregados de fazer testes, executar serviços de medição, elaborar pareceres, sistematizar as decisões tomadas, homologar resultados e promover arbitragens *ad hoc*.³³ Em segundo lugar, as normas criadas pelos conglomerados

33. Um dos exemplos mais ilustrativos desses órgãos técnico-normativos é dado pela *International Bar Association*. Por meio de seu *Committee on Insolvency and Creditor's Rights*, a entidade preparou em 1988 um *Model International Insolvency Cooperation Act* (MIICA), com o objetivo de padronizar o direito falimentar para torná-lo mais efetivo no âmbito da economia globalizada. Formulado com base no código de falências norte-americano, esse modelo foi justificado para obter um mínimo de equidade e justiça nos procedimentos internacionais de insolvência. “The ultimate goal of model legislation for international insolvency cooperation is universality which envisions a single administration providing protection of the insolvent debtor's estate from dismemberment, and an equitable distribution of assets among both domestic and foreign creditors in liquidation, or the equitable administration of the estate in a reorganization, composition or rehabilitation proceeding. Insofar as possible, such universality should be the guiding principle of all efforts toward international insolvency cooperation, for it alone is truly compatible with the realization of equal treatment of all creditors, debtors, assets and abilities, and the swift and effective administration of the estate. Within the parameters of this overarching principle, mechanisms must be provided for the recognition of foreign representatives, the stay of local proceedings, the production of comments and testimony, the integration of asset distribution and other forms of ancillary relief in a world of increasing global integration and growth of true multina-

transnacionais em face das particularidades de suas plantas industriais, das características de seus equipamentos, das singularidades de suas áreas de atuação, de suas estratégias de organização e métodos e de "cultura" empresarial, viabilizando assim, no plano infranacional, a autonomia jurídico-funcional de suas unidades produtivas.³⁴ Em terceiro

tional business entities, these principles are the indispensable elements in attaining equity and fairness in international insolvency proceedings", afirma o comitê responsável pela elaboração do MIICA. Cf. John Flood e Elemer Skordaki, "Normative bricolage: informal rulemaking by accounts and lawyers in mega-insolvencies", in *Global Law without a State*, Gunther Teubner org., Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 111. Outro exemplo igualmente ilustrativo é dado pela já mencionada *Câmara Internacional de Comércio*. Instituição privada fundada em 1923 e financiada exclusivamente pelas empresas que a integram e pelos usuários de seus serviços, ela tem oferecido um dos mais respeitados serviços de arbitragem empresarial em nível mundial, detendo uma *expertise* técnica e profissional que a maioria esmagadora dos tribunais está longe de alcançar, decidindo num prazo de tempo bem menor do que eles, adotando ritos e procedimentos muito mais simples do que os do processo civil ou penal, requerendo um volume de gastos com defesas, advogados, taxas e perícias muito inferior ao das ações judiciais convencionais e assegurando confidencialidade. Até 1990, a ICC já havia arbitrado mais de 6.700 casos. Em 1991, ela recebeu 333 novos casos, que vieram somar-se aos 736 então pendentes; no total, esses 1.069 casos envolviam disputas no valor de US\$ 15 bilhões. Cf. Michel Gaudet, "The International Chamber of Commerce Court of Arbitration", in *International Tax and Business Law*, 1986, v. 4, p. 213, e "A Statistical Survey of ICC Arbitration", in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1992, maio, p. 5. A importância da ICC pode ser medida pelo fato de que, ao longo de sua trajetória, ela formulou muitas regras e códigos que hoje são universalmente reconhecidas pelos conglomerados empresariais, pelas demais instituições de arbitragem e pelos tribunais de muitos países. Entre essas regras e códigos destacam-se os *Incoterms*, as normas que regulam o transporte de mercadorias pelo mar; as *Uniform Rules for a Combined Transport Document*; o *International Code of Standards of Advertising Practice*; e as *Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission*. Ver, também, Franklin C. Jesse Jr., "Breach and Adaptation of International Contracts", in *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, 1993, verão, p. 209; Josef Falke, *The role of non-governmental standardization organizations in the regulation of risks to health and the environment*, Florence, European University Institute, Working Papers Law, 1996, n. XX.

34. Refletindo o alcance desse tipo de norma e o potencial corrosivo sobre a autoridade e o "monopólio" do direito positivo nacional, o Código de Conduta das Empresas Transnacionais proposto pela Organização das Nações Unidas se destaca pela cláusula segundo a qual elas devem comprometer-se a aceitar e a respeitar as leis dos países em que venham a operar. Como é sabido, esse código acabou não obtendo aprovação geral, por causa da oposição aos países industrializados pelos países em desenvolvimento e do Leste Europeu. E o próprio órgão responsável por esse código, a Comissão das Sociedades Transnacionais, criada pelo Conselho Eco-

lugar, as normas e procedimentos criados por organismos multilaterais com a finalidade de promover sua harmonização e unificação – mais precisamente, como afirmam Nimmer, Pelkmans, David, Dezalay, Rorida e Florence, com o propósito de submetê-las a um processo de *standardization and conformance*.³⁵

nômico e Social em 1974, terminou sendo reestruturado e limitado a uma simples Comissão de Investimentos Internacionais e Sociedades Transnacionais. Sobre essa cláusula e sobre os demais códigos de conduta que tratam da mesma questão, como o *Guidelines for Multinational Enterprises*, preparado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), publicado em 1976, e o da Organização Internacional do Trabalho (OIT), publicado em 1977, ver Jacques Béguin, "Le développement de la *Lex Mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international?", in *McGill Law Journal*, Montreal, 1985, v. 30, pp. 52 e ss. Ver, também, o relatório da Organização das Nações Unidas, *Investment Report: transnational corporations and integrated international production*, New York, United Nations Publications, 1993.

35. A preocupação com a harmonização e padronização da legislação, especialmente em matéria de direito privado, não é nova. Alguns exemplos ilustrativos podem ser mencionados. Reunida pela primeira vez em 1893, em Haia, a Conferência Internacional de Direito Privado converteu-se em instituição permanente, voltada à uniformização tanto de regras materiais quanto de normas sobre conflitos de leis. Esse processo harmonizador e padronizador teve seqüência em 1926, com a criação do International Institute for Unification of Private Law (Unidroit) pela antiga Liga das Nações; em 1928, com a elaboração do Código de Bustamante; e em 1931, com a Lei Uniforme sobre o cheque. Foi acelerado em 1966, com o advento da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), o que conduziu à Uniform Law on the Formation of International Sales Contracts e à Convention on International Sale of Goods; e em 1968, com a Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária para execução das decisões em matéria civil e comercial. E foi adensado no início dos anos 80, com a Convenção de Roma sobre as regras jurídicas aplicáveis às obrigações contratuais; com a Convenção de Viena relativa à venda de bens móveis; com a formação de uma entidade não-governamental integrada por juristas da então Comunidade Econômica Européia e destinada a acelerar a padronização do direito contratual no âmbito de seus Estados-membros; e com a resolução do Parlamento Europeu, em 26 de maio de 1989, propondo a elaboração de um Código Europeu de Direito Privado. A premissa básica desse processo, diz Nimmer, "is that there are benefits in various areas of law, specially those pertaining to commercial law, litigation and financial transactions that can be attained through establishing a basic symmetry in some area of national laws and an underlying acceptance of legal principles from one country in another. Efforts to standardize national laws come through treaties developed in multilateral negotiation, multilateral agreements or conventions, and direct influence exercised bilaterally between governments or through business or trade group involvement". Cf. Raymond T. Nimmer, *Globalization of Law: commercial and intellectual property markets*, ob. cit., p. 7. Ver, também, Jacques Pelkmans, "The new approach to technical har-

A tensão inexorável entre a multiplicação dessas normas de natureza técnica e dos organismos responsáveis por sua formulação, positividade, interpretação e aplicação, a proliferação das regras de funcionamento, padrões organizacionais e códigos de conduta impostos pelos grandes conglomerados empresariais e financeiros transnacionais às suas unidades produtivas no plano infranacional, a subsequente fragmentação da adjudicação no plano mundial e esse processo de “internacionalização” harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica. Racionalidade essa cuja “norma fundamental”, enquanto condição de possibilidade de, um sistema normativo em sentido kantiano, definindo o perfil da própria experiência objetiva da ordem jurídica emergente, reside num juízo de fato: a consciência dos novos sujeitos políticos e dos agentes econômicos de que as formas de relações sociais condicionadas pelas interconexões entre as instituições financeiras internacionais e as corporações empresariais transnacionais exigem do Estado-nação diferentes papéis de intermediação que só podem ser efe-

monization and standardization”, in *Journal of Common Market Studies*, 1987, n. 25; René David, *Le Droit du Commerce International: réflexions d'un comparatiste sur le Droit International Privé*, Paris, Economica, 1987; Ives Dezalay, “The big bang and the law: the internalization and the restructuration of the legal field”, in *Theory, Culture and Society*, London, Sage 1990; Peter Roorda, “The internationalization of the practice of law”, New York, trabalho apresentado no seminário “Globalization of Law and Business in the 1990's”, promovido pela Wake Forest School of Law, em novembro de 1992; e Nicolás Florence, *Common Standards for Enterprises*, Luxembourg, Office for Official European Community Publication, 1994. Sobre o impacto desse processo de harmonização, padronização e unificação no ordenamento jurídico dos Estados-nação, ver Thomas Wilhelmsson, “Legal integration as disintegration of national law”, in *Legal Policentricity: consequences of pluralism in law*, ob. cit. “Harmonization of some part of the law on a world-wide basis will inevitably lead to value conflicts, to a *disintegration of legal values*, at the national level”, afirma este autor. “Even technical harmonization concerning e.g. international contracts may affect fundamental values of the legal orders involved. One of the perhaps most obvious examples is the regulation of interest in the international sales convention, the CISG (Art 78). The drafting of this article was surrounded by much controversy, i.a. because some of the Moslem countries found the charging of interest unacceptable on religious grounds. The conflict was settled by a compromise, according to which there a right to interest on delayed payments, but no details concerning e.g. the interest rate were mentioned in the convention. Even in this short form, however, this rule is bound to create severe conflicts of value when applied in one of the opposing countries” (p. 136).

tivamente exercidos com a colaboração deles – e, o que é ainda mais importante, sem seu poder de veto.

Trata-se, portanto, de uma racionalidade bastante peculiar, mais precisamente uma racionalidade da qual vão resultar instituições jurídicas essencialmente descentralizadas, procedimentais e acima de tudo “facilitativas”, em oposição àquelas altamente centralizadoras, substantivas e finalísticas desenvolvidas no pós-guerra pelo Estado intervencionista ou “providenciário”, com base nas políticas *keynesianas* de gestão macroeconômica e nos programas de bem-estar social. Concebidas mais com o propósito de evitar a eclosão dos conflitos do que em estabelecer regras e procedimentos para que eles sejam dirimidos e decididos, essas instituições não têm a pretensão de controlar ou regular os processos sócio-econômicos nem, muito menos, de impor fins aos seus participantes. Basicamente, elas se limitam a neutralizar eventuais disfunções do mercado. É por esse motivo que essas instituições estão voltadas menos à consecução de resultados concretos obtidos por meio da disciplina conformadora, padronizadora e tipificadora de comportamentos e mais, como será visto no próximo capítulo, à coordenação dos particularismos jurídicos, dos microssistemas normativos com ritmos próprios de desenvolvimento e das diferentes formas de legalidade desenvolvidas no interior das inúmeras cadeias produtivas que constituem a economia globalizada.