

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito

Direito,
Modernização,
e Autoritarismo:
mudança sócio-econômica x liberalismo jurídico

Tese de doutoramento
apresentada por
José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Volume II

São Paulo
1981

O caráter intervencionista do Estado contemporâneo, em suas versões históricas específicas, exemplificadas pelo New Deal rooseveltiano ou pelo trabalhismo britânico de Atlee, nas décadas de 30 a 40, pode ser explicado como uma decorrência da lógica do desenvolvimento do capitalismo monopolista. Expressando, de forma algo contraditória e relativamente autônoma, as transformações e os processos sociais que moveram a sociedade civil em contextos de concentração e centralização do capital, a hipertrofia do Executivo foi o modo pelo qual se conciliou, gradativamente, diferentes tipos e níveis de conflito. De um lado, os próprios antagonismos de interesses das diversas frações burguesas entre si, na medida em que o desenvolvimento tecnológico e o fenômeno da industrialização envolveram desigualmente os detentores do capital. De outro, as clivagens e tensões entre essas mesmas frações, enquanto classe, e a emergência de movimentos operários organizados na reivindicação de cidadania.

Assim, com suas funções de regulação, controle e direção, em virtude da decrescente capacidade de auto-regulação de uma economia que se foi tornando vulnerável a crises cíclicas e às pressões oligopolistas das grandes unidades de produção, o Estado interventor abriu caminho tanto para a burocratização quanto para o planejamento. Nesse sentido, ele não se converte, apenas, em instrumento de harmonização e seleção de interesses conflitantes. É, igualmente, um mecanismo destinado a criar e reproduzir as condições favoráveis para a manutenção e expansão do modo capitalista de produção.

Seu papel regulatório, portanto, tem um sentido explícito: a institucionalização de novas formas organizacionais, mediante a consolidação de anéis burocráticos que vão ampliando sua capacidade de direção e controle do processo produtivo, visando a adequação do pressuposto básico da economia capitalista — a acumulação — a uma nova realidade. Como mostrou Keynes, com clareza, não se tratava de substituir o capitalismo por um novo sistema sócio-econômico. Tratava-se, isto sim, a partir da compreensão da natureza e do alcance da crise de 29 e da profunda depressão que se estendeu até o final da década seguinte, de dotar o Estado contemporâneo de efetivos instrumentos de política econômica, com a finalidade de dar continuidade ao próprio sistema vigente.

a) Liberalismo político e intervencionismo econômico

A superação do liberalismo econômico, assim, não signi

fica o desprezo pelo liberalismo político. Pelo contrário, a substituição daquele é que se converte no pressuposto da permanência deste. A intervenção estatal na economia, consequentemente, é por Keynes concebida como "o único meio prático de impedir a destruição total das reformas econômicas em vigor". Esta é, a seu ver, como afirmamos no capítulo anterior, "a condição de funcionamento próspero da iniciativa individual".

Por extensão, ao propor a revisão das ortodoxas diretrizes do liberalismo econômico, concentrando-se na defesa dos instrumentos de política econômica capazes de regular as taxas de juros, a fim de mantê-las abaixo da eficiência marginal do capital, de incrementar o consumo, por meio da expansão dos gastos públicos, e de estimular a inversão por meio de empréstimos públicos, tendo em vista a absorção dos recursos ociosos, a análise Keynesiana da "concorrência imperfeita" tem um sentido nítido: o restabelecimento do equilíbrio das transferências bilaterais de recursos da economia de livre mercado, neutralizando o desequilíbrio que, em função da tendência monopolista do desenvolvimento capitalista, vinha instaurando uma situação de crescentes transferências unilaterais.

Portanto, uma situação que, ao longo do tempo, teria como desdobramento novas crises estruturais, conduzindo à possibilidade de inviabilização da "sociedade aberta" e a eliminação da idéia burguesa de liberdade. Assim, com as soluções Keynesianas para a superação dos inúmeros obstáculos do desenvolvimento capitalista, gerados pelo próprio dinamismo do processo de concentração e centralização do capital, o Estado interventor não desempenha, exclusivamente, o simples papel de facilitar a acumulação por meio da manutenção da procura graças aos empréstimos e gastos públicos. Ele também cumpre, igualmente, uma importante função legitimadora na sociedade industrial, na medida em que formula e aperfeiçoa mecanismos capazes de conciliar antagonismos e institucionalizar formalmente os conflitos. Por extensão, tal função acaba orientando grande parte da atividade estatal no sentido de selecionar os possíveis focos de descontentamento social, convertendo as demandas políticas em demandas econômicas.

É essa a razão, aliás, pela qual a expansão das soluções e programas imaginados pelo pensamento Keynesiano, a partir dos anos 30, vai criando um clima político para a ampliação tanto das novas formas de intervenção quanto dos gastos e empréstimos públicos — o que pode ser exemplificado pelos já mencionados New Deal rooseveltiano e pelo trabalhismo britânico de Atlee. E é essa a mesma razão pela qual a utilização das es

estratégias intervencionistas vai, no tempo, esgotando suas virtualidades, suscitando novas crises e entreabrindo novos problemas. Um deles, a título ilustrativo, diz respeito à institucionalização dos gastos em programas sociais, pois as crescentes necessidades de recursos essenciais à sua implantação fazem com que o Estado se veja obrigado a elevar os níveis de tributação e, com isso, a ampliar as resistências dos setores detentores do capital às suas funções legitimadoras.

De um modo geral, as respostas do pensamento marxista contemporâneo às soluções keynesianas concentraram-se nesse tipo de divergência. "Ha certa lógica à legitimação que significa perda progressiva de retornos pelo aparelho político com um aumento de legitimação para determinado programa no tempo. Desde que o programa passa a ser considerado como um direito, a continuação dele acrescenta pouco à legitimidade do Estado, ao passo que uma retração no programa constituiria uma fonte de perda de legitimidade. Verifica-se desse modo não só uma tendência a que os programas continuem assim que inaugurados, como também uma pressão constante a que se expandam, independentemente das exigências do processo de acumulação" (1). Daí, como decorrência, a possibilidade de crises cada vez mais frequentes, longas e profundas do Estado intervencionista e da própria ordem capitalista contemporânea. Afinal, na medida em que os programas governamentais de manutenção da demanda, mediante os gastos e os empréstimos públicos imaginados e defendidos pelas soluções keynesianas, estão vinculados às funções legitimadoras do "Estado social", torna-se crescentemente possível visualizar-se a tendência a que os gastos sociais aumentem numa proporção maior do que a capacidade da burguesia de manter intactos seus níveis de excedentes, seu poder de investimento e suas condições de expansão (2).

- 1) Cf. Erik Olin Wright, *Classe, Crise e o Estado*, Rio de Janeiro, Zahar, 1981, p.141. Ver, também, Joachim Hirsch, *The State Apparatus and Social Reproduction: Elements of a Theory of the Bourgeois State*, op.cit.; Jean-Marie Vincent, *O Estado em crise*, e Joachim Hirsch, *Observações teóricas sobre o Estado burguês em crise*, in Poulantzas, *A crise do Estado*, op.cit.; e Sérgio Henrique Abranches, *Estado e desenvolvimento capitalista: uma perspectiva de análise política estrutural*, op.cit.
- 2) Cf. James O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin's Press, 1973, pp. 40-63. Ver, sobre o mesmo tema, numa perspectiva conservadora, Bernard Cazes, *La crise de l'Etat-Protecteur dans les économies occidentales*, in *Commentaire*, Paris, . Numa perspectiva liberal, ver Luís Lopez Guerra, *Las dimensiones del Estado Social de Derecho*, in *Sistema*, op.cit. Numa perspectiva marxista, ver Bernhard Blanke, Ulrich Würgens e Hans Kastendiek, *On the Current Marxist Discussion on the Analysis of Form and Function of the Bourgeois State*, e Heide Gerstenberger, *Classe Conflict, Competition and State Functions*, in *State and Capital*, John Holloway e Sol Picciotto editores, op.cit.

Por isso mesmo, por mais que esse tipo de análise vá recair criticamente sobre o caráter de classe do Estado intervencionista, considerando-o como um simples instrumento destinado a conciliar os interesses das frações divergentes do capital e a minimizar tanto as áreas de incertezas quanto os riscos de longo prazo dos arranjos oligopolistas, há uma questão comum a ambas concepções: aquela que diz respeito à eficácia gerencial e organizacional do Estado intervencionista de desempenhar suas funções regulatórias e diretivas, administrando o processo de produção econômica e mantendo sob controle a estrutura de classes da sociedade capitalista.

Tal questão, evidentemente, não é nova (3). Mas o que importa, em conformidade com os limites e objetivos deste trabalho, não é a sua perspectiva histórica, porém o contexto em que se situam as diferentes respostas possíveis. Mesmo porque, se elas forem afirmativas, as concepções liberais poderão encontrar elementos empíricos para defender a legitimidade das funções econômicas de um Estado concebido como um mecanismo regulador do processo social de desenvolvimento. E, se elas forem negativas, as concepções marxistas e neomarxistas poderão encontrar elementos empíricos para demonstrar a ilegitimidade dos papéis viabilizadores da reprodução do capital de um Estado vulnerável a crises crescentes, fadado ao desaparecimento à medida em que se forem esgotando as virtualidades de seu poder de intervenção (4).

Portanto, é no contexto dessas respostas que se coloca o problema das implicações entre as funções regulatórias e diretivas do Estado intervencionista e a utilização da dogmática jurídica como instrumento de mudança e modernização sócio-econômica. Mesmo porque a lógica do desenvolvimento capitalista exige garantias formais, proteção da propriedade particular dos meios

3) Vinculada ao nascimento da economia política, a origem deste debate é, historicamente, atribuída ao aparecimento de *Riqueza das Nações*, de Adam Smith, em 1776, na qual descrevia a sociedade mercantil britânica como a mais avançada de sua época, em razão do seu sistema de livre mercado. Sua conhecida menção à "mão invisível", contrapondo-a à intervenção estatal nos processos de formação de preços, é uma metáfora que sugere o caráter benéfico da liberdade econômica. Pois, defensor de uma "ordem natural das coisas", propunha que se deixassem as atividades econômicas à mercê de seus próprios controles internos. De forma que, a seu ver, o mercado podia estabelecer os preços para os produtos, traduzido, assim, o equilíbrio dos custos. Antes de Smith, porém, Hume já havia defendido a reserva das atividades lucrativas aos particulares, sob o argumento de que não era necessário ou desejável que o Estado interviesse. Afinal, dizia ele, se o particular pudesse exercer livremente sua atividade, a sociedade sempre teria aquilo de que necessitasse, na medida em que os indivíduos poderiam supri-la com interesse e eficiência. A intervenção pública na economia, segundo Hume, dar-se-ia nos caos de "primeira introdução de qualquer arte". Smith aprofundou e sistematizou es

sas idéias, afirmando que cada indivíduo sempre está continuamente preocupado em encontrar o emprego mais proveitoso para o capital de sua propriedade. O que ele visa é seu próprio interesse e não o da sociedade. A preocupação com sua própria vantagem, contudo, leva-o a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade. De tal modo que o esforço natural de cada indivíduo para melhorar sua própria condição, quando tem condições de atuar com liberdade e segurança, converte-se num princípio tão poderoso que ele não apenas é capaz de trazer riqueza e prosperidade para a sociedade, como, também, de superar os obstáculos com que "a loucura das leis humanas" dificulta as operações. No entanto considerando que a ordem econômica livre de interferências governamentais não está imune a alguns conflitos entre os interesses públicos e gerais, e que ela também está sujeita a ameaças externas ou a pressões contra a segurança nacional, Smith deixou claro que a promoção do bem estar poderia ser uma das responsabilidades dos governos, desde que altamente controlados e restringidos. Consciente, de um lado, de que o Estado poderia assumir maiores responsabilidades desde que seus governos melhorassem seus padrões de competência, honestidade e espírito público, e, de outro, de que a iniciativa individual, num mercado competitivo, tinha grande capacidade de promover o bem-estar geral, Smith afirmou: "Segundo o sistema de liberdade natural, o soberano tem apenas três funções a cumprir; três funções de grande importância, de fato, mas simples e inteligíveis ao conhecimento comum: em primeiro lugar, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão por parte de terceiros; em segundo lugar, o dever de proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão dos demais, ou seja, o dever de estabelecer uma correta administração da justiça; e, em terceiro lugar, o dever de erigir e manter determinadas obras públicas e determinadas instituições públicas ...". Cf. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Chicago, The Great Books, 1952, livro IV, capítulo IX, p. 300. Ver, também, Jacob Viner, *Adam Smith e o laissez-faire e History of economic analysis de Schumpeter*, in *Ensaio Seleccionados*, op. cit., e C.B. Macpherson, *A democracia liberal*, op. cit.

- 4) Dois autores que se valem dos levantamentos empíricos para, respectivamente, comprovar e negar a legitimidade do Estado capitalista e da sociedade industrial são, de um lado, Raymond Aron, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, op. cit., *La lutte de classes*, op. cit., e *Démocratie et Totalitarisme*, op. cit., e, de outro, Ralph Milliband, *O Estado na sociedade capitalista*, op. cit. Ver, também, a crítica de Nicos Poulantzas a este livro, *O problema do Estado Capitalista*, originariamente publicada pela *New Left Review* e posteriormente reunida em livro com a resposta do próprio Milliband, *Debate sobre o Estado capitalista*, Porto, *Crítica e Sociedade*, 1975, pp. 5-32, onde o crítico afirma que os levantamentos empíricos somente podem servir para a negação do Estado capitalista se, preliminarmente, houver uma discussão epistemológica do conceito marxista de Estado. A simples comparação dos dados, segundo ele, levaria a análise marxista a fazer o mesmo tipo de raciocínio da análise burguesa.

de produção e estabilidade sócio-política, motivo pelo qual a função do direito é controlar e atenuar a complexidade social, institucionalizando os conflitos e assegurando, assim, a previsibilidade necessárias ao cálculo econômico dos detedores do capital e um relativo equilíbrio entre os múltiplos interesses antagônicos. Por isso mesmo, de acordo com os objetivos deste trabalho, a questão a ser tratada não diz respeito propriamente aos aspectos qualitativos da performance gerencial e organizacional do Estado intervencionista. Envolve, isto sim, o modo — e, em especial, seus reflexos normativos — pelo qual esse Estado tem procurado desempenhar seus diferentes papéis na administração do processo de reprodução econômica e no controle da sociedade capitalista.

O que se vem sugerindo ao longo dos últimos capítulos, nesse sentido, é que a tão decantada crise do direito decorre, entre outros fatores, da maior ênfase dada pelo pensamento liberal às salvaguardas formais da liberdade individual e da propriedade particular do que ao efetivo controle operacional do Estado intervencionista. Ou seja: da tendência do pensamento liberal em concentrar sua atenção nas relações entre o Estado e os indivíduos, de um lado ignorando a crescente complexidade de corrente da existência de conflitos entre grupos e classes sociais, e, de outro, insistindo em soluções jurídicas formais e individualistas, até certo ponto vazias de conteúdo social e limitadas a um aparato legal cuja base proviria dos arquétipos constitucionais.

Afinal, ao preocupar-se com a manutenção das condições institucionais do Estado absenteísta de natureza liberal, esse tipo de pensamento não percebeu que a própria sobrevivência de uma estrutura capitalista passou a exigir, no domínio econômico, um planejamento cada vez mais ágil, flexível e abrangente, incapaz de ser controlado por mecanismos jurídicos rígidos, fechados e imaginados como instrumentos capazes de regular relações até certo ponto estáveis. Longe de procurar conceitos mais abertos, em condições de explicar tanto um novo tipo de ética quanto a quebra de hierarquias normativas comuns ao direito econômico contemporâneo, o pensamento jurídico de inspiração liberal foi insistindo na defesa do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade, voltando-se à certeza, à segurança e à igualdade formal dos cidadãos.

Em outras palavras, imaginando tais princípios como instrumentos em condições de fornecer aos sistemas jurídicos do Estado intervencionista uma determinada base institucional que, sem ferir exigências materiais, fosse capaz de lhes dar certos parâ

metros, tanto esse tipo de pensamento quanto a dogmática jurídica dele decorrente gradativamente perderam sua capacidade de compreender e enfrentar a complexidade sócio-política crescente. O que, como já foi visto, resultou na hipertrofia de um Executivo manipulado por tecnocracias fundadas numa ética maquiavélica de convicção, avessas ao diálogo e permanentemente dispostas a neutralizar qualquer forma de controle político não ditada por razões de competência técnica. Todavia, antes de passarmos ao exame da perda de funcionalidade das soluções jurídicas de inspiração ortodoxamente liberal, as quais deixaram de ser critérios para a atuação concreta do Estado na medida em que a ênfase ao formalismo e ao positivismo deixou em aberto inúmeras questões que apenas ampliaram o papel do arbítrio, sem que a dogmática fornecesse os parâmetros de controle, é necessário explicar como a ampliação e a verticalização das funções econômicas estatais provocaram essas transformações no papel do direito contemporâneo.

6) Desenvolvimento capitalista e dogmática jurídica

Uma das funções básicas da legislação, no Estado intervencionista, tem sido a de interferir nas estruturas sociais, com a finalidade de regulá-las, dirigí-las e modificá-las. É por isso, justamente, que o pensamento jurídico tradicionalmente se preocupou com o alcance, com os limites e com as formas de utilização dos instrumentos legais. Nesse sentido, se no século XIX destacou-se uma espécie de "cartesianismo" doutrinário à procura de idéias claras e distintas, que encontrou uma correspondência prática na utilização dos princípios da segurança, da certeza, da legalidade e da constitucionalidade, por parte da dogmática jurídica, no decorrer do século XX passou-se a dedicar maior atenção às soluções abertas e flexíveis - enfim, a concepções e modelos que comportassem maior plasticidade na sua adaptação à experiência corrente e que fossem mais adequados às necessidades da sociedade industrial.

Tal atenção, como veremos adiante, torna-se ainda mais significativa quando se trata do exame do papel do direito nos países que enfrentam o problema da reformulação de suas estruturas de riqueza e poder, em função da modernização sócio-econômica ditada pelos processos de industrialização. Mesmo porque, nesses países, a crença dos estamentos burocráticos e das elites dirigentes na tese de que só o Estado pode criar condições para a consecução de planos de desenvolvimento a longo prazo - por ser ele capaz de interferir no mercado sem subordinar-se ne

cessariamente a ele, invariavelmente tem importantes consequências concretas. De um lado, aumenta gradativamente o grau de discricionariedade e de autonomia dos órgãos públicos executivos, mediante a substituição das velhas práticas administrativas por procedimentos de maior amplitude e de respostas mais rápidas. De outro, acelera a tensão resultante dos diferentes níveis de resistência à imposição de normas mais abrangentes sobre a estrutura social.

Afinal, quanto maior for o esforço desses países em superar as limitações materiais e institucionais que inibem a industrialização e comprometem a consecução de novos perfis de relações de produção, maior será sua necessidade de programar seu desenvolvimento a fim de maximizar as taxas de crescimento de seu produto. Do mesmo modo, por extensão, mais sujeito estará a que se alterem as circunstâncias políticas de que depende a vigência da estratégia programada, uma vez que seu sucesso quase sempre é condicionado, pelos estamentos burocráticos e pelas elites dirigentes, a uma crescente redução da imprevisibilidade social - e, conseqüentemente, por uma diminuição do espaço político e por um crescente cerceamento das liberdades públicas.

Ora, como a adoção de normas mais genéricas e abstratas quase sempre acaba aumentando o grau de discricionariedade tão reclamado por tais estamentos e elites para enfrentar a imprevisibilidade social e neutralizar as resistências (5), é isto que explica porque os processos de desenvolvimento, nas sociedades em transformação, costumam ser associados à noção de autoritarismo. Pois, na visão estamental das tecnocracias e nas concepções "esclarecidas" das elites modernizadoras, a grande diversidade das formas de participação popular nas decisões nacionais tanto pode impedir a formação de um consenso em torno dos "seus" objetivos quanto pode prejudicar os critérios de determinação a priori de sua validade. De modo que, em suma, um projeto de desenvolvimento só poderia ser "eficiente" se fosse imposto

5) Ver, nesse sentido, Wanderley Guilherme dos Santos, Ordem burguesa e liberalismo político, op. cit., especialmente o capítulo relativo a "Autoritarismo, Capitalismo e Socialismo", onde se lê a p. 123: "Quase que apenas ficções simbólicas, os sistemas jurídicos autoritários tendem a perder com relativa rapidez sua função política de criarem hábitos de comportamento social. A silenciosa e opressora estabilidade dos sistemas autoritários, que é o outro lado da previsibilidade do mundo social, resulta, então do temor generalizado diante do processo de "manufatura" do delito, antes que da capacidade do regime de absorver os conflitos gerados pela experimentação social". Numa perspectiva próxima ver, também, José Eduardo Faria, Poder e Legitimidade, op. cit., pp. 62-84, e Legalidade e Legitimidade, op. cit., pp. 33-42. Ver, ainda, a bibliografia citada no capítulo 29 deste trabalho

autocraticamente, apoiado em severas cominações.

O reconhecimento de que a execução de uma programação de desenvolvimento cabe ao Estado, responsável direto pela formação, implementação e execução de um plano mais amplo e globalizante, no qual estão incluídos sistemas de controle e estímulos deliberadamente concebidos e utilizados para provocar e acelerar o processo de modernização, não é recente. E, apesar da discussão travada desde Adam Smith, no século XVIII, e por Marx, no século XIX (6), ainda hoje continua sendo tema de grandes controvérsias. Pois, neste século, desde os anos 20 é que se discute, não sem uma dose de paixão, a possibilidade do racionalismo na economia planificada.

Um dos pensadores que se destacou nessa polêmica, por exemplo, foi L. von Mises. Ele afirmava, enfaticamente, que o planejamento econômico deveria falhar porque a ausência de um mercado livre, bem como de um independente sistema de preços, impediria a aplicação de critérios econômicos que determinassem, objetivamente, o que deveria ou não ser feito. Mesmo nos anos 30 e 40, após a revolução keynesiana no pensamento econômico e a experiência do New Deal rooseveltiano no combate à depressão, legitimando a intervenção estatal como elemento integrante ao bom funcionamento do desenvolvimento capitalista, as investigações sobre as implicações entre os fatores determinantes do crescimento e a política governamental continuaram sendo objeto de intensa discussão. Contudo, o simples fato de que a ação pública passa a ocupar um lugar fundamental na expansão econômica revela a grande mudança do modo capitalista de produção e das re-

6) Entendidas como um processo linear de aperfeiçoamento da humanidade, as idéias de desenvolvimento e progresso são originárias do século XVIII, quando passaram a ser usadas para expressar a superioridade do presente europeu sobre o passado. O Iluminismo, por exemplo, delas se vale para traduzir uma marcha progressiva para o racional. Uma transição que, se de um lado expressou a auto-definição da Europa Ocidental como paradigma da humanidade, de outro enfatizou a noção de acumulação de riquezas, na qual estava implícita a opção de um futuro que encerraria uma promessa de melhor bem-estar social. Idéias semelhantes também podem ser encontradas em Adam Smith, para quem a expansão do mercado, concebido como um instrumento de alocação de recursos inerente à sociedade mercantil, levaria os homens a uma etapa final de uma forma superior, na medida em que seria capaz de garantir "a ordem natural das coisas". Subjacente à análise econômica de Smith, como vimos na nota 3 deste capítulo, estava a crença de que o homem age por motivos de interesse próprio. Contudo, num "simples sistema de liberdade natural", ele, simultaneamente, promoveria os interesses gerais da sociedade, como se conduzindo por uma "mão invisível" - a livre integração das forças de mercado. No século seguinte, Marx também se concentrará sobre a economia de mercado, mas a considerará como etapa intermediária de um processo histórico, a ser superada pelas próprias contradições do modo capitalista de produção, quando o mercado - e, por extensão, a exploração e a alienação - deixa

Atam de existia. Ambas as abordagens, na verdade, formam a matris da discussao sobre as funcoes economicas do Estado. De um modo geral, Smith sera o ponto de partida das concepcoes liberais, cujas teorias do desenvolvimento levavam em consideracao a metáfora da mo invisivel. Mesmo aqueles que, como Keynes, admitem a necessidade da intervencao estatal no mercado, explicam-na como decorrente de condicoes historicas das conhecidas ao tempo de Smith. A critica do marxismo tradicional à economia capitalista neclética, igualmente, a linearidade historica caracteristica do século XVIII europeu. Sobera, assim, os equívocos de uma visao suficientemente qualificada do mercado. De modo que, no século XX, a controvérsia persiste. Ver, nesse sentido, Jacob Viner, *Power versus abundance como objetivos da politica exterior nos séculos XVII e XVIII e Adam Smith e o laissez-faire*, in *Ensaio Selecionados*, op.cit.; Helio Jaguaribe, *Desenvolvimento Político e Desenvolvimento Economico*, op.cit., pp. 79-96, e *Desenvolvimento Político*, op. cit., pp. 11-45; Celso Furtado, *Pequena introducao ao desenvolvimento*, op.cit., pp. 1-13; e Paul Sweezy, *Teoria do Desenvolvimento Capitalista*, op. cit., pp.286 e segs. Ver, também, o engenhoso artigo de Alberto Guerreiro Ramos, *O mágico e a sociedade*, in *Jornal do Brasil*, 13 de maio de 1979.

lações de poder na sociedade contemporânea, responsável pelo aparecimento e pela consolidação de uma dogmática jurídica nova (7), extravagante dos códigos e rebelde aos esquemas acadêmicos tradicionais, transformando por completo o panorama individualístico de um direito até então essencialmente patrimonial.

Portanto, não há como se desconhecer que, nas quatro ou cinco últimas décadas deste século, gradativamente veio perdendo importância prática a suposição de que o Estado deveria manter-se o mais distante possível da atividade econômica, limitando-se a produzir bens públicos indivisíveis, como segurança e justiça, e a impedir que o sistema competitivo, apesar de sua tendência oligopolista, degenerasse em formas ainda menos "perfeitas" de mercado. Ao mesmo tempo, ganhou relevância prática a crescente amplitude de uma política econômica de caráter diretivo e controlador, submetendo as técnicas jurídicas tradicionalmente centralizadas em torno da propriedade particular dos meios de produção e da liberdade contratual a uma regulamentação estatal cada vez mais ampla das estruturas econômicas. Basta ver que, à medida em que os aparelhos burocráticos vão atuando de forma imperativa sobre a economia, seja de forma direta e por meio de normas impositivas, seja de forma indireta e por meio de empresas públicas, o Estado intervencionista acaba firmando-se como controlador, estimulador, planejador e árbitro do processo de produção, agindo nos campos monetário e fiscal, interferindo no sistema de preços, financiando o desenvolvimento tecnológico, investindo em infra-estrutura e, inclusive, participando expressivamente como produtor.

7) Cf. Fábio Konder Comparato, *O indispensável Direito Econômico*, op. cit., onde o autor afirma que o valor econômico corresponde a uma disposição fundamental do espírito moderno: "...ele é o traço distintivo do Direito atual, tal como a concepção de uma ordem natural caracterizou todas as construções jurídicas do século XVIII. A tarefa primordial do jurista moderno consistiria pois na reelaboração de sua ciência e partir desta nova realidade econômica. Não obstante a grande parte de verdade que encerrava esta concepção (g.n., baseada em Hedemann), a maior parte dos autores não se satisfiz com uma indefinição da matéria. O que os impressionou, antes de tudo, foi o surgimento de instituições jurídicas de conteúdo econômico que não se enquadravam em nenhum dos ramos tradicionais da dogmática ou da legislação, e que pareciam mesmo rebeldes a uma classificação geral no quadro do binômio direito público-direito privado. Daí a idéia de um reagrupamento das disciplinas jurídicas, visando integrar tais disposições extravagantes"... A "ação sistemática do Estado contemporâneo sobre as estruturas econômicas não poderia, obviamente, deixar de provocar uma transformação paralela nas técnicas e instituições do ordenamento jurídico. O direito privado patrimonial, notadamente o direito comercial, deixava de ser o centro de gravidade das normas jurídicas de direito econômico, para passar a seu turno a gravitar em torno de uma nova constelação de regras e institutos jurídicos". Para um exame mais detalhado desse tipo de dogmática, ver Modesto Carvalhosa, *Direito Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

Por isso mesmo, com o desenvolvimento capitalista, a presença governamental na economia com o objetivo de manter o equilíbrio do sistema, ampliar seus limites institucionais e garantir as condições de reprodução e acumulação do capital torna-se muito mais amplo do que se poderia imaginar quando o debate sobre o papel econômico do Estado começou a ser travado na época de von Mises. Ainda hoje, entretanto, persistem manifestações conservadoras repetindo opiniões dos pensadores clássicos favoráveis a uma grande limitação das ações governamentais, no sentido de uma concepção negativista do Estado, de acordo com a qual suas funções maiores limitar-se-iam à realização dos serviços públicos básicos, à organização da defesa e à administração da justiça. Opiniões essas que, diga-se de passagem(8), nem sempre foram objeto de interpretações claras, precisas e fiéis.

A vitalidade dessa controvérsia, de cujo desdobramento surge um outro não menos importante debate sobre o alcance e os limites da utilização dos mecanismos jurídicos como instrumentos de mudança sócio-econômica, pode ser ilustrada a comprovada por fatos recentes. Entre eles, por exemplo, pela escolha dos ganhadores do Prêmio Nobel de Economia de 1974 — cerca de dois anos antes do bicentenário do aparecimento da Riqueza das Nações e do falecimento de David Hume, que, antes de Adam Smith, já deu sua contribuição para o aprofundamento do pensamento liberal.

8) Quem me chamou atenção para a transposição nem sempre correta dos textos clássicos pelos pensadores conservadores e liberais contemporâneos foi o professor Rolf Kuntz, em estimulantes conversas sobre diversas passagens deste trabalho. Nesse sentido, enquanto estes estariam preocupados em utilizar aqueles textos para justificar a ampliação da liberdade econômica individual, autores como Hume, Smith e Stuart Mill concentraram-se na análise da fundamentação das atribuições econômicas do Estado. O que não é, necessariamente, a mesma coisa, embora o ponto comum dessas abordagens seja a crença de que a busca do interesse individual possa, de um modo geral, coincidir com a promoção do bem-estar social. Veja-se, por exemplo, a afirmação de Adam Smith de que "o terceiro e último dever do soberano ou comunidade é erigir e manter as instituições e obras públicas que, embora possam ser, no mais alta grau, vantajosas a uma grande sociedade, são, entretanto, de tal natureza, que o lucro jamais poderia restituir o gasto a qualquer indivíduo, ou pequena número de indivíduos, não se podendo esperar, portanto, que qualquer indivíduo ou pequeno número de indivíduos venha a erigi-las e mantê-las" (Cf. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, op.cit., Livro V, p. 315). Assim, ao considerar soberano e comunidade como sinônimos, Smith não via o Estado como uma entidade que paira acima da sociedade, conforme a crítica conservadora contemporânea de um Hayek, porém como uma manifestação do social. Vale dizer, então, que não é uma entidade misteriosa e distante, chamada Estado, a responsável pela realização de certas tarefas e pela assunção de certos custos, mas a commonwealth - o conjunto de cidadãos. Grande parte das observações do professor Rolf Kuntz foram materializadas no seu artigo Celebramos o bicentenário do debate sobre estatização, in Isto É, 1976, por ocasião das comemorações relativas aos duzentos anos de aparecimento de Riqueza das Nações, de Adam Smith. Ver, também, Jacob Viner, Adam Smith e o laissez faire, in Ensaio Selecionados, op.cit., pp. 205-234.

Os vencedores foram dois economistas nascidos pouco antes do término do século XIX, formados em economia nos anos 20 deste século, professores em Estocolmo e Londres a partir dos anos 30 e responsáveis por importantes trabalhos nos setores de flutuação econômica, desenvolvimento e teoria monetária. De um lado, Friedrich von Hayek, um pensador conservador e crítico da obra Keynesiana que não poupou esforços ao apontar os prejuízos sociais advindos de toda e qualquer tentativa de intervir nas forças de mercado. E, de outro lado, Gunnar Myrdal, adepto de um socialismo democrático e defensor de um Estado interventor e responsável pela estrutura de controle de quase todas as interferências exercidas por outras instituições e outros grupos de poder dentro de um país.

A trajetória intelectual de ambos é de tal forma contrastante, que sua escolha simultânea (9) chegou mesmo a causar uma certa perplexidade. Contudo, não foi ilógica. Afinal, naquele momento, em que o mundo capitalista enfrentava uma nova e profunda crise acelerada pela escassez de matérias primas, pela multiplicação política dos preços do petróleo, pelas dificuldades energéticas e pela desordem do sistema monetário internacional, o tema da presença do Estado na regulamentação, controle e direção do processo econômico ganhou novos aspectos. Àquela altura, como Habermas havia deixado claro alguns anos antes (10), o Estado intervencionista não mais podia ser visto como um simples instrumento dos detentores do capital para corrigir a decrescente perda da capacidade de auto-regulação da economia de mercado, ou como um mero biombo das classes burguesas, segundo o marxismo clássico. Tal Estado deveria visar, igualmente, um mínimo de consenso social mediante a institucionalização de uma estrutura democrática formal, sem o que o próprio modo capitalista de produção correria o risco da corrosão interna e externa, especialmente nos períodos de crise.

No entanto, preso aos seus compromissos sociais, uma vez que a consecução da lealdade e a conquista do consenso pas-

9) Ao anunciar os nomes dos ganhadores do Prêmio Nobel de Economia de 1974, a Academia de Ciências da Suécia distribuiu uma nota afirmando que tanto Hayek quanto Myrdal tiveram "a capacidade de encontrar novas formas de apresentar as questões e expuseram novas idéias relacionadas com causas políticas, o que constitui uma característica que, frequentemente, torna-os sujeitos a controvérsias. Trata-se de algo muito natural quando o campo da pesquisa se amplia para incluir fatores e graus dos quais os economistas geralmente se esquecem". Cf. O Estado de São Paulo, 10 de outubro de 1974.

10) Ver, nesse sentido, Jürgen Habermas, Técnica e Ciência enquanto "ideologia" in texto escolhido de Benjamin, Horkheimer, Adorno e Habermas, coleção "Os pensadores", São Paulo, Abril, 1980.

saram a exigir recursos crescentes para a viabilização dos programas de bem-estar e, por extensão, da própria legitimação do modo capitalista de produção, ao Estado intervencionista não restou saída a não ser ampliar progressivamente, foi esbarrando na resistência das classes detentoras do capital. Pois estas, vendo a subtração de parcelas de seus excedentes, passam a associar o Welfare State e a democracia formal com mais burocracia e com mais tributação — e, conseqüentemente, mais justiça social e mais democracia formal com maior interferência do Estado no domínio privado. Daí a discussão política relativa aos níveis de tributação destinados a sustentar os gastos sociais, que tomará conta do mundo desenvolvido na segunda metade dos anos 70, motivada, de um lado, pelas reivindicações conservadoras a favor do redimensionamento das despesas públicas aos setores de infraestrutura econômica necessários à expansão do processo de acumulação privada, e, de outro, pelas contínuas demandas de novos benefícios sociais, por parte dos movimentos sindicais e operários organizados, veiculadas pelas diferentes instâncias do sistema político.

De qualquer modo, embora no decorrer dos anos 70 a concepção clássica do Estado absenteísta de inspiração liberal já estivesse praticamente sepultada, apesar dos esforços acedêmicos da "Escola de Chicago" liderada por Milton Friedman, é no contexto dessa discussão política que se dá a escolha de dois nomes controvertidos para o Prêmio Nobel de 1974. Evidentemente, o tema da definição das atribuições adequadas ao Estado interventor e ao setor privado da economia é o núcleo de um debate travado entre conservadores, liberais keynesianos e socialistas não marxistas, sem que este seja, necessariamente, o mais difícil dos problemas aqui levantados. Mesmo porque, em princípio, é possível propor qualquer divisão de funções e responsabilidades, ampliando ou reduzindo, no papel, as atividades assumidas pelo Estado intervencionista e pelos proprietários particulares dos meios de produção. Ocorre, porém, que esta é, apenas, uma discussão política — e, como tal, de significância fundamental. Pois, na medida em que esse Estado interventor deve garantir, simultaneamente, a proteção às disfunções geradas pelas tendências oligopolistas da economia de mercado e a lealdade das massas no quadro de uma democracia formal, suas funções e papéis de integração social são novamente confiados ao sistema político. É por isso, justamente, que é da praxis política entre os diferentes grupos e classes sociais que depende, enfim, a conformação que, explicitamente, se pretenda atribuir, por exemplo, aos sistemas de economia mista.

Como a ação política, em termos gerais, basicamente envolve um processo de escolha entre alternativas, e, a seguir, em fazer com que essa escolha se torne efetiva, seja por meio da intimidação e da força, seja por meio da barganha e da persuasão, torna-se necessário alinhar os principais aspectos dessa controvérsia. É um modo de fazê-lo, resumidamente, para nos preocuparmos com seus aspectos normativos nos capítulos seguintes, é comparar as linhas gerais do pensamento ortodoxo de Hayek com os traços básicos do pensamento intervencionista de Myrdal. Nesse sentido, o fio condutor da obra do primeiro é diametralmente oposto ao fio condutor das respostas do segundo.

c) Economia de mercado e liberdade: o direito como garantia individual

De fato, o que marca a produção intelectual de Hayek é sua oposição à intervenção estatal e sua crença fervorosa e apaixonada nas forças livres de mercado, de tal forma que, para ele, qualquer tipo de interferência resulta na crescente centralização do poder e, conseqüentemente, em sucessivas perdas de liberdades individuais. Ele chega mesmo a fazer uma pequena distinção entre planejamento e planificação, mas sua tese é a de que o planejamento estatal, com o controle da vida econômica, tende a conduzir à planificação total. "Quem controla toda a atividade econômica também controla os meios que deverão servir a todos os nossos objetivos e deve, portanto, decidir quais dentre estes serão satisfeitos e quais não o serão. É este o ponto crucial da questão. O controle econômico não é apenas o controle de um setor da vida humana que possa ser separado do resto. É o controle dos meios que deve contribuir para a realização de todos os nossos fins. E quem possui o controle exclusivo dos meios deve também determinar quais os fins que serão realizados, que valores devem ser considerados mais importantes e quais devem sê-lo menos — em suma, aquilo em que os homens devem crer e por cuja obtenção devem esforçar-se. Planejamento central significa que o problema econômico deve ser resolvido pela comunidade e não pelo indivíduo; mas daí se infere que deve ser a comunidade (ou melhor, seus representantes), quem decidirá sobre a importância relativa das diferentes necessidades" (11).

11) Cf. Friedrich von Hayek, *O caminho da servidão*, Porto Alegre, Globo, 1977, p. 95-114. Ver, também, seu artigo *A nova confusão sobre planejamento*, publicada originariamente pelo *The Morgan Guaranty Survey* e reproduzido pelo caderno especial do *Jornal do Brasil* de 30 de janeiro de 1977. Ver, ainda, a entrevista em que ele próprio resume seu livro *Droit, Législation et Liberté*, in *Jornal do Brasil*, 18 de janeiro de 1981.

Nesse sentido, quando "os representantes da comunidade (o Estado) decidam em esferas em que não há acordo entre os indivíduos, são naturalmente forçados a suprimir toda a liberdade individual" (12). A principal razão que não nos permite esperar conseguir, com direção centralizada, eficiência comparável à da economia de mercado é que a estrutura econômica de qualquer sociedade complexa repousa no conhecimento de circunstâncias específicas que envolvem separadamente milhares ou mesmo milhões de indivíduos. Naturalmente, existem sempre muitos fatos que o responsável individual por certo negócio deveria saber para poder tomar as decisões acertadas, mas que não chegam diretamente ao seu conhecimento. Mas, entre as alternativas possíveis para enfrentar estas dificuldades — seja fornecendo a uma autoridade central todas as informações relevantes de que dispõem os diferentes indivíduos, seja comunicando aos indivíduos toda a informação que possa ser relevante para suas decisões — descobrimos uma solução apenas para esta última necessidade: o mercado e a fixação em termos competitivos dos preços permitem transferir aos responsáveis individuais por unidades de produção toda a informação condensada de que precisam para adaptar seus planos ao sistema como um todo" (13).

Mesmo a possibilidade de conciliação entre a liberdade e o planejamento moderado (14) recebeu, de Hayek, duras advertências. O planejamento moderado, segundo ele, seria uma espécie de bola de neve: irá crescendo gradativamente para, com o tempo, esmagar por completo a liberdade individual, convertendo a cidadão em mero súdito de um Estado todo-poderoso, responsável pela predeterminação do que é bem, o belo e o verdadeiro, etc. Daí, conseqüentemente, a extinção real da autêntica moralidade, da arte e da verdade livremente buscada. Foi por causa disso, em grande parte, que a democracia perdeu sua reputação em todo o mundo ocidental: "a democracia, como a conhecemos, hoje, está sofrendo de uma construção errônea de suas instituições. Combina legislação e governo no mesmo órgão. Dessa forma, o governo se torna "ilimitado" pela lei", explica o economista austríaco. E conclui: "as legislaturas que temos hoje, em outras pala

12) Cf. Friedrich von Hayek, *O caminho da servidão*, op.cit., p. 95-114.

13) Cf. Friedrich von Hayek, *A nova confusão sobre planejamento*, op.cit.

14) Sobre as tentativas de conciliação entre a liberdade individual, a representatividade legítima dos grupos de interesse, a multiplicidade dos objetivos, de um lado, e o planejamento, de outro, ver Karl Mannheim, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, São Paulo, Mestre Jou, 1972. Para um exame crítico dessas mesmas tentativas ver Fernando Henrique Cardoso, *Aspectos Políticos do Planejamento*, in *O modelo político brasileiro*, São Paulo, Difel, 1973, pp 83-103.

bras, são principalmente entidades governamentais. Seus poderes não são limitados por nenhuma lei que não possam alterar. Muitos acreditam que a democracia deve significar "governo ilimitado". Mas "governo ilimitado" é inerentemente fraco. Não pode resistir às pressões de interesses organizados — grande mão de obra ou grande indústria ou outros grupos poderosos". Sua proposta para "salvar" a democracia: "precisamos de "governo limitado", baseado na separação de poderes. Um tal sistema exigiria dois órgãos representativos distintos: uma assembleia legislativa e outra assembleia do governo, eleitos com base em princípios diferentes. Se as duas assembleias fossem da mesma composição, meramente seriam coniventes — com os mesmos resultados que temos agora" (15).

d) Economia planejada e desenvolvimento: o caráter instrumental do direito

As hipóteses que formam o ponto de partida da obra de Myrdal, no sentido tanto das críticas ao mercado quanto dos custos sociais inerentes à não intervenção, são opostas à de Hayek. Em toda sua trajetória intelectual, é possível indentificar, entre outros, dois importantes temas característicos. O primeiro deles diz respeito à inépcia da teoria convencional tanto em seu poder analítico quanto na capacidade de gerar políticas que atenuem significativamente este hiato. O segundo refere-se ao fato de que os governos dos países pobres deveriam exercer um papel preponderante e distinto do previsto nos moldes de teoria neoclássica. O desenvolvimento econômico, nesta perspectiva, é visto como um problema essencialmente político, na medida em que cabe ao Estado a responsabilidade de gerir sistemas de controles e impulsos deliberadamente aplicados para desencadear e manter o processo de desenvolvimento.

A reputação de Myrdal, em grande parte decorre do seu conceito de causação circular acumulativa, que está na essência de sua teoria geral do desenvolvimento. Tal conceito descreve um processo pelo qual, deixadas livres as forças de mercado, os

15) Cf. entrevista concedida por Friedrich von Hayek à revista norte-americana *U.S. News and World Report*, incluída na série *A democracia está morrendo?* e publicada em português pelo *Jornal da Tarde*, de 20 de abril de 1976. Ver, ainda, sua visão da crise das economias desenvolvidas dos anos 70 no artigo *Da inflação ao desemprego*, publicado pela revista *Visão* em 2 de dezembro de 1974. Finalmente, para uma defesa de suas posições, veja-se o artigo de Roque Maciel de Barros, *Hayek e o Prêmio Nobel*, publicado pelo *Jornal da Tarde*, 16 de outubro de 1974.

pobres serão cada vez mais pobres e os ricos cada vez mais ricos. A descoberta desse processo vale como verificação e como fundamento de um método de análise — e é nisto que reside sua inovação: é inútil buscar-se, exclusivamente, um fator determinante, como, por exemplo, o econômico. Pois, "quando se estuda o problema do negro ou outro problema social, partindo desta hipótese, é difícil perceber o que deva ser entendido, precisamente, por fator econômico isolado, e ainda menos compreender como pode ser básico, pois tudo é causa de tudo, de maneira circular e interdependente". Outra consequência importante é a de que a aplicação dessa hipótese conduz o estudo do desenvolvimento e do subdesenvolvimento a considerar também os fatores não econômicos, o que representa, segundo Myrdal, um avanço em relação à teoria econômica tradicional, inclusive o marxismo (16).

A teoria da causação circular e acumulativa pode ser utilizada para a análise do desenvolvimento por intermédio de um exemplo bastante simples: há um acidente, sem solução imediata, numa fábrica de onde a maioria dos habitantes de uma cidade retira sua subsistência. Como a fábrica deixa a cidade, o desemprego é inevitável, a renda baixa e os negócios diminuem. A diminuição dos negócios causa ainda mais desemprego, diminui as rendas anteriormente diminuídas e afeta os serviços vendidos aos que dispunham daquela renda. Consequentemente, a cidade torna-se menos atraente tanto aos empresários quanto aos trabalhadores, provocando a evasão para outras comunidades onde haja empregos e negócios. Ao mesmo tempo, o processo em sentido favorável funciona de modo análogo, na localização de uma indústria em determinada região. Assim, segundo Myrdal, deixados livres todos estes fatores, a atividade econômica tenderá a concentrar-se em certas áreas favoráveis, gerando as desigualdades regionais que caracterizam os países não desenvolvidos. Em outras palavras, o jogo das forças de mercado tende, em geral, a aumentar e não a diminuir as desigualdades regionais.

"Se as forças do mercado não fossem controladas por uma política intervencionista, a produção industrial, o comércio, os

16) Sobre este aspecto, ver seu artigo Breve nota sobre Marx e o Marxismo, incluído na sua coletânea Contra a Corrente - ensaios críticos em economia, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1977, prefácio de Thomas Schneider, pp. 289-296. Já a idéia de causação circular e acumulativa foi empregada, inicialmente, num estudo sobre o negro norte-americano, publicado em 1944, intitulado An American Dilemma - The Negro Problem and Modern Democracy. O conceito foi transplantado para a análise do desenvolvimento e do subdesenvolvimento em conferências promovidas pelo Banco Nacional do Egito, no Cairo, em 1955, resultando no conhecido livro Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas, Rio de Janeiro, Editora Saga, 1972, 3a. edição.

bancos, os seguros, a navegação e, de fato, quase todas as atividades econômicas que, na economia em desenvolvimento, tendem a proporcionar remuneração bem maior do que a média, e, além disso, outras atividades, como a ciência, a arte, a literatura, a educação e a cultura superior se concentrariam em determinadas localidades e regiões, deixando o resto do país de certo modo estagnado". Embora à primeira vista possa até mesmo parecer que essa localização historicamente seja resultante de condições geoeconômicas favoráveis, a verdade é que, segundo Myrdal, "o atual poder de atração de um centro econômico se origina principalmente em um fato histórico fortuito, isto é, em ter-se iniciado ali, com êxito, um movimento, e não em vários outros lugares, onde podia do mesmo modo ter se iniciado com igual ou maior êxito" (17).

O elemento capaz de romper, com maior eficácia, o círculo vicioso do empobrecimento, é o Estado intervencionista. A ele cabe liderar o desenvolvimento, procurando estabelecer o maior equilíbrio possível entre as diversas regiões. "A mudança mais importante a ser realizada nas políticas estatais dos países subdesenvolvidos é a compreensão geral da necessidade de uma política nacional de desenvolvimento econômico. Reivindicase, também, em todo o mundo, que cada um dos países subdesenvolvidos necessita de um plano nacional de desenvolvimento, global e integrado". Mais adiante, ele afirma que "ao salientar que o plano econômico nacional não pode elaborar-se, racionalmente, mediante a aplicação dos critérios do sistema de preços e da rentabilidade dos negócios particulares, mas que deve ser o programa, em termos reais, de um processo acumulativo de causação circular, orientado, em última análise, por decisões políticas, não estou pregando um evangelho de liberdade excessiva, mas justamente, o contrário". Com base nessa liberdade não "excessiva" é que Myrdal considera um engano opor-se o planejamento estatal à livre empresa. "Mas é claro que, se um país subdesenvolvido consegue iniciar e manter um processo acumulativo de desenvolvimento econômico, haverá mais e nunca menos espaço para a iniciati-

17) Ver Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas, pp. 31 e seguintes; Contra a Corrente - ensaios críticos em economia, pp. 179-191 e 277-288; Desafio a Riqueza, São Paulo, Editora Brasiliense, 1966, especialmente a primeira parte. Além disso, é importante o noticiário relativo à primeira visita de Myrdal ao Brasil, conforme o Jornal da Tarde de 11 de outubro de 1968, bem como o noticiário relativo a sua segunda visita, para duas palestras sob patrocínio do Branco Nacional de Desenvolvimento Econômico, no prédio da Fundação Getúlio Vargas, no Rio, em 30 de agosto de 1973. Ver, finalmente, a entrevista que fiz nessa ocasião com o economista sueco, Uma aula do professor Myrdal conta a pobreza, Jornal da Tarde, 1 de setembro de 1973.

va privada já existente ou que venha a promover-se nele".

O desenvolvimento implica dificuldades políticas de duas ordens, segundo ele. Inicialmente, "não raro, o próprio Estado é dominado por grupos interessados na preservação de velhas diferenças sociais". Myrdal reconhece a existência de um problema de forças e, embora não se aprofunde muito sobre esse problema, permite entender que as transformações políticas e sociais exigidas pelo desenvolvimento econômico tendem a ser de natureza revolucionária (18) correndo o risco de não ter o êxito garantido e de criar profunda tensão social. "Os países subdesenvolvidos têm de percorrer todo o caminho que leva à verdadeira democracia com o sufrágio universal. A alternativa é continuarem sendo oligarquias legalizadas ou, no caso de se adotarem as formas aparentes da democracia, diluí-las. Porém, como nesses países a estratificação social herdada, que se formou em consequência de longos períodos de estagnação econômica, é muito desigual e desgastada, preservar-se-iam, em muitos casos, antagonismos sociais infesos ao fortalecimento dos efeitos propulsores centrífugos, necessários ao firme desenvolvimento econômico. A desigualdade que neles existe, e é preservada, não é do tipo que promove a iniciativa, a poupança e os investimentos. É falsa a analogia com o que aconteceu aos países adiantados no período da Revolução Industrial".

A segunda dificuldade de ordem política tem uma natureza simultaneamente aritmética e política, surgindo no meio tempo do subdesenvolvimento ao desenvolvimento: em resumo, consiste no pressuposto de que não se pode crescer economicamente a não ser pela retenção de certa parte da renda nacional para aplicá-la não em consumo, mas em investimento. Como afirma Myrdal, é preciso "também levar em consideração que a Revolução Industrial, que, com um século de atraso, ora se verifica na União Soviética, embora em condições institucionais e políticas muito diferentes, tem seguido bem de perto, sob o seguinte aspecto, o estilo do desenvolvimento capitalista primitivo: os níveis de renda real e de consumo das massas trabalhadoras se têm

18) Sobre o tema, ver Robert Heilbroner, *A luta pelo desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1964, pp. 14 e sgs.; Hélio Jaguaribe, *Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político*, op.cit., pp. 35-42; sobre o desenvolvimento econômico e a ruptura de estruturas inegalitárias, com suas conseqüentes tensões sociais e a luta de classes, ver Seymour Martin Lipset, *O homem Político*, op.cit.; T.H. Marshall, *Cidadania, Classe Social e Status*, op.cit.; David Apter, *Política de la Modernización*, op.cit.; Hélio Jaguaribe, *Desenvolvimento Político*, op.cit.; James Coleman e Gabriel Almond, *A política das áreas em desenvolvimento*, op.cit.; e Samuel Huntington, *A ordem nas sociedades em mudança*, Rio de Janeiro, Editora Forense U niversitária/Editora da USP, 1975.

mantido excessivamente baixos, o que assegura formação rápida e firme de capital". Evidentemente, isso "implica uma política de extrema austeridade, independentemente de saber se o acréscimo das poupanças resulta dos altos níveis de lucros, reaplicados na expansão industrial ou decorre de aumento da tributação". Atualmente, todavia, é mais difícil conseguir essa parcimônia no consumo, do que há com anos, especialmente quando o ideal de desenvolvimento é apresentado à comunidade como equivalente a um melhor padrão de vida. E aqui, igualmente, ocorre nova espécie de círculo vicioso: se a evolução democrática é necessária, muitas vezes, para eliminar as oposições ao desenvolvimento, representadas pelas classes, bem instaladas e tradicionalistas, a liberdade alcançada pode, ela mesma, ser um obstáculo à política de austeridade, que é por vezes demasiadamente pesada".

Talvez pelo próprio caráter precursor de sua produção intelectual, Myrdal, não chega propriamente a se aprofundar na análise de questões relacionadas às implicações do desenvolvimento econômico com o desenvolvimento político (19), embora tenha plena consciência de que não pode dissociar os problemas econômicos do mundo subdesenvolvido com o problema do desenvolvimento político. O tema não é por ele tratado apenas quando se refere à democracia desejada, mas, igualmente, quando afirma que a iniciativa do desenvolvimento "correto" e "justo" cabe ao Estado, ainda que seja eventualmente servido por uma administração ineficaz e corrupta. Ele reservou um nome para os países subdesenvolvidos cujos regimes não se caracterizam nem pela eficiência, nem pela corrupção: esses seriam os Estados brandos, mole ou flexíveis. "O termo Estado brando compreende todo o gênero de indisciplina social, cujas modificações são: lacunas legislativas, em particular, modos de observar e aplicar a lei; generalizada desobediência por parte de funcionários de diversos níveis dos regulamentos e instruções que recebem (...). No conceito de Estado brando entra também a venalidade".

A arbitragem e o relaxamento, nesses Estados, sempre são aproveitados pelos grupos e classes que detêm um certo sobrepoder: os grandes proprietários de terras e a burguesia mer-

19) Ver, nesse sentido, Simon Schwartzman, *Desenvolvimento e Abertura Política*, in *Dados* Rio de Janeiro, nº 6, 1966, pp.24-56. Ver, ainda, Helio Jaguaribe, *Desenvolvimento econômico e Desenvolvimento Político*, op.cit.; David Apter, *Política de la Modernización*, op.cit.; Guillermo O'Donnell, *Modernización y Autoritarismo*, op.cit.; e Fernando Henrique Cardoso, *Empresário Industrial e Desenvolvimento*, tese de livre docência em sociologia apresentada à Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras da Universidade de São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964.

cantil, nas sociedades tradicionais, pouco industrializadas; a burguesia industrial, as classes médias e as Forças Armadas, nas sociedades em desenvolvimento; e as grandes corporações, os sindicatos mais fortes e, eventualmente, as organizações radicais, nas sociedades já caracterizadas pelo capitalismo avançado. "Fundamentalmente, a maior explicação do Estado brando é que todo poder está nas mãos da classe alta, isto é, da única que pode, graças a sua indiscutida posição, dar-se ao luxo de praticar uma legislação e uma política de igualdade, sem torná-las extensivas às demais". Segundo Myrdal, nesses casos as leis servem para que as minorias privilegiadas continuem mantendo sua posição e suas prerrogativas. Ou seja: "leis e disposições justificam-se como medidas para alcançar o ideal de igualdade e, ainda mais, os ideais da modernização comumente aceitos pelas classes altas, cuja elite intelectual e política tem sido o arauto de tais ideais. No entanto, quando chega o momento de formular as leis e os regulamentos, e de ditar medidas para pô-los em vigor, a legislação, em geral, cinge-se a interesses egoístas mais limitados" (20).

Examinando assim o tema do aprofundamento das funções econômicas do Estado intervencionista contemporâneo, em virtude da dupla necessidade de, por um lado, superar a decrescente capacidade de auto-regulação do mercado e garantir as condições de perpetuação do modo capitalista de produção, e, por outro, de dar respostas satisfatórias às pressões emergentes dos movimentos operários na reivindicação de igualdade sócio-econômica e liberdade política, finalmente torna-se possível verificar o modo pelo qual o pensamento jurídico captou as implicações entre o direito e a sociedade, sob o ângulo da utilização da lei como mecanismo de transformação, modernização e desenvolvimento. Nesse sentido, bem mais do que as nostálgicas afirmações de Hayek, incapazes de explicar a crescente relativização dos direitos individuais como garantia absoluta das esferas de autonomia privada, na medida em que o Estado contemporâneo não pode mais ser apenas considerado como o mecanismo de defesa de uma ordem eco-

20) Os textos citados são de Teoria Econômica e regiões subdesenvolvidas, op. cit., extraídos dos capítulos 2-7. Ver, também, Desafio a Riqueza, op. cit., especialmente a primeira parte; Contra a corrente - ensaios críticos em economia, op. cit.; e, finalmente, a entrevista Uma aula do professor Myrdal contra a pobreza, já citada.

nômica e política cuja dinâmica é exterior a ele (21), as palavras de Myrdal entreabrem o caráter explicitamente instrumental da dogmática jurídica. E é justamente esse caráter que, suscitando diversos problemas tanto no que se refere às alterações das funções das normas jurídicas na sociedade contemporânea quanto no que se refere às transformações da própria Ciência do Direito, constituir-se-á no fio condutor dos dois capítulos que complementam a parte B deste trabalho.

21). Como afirma Gérard Lebrun, "acreditar que o Estado político só possa ser a proteção de uma sociedade civil apolítica, é confiar demais na representação lockiana do Estado (e honrá-la demais). Acreditar que o poder político seja apenas o cão de guarda de uma classe, é subestimar todos os recursos de que pode dispor este poder, não somente para garantir o seu controle sobre a sociedade civil, como ainda para modelá-la e organizá-la". Daí o Estado intervencionista contemporâneo, no qual "os direitos do homem são postos cada vez menos como esfera da autonomia privada, como limites sagrados frente à interferência do poder. Estipuladas as de terminadas, a "liberdades" são recriadas juridicamente. Assim repostas pelo Estado, a sociedade civil aparece, cada vez mais abertamente, como repolitizada". Cf. Gérard Lebrun, O que é poder, São Paulo, Brasilense, 1981, pp. 67-68.

O confronto das idéias de Hayek e Myrdal pode não esgotar os limites e a profundidade da controvérsia sobre as funções econômicas do Estado capitalista. Contudo, permite compreender que o núcleo do debate é a definição das atribuições tanto do setor público quanto do setor privado — e esta é, como vimos, uma questão de natureza eminentemente política, da qual depende, por extensão, o problema da representação jurídica das intervenções estatais regulatórias e diretivas.

Afinal, o Estado e seus comandos normativos jamais estão acima dos conflitos, das tensões e das antinomias sociais. Encontram-se, isto sim, inseridos nelas, na medida em que participam dialeticamente do processo que procuram regulamentar, controlar e dirigir. Por trás da aparente homogeneidade, coerência formal e sistematização de toda a sua legislação, assim, existe um amplo e complexo conjunto de órgãos e instituições com aspiração a monopolizar o poder social. Conseqüentemente, a eficácia e a legitimidade daqueles comandos estão associadas à maneira pela qual eles se ajustam, num momento historicamente determinado, ao processo social.

Ocorre, porém, que essa tentativa de monopolização do poder social é, invariavelmente, problemática. Pois, em função das próprias características da sociedade moderna e contemporânea, como a divisão social do trabalho, a acumulação de capital, a alienação e uma crescente estratificação, sempre há a impossibilidade de uma abstração formalmente completa, por meio das normas jurídicas, de uma realidade heterogênea. Como diz Roberto Lyra Filho, "a passagem do terreno da mole originária de normas sociais, desde os usos, costumes, folkways e mores, até a emergência das formalizações jurídicas, tal como hoje as entendemos, prende-se ao avanço e às contradições do processo de cristalização estatal do poder político".

"É claro — diz ele — que, na passagem ao estatal, subsistem ordenamentos conflitantes, modelando consciências jurídicas contraditórias na própria medida em que a sociedade dividida em classes o determina. Entretanto, não basta dizer isto, pois a admissão do Estado como pura expressão da classe dominante elimina as contradições, isto é, infradialetiza a realidade" (1).

1) Cf. Roberto Lyra Filho, Para uma visão dialética do Direito, in Sociologia e Direito, Cláudio Souto e Joaquim Falcao organizadores, op. cit., p. 76. Do autor, ver, igualmente, O Direito que se ensina errado, op. cit., e Para um Direito sem dogmas, op. cit. Ver, também, Miguel Reale, O Direito como experiência, op. cit., pp. 93-121.

Vale dizer, então, que a mencionada tentativa de monopolização do poder social traduz, na prática, uma disputa hegemônica entre uma pluralidade de proposições normativas que almejem definir o que é propriamente jurídico — o direito válido, eficaz e corretamente formulado.

Essa definição do jurídico, como vimos, expressa a positividade da norma por meio de um processo decisório que, formalmente, encontra seus limites e seus procedimentos fixados a partir de um texto constitucional. Daí, especialmente nos países em desenvolvimento, a possibilidade de diferentes graus de autoritarismo nesse processo decisório, na medida em que tais limites e procedimentos muitas vezes são suprimidos em nome de metas quantitativas de crescimento econômico a serem atingidas. Em casos como esses, a modernização costuma estar associada à utilização de técnicas capazes de provocar a ocorrência de determinados resultados mediante uma intervenção deliberada nas estruturas sócio-econômicas — intervenção essa fundada no conhecimento racional das elites modernizantes e orientada segundo um plano.

O que se sugere, portanto, tomando-se como exemplo histórico a experiência soviética dos primeiros planos quinquenais de desenvolvimento (2), é que a dependência da legitimidade dos governos modernizadores à consecução de resultados materiais concretos acaba conduzindo, quase sempre, em maior ou menor proporção, a uma ampla ofensiva estatal contra os ordenamentos paralegais que, como os costumes ou as tradições, vigoram no mesmo espaço geopolítico de uma ordem jurídica. Todavia, saber se o autoritarismo é ou não inevitável à transformação dos países em desenvolvimento — essa é uma discussão a ser travada no próximo capítulo. Por ora, interessa-nos verificar o caráter "raciona-

2) Nesse sentido, veja-se, de um lado, a Nova Política Econômica de Lênin, de 1921, restabelecendo temporariamente — após a crise de 1918 a 1920 — os mecanismos de mercado e os incentivos de lucro para reativar o sistema produtivo e permitir que as indústrias ajustassem, entre si o intercâmbio de seus produtos e insumos; e, de outro, a planificação estalinista que projetou o 1º Plano Quinquenal como um acelerador da formação da base industrial, mediante a substituição do mercado por vias administrativas, e como um instrumento de coletivização compulsória da agricultura, por meio de um processo de conversão das formas tradicionais de cultivo em formas cooperativas. A partir do exame dessa experiência de planejamento é possível compreender-se, com clareza, o caráter instrumental das funções básicas do direito soviético: a função política, no sentido de fortalecer e aumentar o poder estatal para enfrentar os inimigos do socialismo; a função econômica, no sentido de desenvolver a produção socialista; e a função educativa, no sentido de destruir no homem, as tendências egoístas e anti-sociais. Um exame crítico tanto dessas funções quanto da queles planos pode ser encontrado em Renê David, Les grands systèmes de Droit contemporains, op. cit., e Hélio Jaguaribe, Introdução ao desenvolvimento social, op. cit. Isto será visto mais detalhadamente no próximo capítulo.

lizador" dessa modernização na representação jurídica das intervenções econômicas estatais.

A menção a esse caráter, neste momento, deve ser entendida numa perspectiva weberiana. Pois, como mostrou Weber nos seus trabalhos sobre o impacto da ciência, tecnologia, industrialização, burocratização e centralização política sobre a sociedade moderna, a racionalização é um processo por meio do qual regras e procedimentos explícitos, abstratos e calculáveis vão instrumentalizando a vida social e criando uma ordem institucional crescentemente utilitária (3). Em outras palavras, consistindo na organização da vida por uma divisão e coordenação das diferentes atividades mediante a maximização dos instrumentos empregados, a racionalização prova o predomínio dos meios socialmente organizados sobre os fins particulares, ao nível dos indivíduos e dos grupos, resultando daí uma estrutura de dominação que regulamenta e ordena o caleidoscópio dos fins sem que os interesses e os desejos pessoais comprometam suas diretrizes básicas.

Por isso mesmo, tal processo não representa uma evolução unilinear de uma ordem social eticamente e intelectualmente superior. Ou seja: não traduz a manifestação de um crescente progresso da humanidade, mas um destino ditado pelos que manipulam o poder e o conhecimento técnico. Assim, a racionalização é resultante da obra contingente de certo tipo de homens, motivo pelo qual, embora tenha por fundamento a técnica científica, não constitui necessariamente um progresso do saber no sentido de um melhor conhecimento das condições da vida social. Em suma, implicando a inexistência de forças misteriosas ou inelutáveis, na medida em que os homens tudo podem dominar pela razão e pelo cálculo, a racionalização é um processo que tem a ver com a organização social exterior e não com a vida íntima do homem.

Como a racionalização implica a burocratização, e como

3) Ver Karl Loewith, Weber's Interpretation of the Bourgeois-Capitalistic World in terms of the guiding principle of Rationalization, e Peter Blau, Weber's Theory of Bureaucracy, in Max Weber, Dennis Wrong organizador, op.cit. Ver, também, Reinhard Bendix, Max Weber (an intellectual portrait), op. cit., pp. 363-390.

a burocratização implica o formalismo (4), sob a forma da sistematização de procedimentos e regulamentos, o que agora nos interessa mais de perto é a implicação entre esses processos e as diferentes representações do pensamento jurídico quanto à intervenção econômica estatal.

a) "Causalidade" x "racionalidade": o direito emanado da sociedade

Desde o início da controvérsia em torno do planejamento e da liberdade aos dias de hoje, a regulamentação, a direção e o controle das atividades econômicas vem sendo consubstanciado por mecanismos jurídicos específicos. A dogmática jurídica, assim, torna-se um instrumento indispensável ao Estado intervencionista para a consecução de seus objetivos tanto de modernização das relações de produção quanto de controle e mudança sócio econômica. O caráter altamente racionalizador das modernas representações jurídicas das funções econômicas desse Estado, contudo, suscita uma discussão paralela àquela registrada com o confronto das teses de Hayek e Myrdal.

De um lado, porque os regimes modernizadores, ao enfrentarem o desafio do rompimento das antigas estruturas de poder e riquezas, passaram a aproveitar cada vez mais o espaço inerente às regulamentações da legislação ordinária para ampliar o grau de discricionariedade dos órgãos públicos executivos, com

4) Para Weber, a burocratização se manifesta pela formação de corpos permanentes de profissionais e de especialistas, remunerados em função de sua qualificação e encarregados de garantir a regularidade e a duração do funcionamento dos órgãos de ação e de execução das diferentes formas associativas. "A razão decisiva para o progresso da organização burocrática foi sempre a superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma de organização", disse ele. Toda burocracia, por isso mesmo, é organizada de acordo com regras estipuladas por agências administrativas, caracterizando-se por três atributos correlatos: 1) o dever de cada funcionário prestar seu serviço de modo impessoal; 2) a concessão de autoridade necessária para que cada funcionário desempenhe a função que lhe foi designada; 3) a obrigação de que se limite estritamente aos meios de coação de que dispõe, especificados em estatutos que fixem claramente as ocasiões de seu emprego. É essa formalização que, graças à intervenção de uma burocracia patrimonial anti-feudal e à intervenção de juristas constituídos num corpo social especializado, conduzirá ao aparecimento do direito moderno, na visão weberiana. Por isso mesmo, considerada por ele como condição da vida econômica moderna, a racionalização jurídica implica complexos processos de natureza política (a burocratização do Estado, por exemplo), de natureza econômica (o funcionamento do mercado) e de natureza social (a modificação dos comportamentos sociais). Cf. Max Weber, *Economia y Sociedad*, op.cit., parte III, capítulo 6º. Ver, também, Jean-Marie Vicent, *Fetichismo y Sociedad*, op.cit., pp. 127-148; Reinhard Bendix, *Max Weber (an intellectual portrait)* op.cit., pp. 396 segs.; e Wolfgang Mommsen, *The age of bureaucracy*, op.cit., capítulo 3. Ver, ainda, o capítulo 6º deste trabalho.

a finalidade de vencer as resistências, atender às exigências mínimas de eficiência de gestão e de acelerar o processo de adaptação das relações de produção às novas circunstâncias. De outro, porque a crescente intervenção estatal, consolidando o Direito Econômico, foi abandonando os padrões e as categorias tradicionais da dogmática jurídica, incorporando à legislação ordinária mecanismos que ultrapassavam os paradigmas das funções meramente regulatórias - um processo cujo dinamismo, graças ao estratégico papel desempenhado pelas tecnoburocracias no encaminhamento da complexidade social, levou o Executivo a sobrepor-se quer ao Legislativo quer ao Judiciário.

Numa avaliação histórica das origens dessas transformações da dogmática jurídica podemos identificar, no mínimo, duas idéias conflitantes a respeito da natureza do próprio direito moderno. Uma delas é aquela que o considera como uma variável dependente, determinada causalmente pela estrutura social. Outra, é aquela que o considera a partir de uma abordagem de natureza mais instrumental.

Num certo sentido, a primeira dessas idéias é fundada num modelo de equilíbrio das relações sociais. De acordo com ela, as estruturas sócio-econômicas e políticas estão harmonizadas entre si, de modo que a ordem é resultante de um consenso sobre um conjunto de valores fundamentais, enquanto os conflitos são entendidos como simples manifestações marginais de desafio. Segundo essa idéia, o direito basicamente não impõe comportamentos que alterem as estruturas e os processos do sistema social, mas, simplesmente, corresponde aos sentimentos sociais claramente formulados. Como afirmou um dos mais conhecidos adversários das tendências racionalizadoras a-históricas e dos movimentos codificadores estimulados pela Revolução Francesa, Savigny, responsável por uma concepção do direito como produto do caráter nacional e do espírito peculiar de um determinado povo, o direito não é feito, porém encontrado (5).

Ao contrapor-se às abordagens jurídicas de natureza essencialmente racional, como, por exemplo, aquela que foi expressa pela Escola da Exegese, Savigny defendeu um enfoque mais concreto e mais sociológico do direito, enfatizando-o como o resul

5) Ver, nesse sentido, Wolfgang Friedmann, El derecho en una sociedad en transformación, op. cit., pp. 21 e sgs.; Vehezkel Dror, El derecho y cambio social, in Sociologia del Derecho, Vilhelm Aubert organizador, op. cit., pp. 93-102; Edgar Bodenheimer, Teoria del Derecho, op. cit.; pp. 270 e sgs.; Guido Fassò, Histoire de la Philosophie du Droit, op. cit., pp. 28-42; e Miguel Reale, Filosofia do Direito, op. cit., pp. 361 e sgs.

tado do "forças internas que operam silenciosamente". Portanto, a seu ver, o direito não poderia ser criado arbitrariamente pelo legislador, o que explica, de um lado, sua oposição aos esforços de um amplo processo codificador como aquele verificado com o Código Civil napoleônico, no início do século XIX; e, de outro, sua crença no direito consuetudinário, pois acreditava nas normas costumeiras das sociedades antigas — fonte do que chamou de consciência jurídica popular.

Nesse mesmo sentido, de acordo com sua concepção, o direito consuetudinário surgiria das disposições sociais de uma determinada população como tal e não, ao contrário das correntes racionalizadoras, em virtude dos decretos de autoridades superiores. O processo de codificação, conseqüentemente, deveria ser acionado somente quando houvesse uma experiência mais profunda do direito como trama de relações sociais, momento em que a complexidade social provocaria a transferência da atividade popular de criação das estruturas jurídicas a um grupo de especialistas. Assim, ao invocar a força dos costumes — o espírito do povo — contra a lei abstrata e racional proposta pelos normativistas, Savigny temia que os esforços de codificação produzissem uma legislação dotada exclusivamente de validade técnico formal, destituída de qualquer conteúdo social.

b) "Causalidade" x "racionalidade": o direito criado pelo Estado

A segunda concepção a respeito da natureza do direito é, justamente, aquela que o considera como o mais eficaz instrumento destinado a dar forma aos comportamentos sociais, seja com a finalidade de modificar as estruturas e os processos sócio-econômicos e políticos, seja para mantê-los e adequá-los às necessidades conjunturais. Assim, como afirma Mannheim, a legislação não é o único mecanismo de controle social. Contudo, comparada com os costumes, a tradição, a liderança e a influência religiosa, converte-se num importante fator de estabilidade social e de coesão no mundo moderno (6).

Esta visão racional do direito, imaginando-o basicamente como um sistema de regras e comandos, geralmente é fundada em modelos de estrutura social cujo ponto de partida é a idéia de

6) Cf. Karl Mannheim, Liberdade, poder e planificação democrática, op. cit., pp. 278-281, e Sociologia Sistemática, São Paulo, Pioneira, 1962, pp. 189-196. Ver, também, Thurman Arnold, El derecho como simbolismo, in Sociologia del Derecho, Vilhelm Aubert organizador, op. cit.

conflito. Tais modelos costumam considerar a ordem como consequência de um coerção bem sucedida, do mesmo modo como entendem o conflito como expressão constante e como realidade final da vida social. Abordagens como essas, em outras palavras, concebem as estruturas sociais determinadas não pela harmonização consensual dos valores dos diferentes grupos, porém pela situação específica de cada um deles na sociedade. Por extensão, as estruturas sociais consistiriam em regularidades de interesses relevantes que agregaria as pessoas e induziriam os comportamentos de acordo com sua situação social.

Esse tipo de análise, passando a ocupar o centro das atenções no âmbito do pensamento social após a Revolução Francesa, pode ser classificada sob a forma de modelos do conflito "stricto sensu" ou, então, sob a forma de modelos do conflito em equilíbrio. Vejamos, resumidamente, as principais características dessas abordagens.

A primeira delas pode ser exemplificada pelo marxismo (7). Nesse sentido, as estruturas sociais expressariam o resultado histórico de uma divisão do trabalho, coercitivamente imposta à sociedade. Pois, uma vez ocorrida a divisão do trabalho, como se pode ler no Manifesto, as diversas formas de sociedade fundamentam-se no antagonismo entre as classes opressoras e as classes oprimidas. Afinal, como explica Marx no prefácio da Contribuição à Crítica da Economia Política, dessa divisão do trabalho decorreria a apropriação particular, pela minoria de proprietários, dos meios sociais de produção, impondo à maioria a contingência de vender seu trabalho em troca de salários. Enquan

7) O principal ponto de referência deste parágrafo, no sentido de que "as relações jurídicas -assim como as formas de Estado- não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela dita evolução geral do espírito humano, inserindo-se pelo contrário nas condições materiais de existência", é o prefácio de Marx à Contribuição à Crítica da Economia Política. Nele, lê-se: "...O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral ... Em certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham movido até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se no seu entrave. Surge então uma época de revolução social ... Uma organização social nunca desaparece antes que se desenvolvam todas as forças produtivas que ela é capaz de conter ... As relações de produção burguesas são a última forma contraditória não no sentido de uma contradição individual, mas de uma de uma contradição que nasce das condições de existência social dos indivíduos ... As forças produtivas que se desenvolvem no seio da sociedade burguesa criam, ao mesmo tempo, as condições materiais para resolver esta contradição". Cf. Karl, Contribuição à Crítica da Economia Política, op.cit., pp. 25-25

to para esta maioria os salários corresponderiam ao custo de suas subsistências, os primeiros reteriam, como lucro, a mais-valia do trabalho produzido. Deste modo, como as relações jurídicas e políticas segundo Marx não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela evolução geral do espírito humano, na medida em que o modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral, o sistema político se converteria num aparato de coerção destinado a garantir determinadas relações materiais de produção, mediante a imposição de uma ordem social baseada na exploração do proletariado pelos detentores do capital. E o sistema jurídico, por sua vez, não passaria de um instrumental simultaneamente ideológico e repressivo voltado à regulamentação das relações burguesas de poder e ao encobrimento das lutas de interesse entre as diversas facções dominantes — enfim, a garantia de um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais cujo conjunto constituir-se-ia na estrutura econômica da sociedade (8).

Já o segundo caso pode ser representado, por exemplo, pelas análises da democracia americana e da queda do "ancien régime" francês por Tocqueville — certamente um dos clássicos mais importantes na compreensão da democracia como um sistema de equilíbrio entre forças conflitantes. Na lógica desse modelo, as cliques constituem-se em fatores de vitalização dos sistemas sociais, desde que canalizadas por instituições representativas. De fato, ao realçar a solidariedade das unidades sociais e a necessidade de conflitos entre elas, Tocqueville percebeu a possibilidade simultânea das divergências e do consenso político em torno de valores fundamentais, o que o levou a se concentrar nas soluções pluralistas capazes de canalizar as lutas de interesse e de intermediar as reivindicações.

Toda sociedade democrática — disse ele — tem um caráter individualista, na medida em que cada homem tende a isolar-se dos demais. Por isso mesmo, este tipo de sociedade apresenta traços comuns com o isolamento individual característico das sociedades despóticas. A diferença entre a democracia e o despotismo está, justamente, nas instituições e nas associações livremente

8) A literatura marxista, quanto aos aspectos que nos interessam mais de perto, é ampla. Ver, nesse sentido, E. Pasukanis, Teoria Geral do Direito e Marxismo, Coimbra, Centelha, 1972; P. Stucka, Direito e Luta de Classes, Coimbra, Centelha, 1973; ver, também, Nicos Poulantzas, Nature des Choses et Droit, Paris, LGDJ, 1965, e El examen marxista del Estado y del derecho actuales y la cuestión de la "alternativa", in Marx, el Derecho y el Estado, Juan Ramon Capella organizador, Barcelona, Oikos-tau Ediciones, 1969, pp. 77-107; e Ralfe Miliband, O Estado na sociedade capitalista, op. cit., e Marxism and Politics, London, Oxford University Press, 1977.

criadas pela iniciativa dos indivíduos, interpondo-as entre o cidadão solitário e o Estado todo poderoso. Daí o temor de Tocqueville ao fato de que a industrialização e, por extensão, a burocratização, pudessem minar os alicerces dos centros menores de representação e de autoridade. Mesmo porque uma sociedade industrial tende à centralização e comporta, segundo ele, o risco de uma gestão pela administração pública do conjunto de atividades sociais.

Embora concebesse a sociedade planejada pelo Estado, Tocqueville afirmava que a administração centralizadora, longe de criar o ideal de um sistema social desalienado, representaria, na sua esquematização, o tipo de uma sociedade despótica (9). Afinal, a concentração de poder no Estado, mediante o esvaziamento dos governos locais, poderia conduzir a uma gestão arbitrária e despótica dos conflitos, dada a existência de um único centro formal de poder, a que nenhum outro grupo, que não os dominantes, teria força suficiente para conseguir se opor. Em suma, a conclusão desse tipo de análise é a de que as sociedades modernas estariam profundamente marcadas por dois movimentos antagônicos: um, no sentido da realização da crescente igualdade de condições e da uniformização dos modos de vida, mediante a centralização dos poderes de gestão administrativa do Estado; outro, no sentido do enfraquecimento dos poderes tradicionais. Vale dizer: quanto maior o alargamento das funções administrativas, em função da crescente complexidade social enfrentada pelos órgãos públicos, menor o grau de democratização dos poderes de decisão.

Nos limites deste trabalho, menos com uma preocupação classificatória e mais com o objetivo de traçar um roteiro para a discussão ora proposta, também é possível identificar-se outro autor clássico responsável por uma concepção do conflito em equilíbrio: Bentham. Baseado numa visão de mundo individualista e utilitária, seu ponto de partida é o princípio da utilidade, o qual "aprova ou desaprova qualquer ação segundo a tendência que pareça tender a aumentar ou a diminuir a felicidade da parte cujo interesse está envolto naquela ação". Bentham não afirmava, apenas, que a felicidade do povo deveria ser a aspiração suprema do legislador — felicidade, aqui, entendida como a quantidade de prazer individual menos sofrimento. Dizia, igualmente, que esse mesmo

9) Ver Alexis de Tocqueville, *Democracia na América*, São Paulo, Editora Nacional/USP, 1969, e *O regime antigo e a Revolução*, Brasília, UnB, 1979. Ver, também, Raymond Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, op.cit., pp. 223-272; e Claude Lefort, *Da igualdade a liberdade*, in *Libre*, Paris, Payot, nº 3.

princípio deveria orientar o processo legislativo, na medida em que "a medida do justo e do injusto é a maior felicidade do maior número".

Ocorre, no entanto, que se a sociedade é formada por indivíduos permanentemente dispostos a realizar sua felicidade em detrimento dos demais, há necessidade de uma estrutura legal civil e criminal destinada a evitar o inevitável processo de desagregação. Qual será, porém, a melhor distribuição dos direitos e dos deveres? Responde Bentham: a distribuição que melhor produza maior felicidade do maior número de indivíduos. Por isso mesmo, o legislador que desejasse assegurar a felicidade da comunidade deveria lutar para conseguir "prover a subsistência, ensejar a abundância, favorecer a igualdade e manter a segurança".

Destes quatro objetivos mais gerais, a análise de Bentham destaca o da segurança, o qual parte do pressuposto de que a pessoa, a honra, a propriedade e o "status" de um homem devem ser protegidos pelo direito. A seu ver, a civilização seria impossível sem a segurança da propriedade, por exemplo, uma vez que ninguém faria um plano de vida ou, então, empreenderia qualquer tarefa cujo produto não pudesse imediatamente tomar ou utilizar. Conseqüentemente, todos os atos lesivos que comprometessem tanto a segurança do trabalhador quanto a segurança para os frutos do trabalho poderiam ser enquadrados como delitos. Após a segurança, o legislador deveria preocupar-se com a conquista da igualdade - não a igualdade de situação, mas a igualdade de oportunidade, ou seja, a igualdade do *laissez faire*, que permite a cada homem buscar os seus próprios prazeres e viver a sua própria vida.

Por outro lado, ao rejeitar os direitos naturais e não reconhecer limitação alguma à soberania parlamentar, a teoria da legislação de Bentham reconhecia a importância da intervenção estatal como instrumento de modificação de comportamentos e de reformas sociais. Nesse sentido, as instituições governamentais são por ele concebidas como aquelas responsáveis pela direção de todos os membros da comunidade política. Seu instrumento básico é o sistema legal, do qual Bentham não destaca apenas o tradicional papel punitivo da lei, mas, também, suas funções permissivas. Diz ele: qualquer lei, presumivelmente, deve expressar certas atitudes do legislador quanto à consecução de determinados objetivos. Assim, um comando ou um estímulo legal pode manifestar o desejo desse legislador de ver realizado um certo ato, enquanto uma proibição pode traduzir seu desejo de ver esse mesmo ato não realizado (10).

10) Ver, nesse sentido, J. Bentham, Fragmento sobre el Gobierno, Madrid, Agui

конец об. ссс. bb. 112-114.
bb. 492 с 980. 493 с 980. с Благовещенск Муромск да Евдокимск да Дс-
201-210: с Савл Евдокимск. Ев Муромск и св Доргомино. Муромск. 16 числа. 1888
об. ссс. bb. 22-23: Евдоким Благовещенск. 16 числа вс Доргомино. об. ссс. bb.
bb. 42-45 с 101-134: Евдоким Муромск. 16 числа вс Благовещенск Муромск.
Муромск - а 21 числа вс Муромск, с Благовещенск и св Доргомино и св Доргомино и св Доргомино. об. ссс.
Евдокимск. об. ссс. bb. 22-23: Дорго Муромск. 16 числа вс Дорго и св Дорго
Муромск и св Дорго. 1888. 20 числа вс Муромск. 16 числа вс Муромск. и св Дорго
Муромск. с 16 числа вс Муромск и св Дорго и св Дорго. 20
числа. 1888. с 16 числа вс Муромск и св Дорго и св Дорго и св Дорго - 25

Politicamente, há dois problemas básicos no que se refere aos legisladores e executivos capazes de fazer e de impor o tipo de lei necessitada pela sociedade regida pelo princípio da utilidade: de um lado, o sistema político deveria produzir governos que estabelecessem e fomentassem uma sociedade de mercado livre, e, de outro, deveria garantir e proteger os cidadãos contra os governos vorazes. O estabelecimento desses governos e a proteção dos cidadãos, por sua vez, entreabre a concepção que Bentham faz do direito, definindo-o como uma reunião de sinais declarativos de uma volição adotada pelo soberano no âmbito de um Estado. Tais sinais indicariam, às pessoas submetidas ao poder estatal, a conduta a ser observada num determinado caso.

O que importa reter do raciocínio de Bentham é sua crença na eficácia de leis reformadoras racionalmente estruturadas não apenas em termos repressivos, mas, igualmente, em termos indutivos de estímulo e de motivação. Suas idéias chegaram a auxiliar a transformação do parlamento britânico num órgão legislativo mais ativo, do mesmo modo como também foram utilizadas para a justificação de reformas de caráter nitidamente burguês pelo governo inglês, seja como resposta às demandas das classes sociais emergentes, como o proletariado, seja como argumento para a incorporação de mudanças estruturais básicas pelas instituições políticas tradicionais, especialmente aquelas manipuladas pelos setores aristocráticos (11). Assim, o direito tributário, as leis eleitorais, a legislação sobre o bem-estar e mesmo a reestruturação dos sistemas judiciários, elementos característicos de alguns países europeus desenvolvidos do século XIX, estão, direta ou indiretamente, associados às idéias de Bentham, cuja aceitação em grande parte decorreu de sua percepção dos tipos de conflito sócio-econômico inerente aos processos de industrialização e de urbanização detoados pela Revolução Industrial.

c) De Savigny a Ehrlich, de Bentham a Ihering: o pluralismo jurídico e o avanço da racionalidade

Essas concepções jurídicas de Savigny e de Bentham, a primeira concentrando-se sobre o direito tal como ele surgiria na

11) Sobre a manutenção da monarquia inglesa durante a fase de transição para uma sociedade industrial moderna, que aparentemente preservou na organização política tradicional e lealdade dos setores aristocráticos, tradicionalistas e clericais, ver Seymour Martin Lipset, O homem político, op. cit., pp. 78-98, e Sociologia Política, in A Sociologia Americana - perspectivas/problemas/metodos, Talcott Parsons organizador, São Paulo, Cultrix, 1970, pp. 191-207.

espontaneidade do viver social e a segunda enfatizando a natureza racional e abstrata das leis, intermediadas pela visão política do conflito em equilíbrio de Tocqueville, marcaram os polos do debate jurídico no século XIX e entreabriram algumas das principais preocupações do pensamento jurídico do século XX.

Facé ao desenvolvimento da complexidade social, na passagem de um século para outro, tais posições doutrinárias têm uma significativa dimensão histórica. Mesmo porque seu desdobramento, ao nível das idéias, irá refletir, ao nível dos fatos, dois importantes momentos da transição do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial (12). De um lado, a Inglaterra de Bentham, que alcançara uma estabilidade política interna em cujo âmbito a burguesia liberal conquistara uma relativa liderança sobre os setores aristocráticos e os movimentos trabalhistas. De outro, a Alemanha de Savigny, a qual participara das restauração das nações modernas (mas não necessariamente de suas revoluções, como disse Marx), em cujo âmbito a influência dos movimentos proletários revolucionários era contrabalançada pela ação conservadora de grupos nacionalistas, culminando numa ordem autocrática que submetia própria burguesia aos controles impostos pela burocracia e pelo exército.

É diante desse contexto que se pode perceber, por exemplo, como as concepções de Savigny encontram seu desdobramento nas posições doutrinárias de caráter abertamente sociológico de Ehrlich, no sentido do reconhecimento do "direito vivo do povo". Um reconhecimento baseado não no sistema normativo positivado pelo Estado, altamente codificado e hierarquizado, porém na própria conduta social. Nesse sentido, as normas observadas pela comunidade, sejam elas decorrentes de hábitos religiosos ou de costumes mercantins, são leis, mesmo que não reconhecidas oficialmente e regulamentadas pelas regras jurídicas estatais. A principal esfera destas regras, a seu ver, está nos campos especificamente relacionados com os fins do Estado, como a organização militar, a tributação e a administração policial. E embora admita que a esfera dessas atividades estatais essenciais — consequentemente, das normas criadas para a proteção do Estado — possa provocar a publicização do direito, Ehrlich insiste em considerar como direito verdadeiro apenas a legislação formulada em conformidade com o que chamou de "direito vivo" da comunidade.

12) Cf. Anthony Giddens, *Capitalismo e Moderna Teoria Social*, op.cit., pp. 15-22, e Franz Neumann, *Mudança do direito na sociedade moderna*, in *Estado Democrático e Estado Autoritário*, op.cit.

Portanto, a tarefa a que se propôs, a partir da descrição "metódica" e "desinteressada" da experiência jurídica "integral e espontânea", foi a de demonstrar que a pretensa ciência do direito do pensamento jurídico de sua época nada mais seria do que uma técnica relativa destinada a perseguir fins práticos variáveis em função dos contextos sociais. Os juristas, assim, seriam incapazes de apreender, nas suas sistematizações unificadoras, o que estaria por trás dos aspectos mais superficiais da realidade jurídica. Deste modo, Ehrlich investe contra os postulados da lógica jurídica tradicional, como a dependência do direito às suas fontes formais de natureza estatal ou a identificação da unidade do direito com a coerência sistemática das proposições jurídicas, sob o argumento de que as técnicas codificadoras somente teriam sentido no âmbito das sociedades regidas por governos centralizados.

De acordo com Ehrlich, face à complexidade social moderna, os juristas deveriam renunciar àqueles postulados "fictícios" sob a influência conjugada da autonomia jurídica dos múltiplos agrupamentos sociais e da pluralidade dos usos jurídicos particulares (13). Mesmo porque a ordem jurídica direta da sociedade se manifestaria, entre outras formas, no inter cruzamento de uma pluralidade de ordenamentos autônomos de agrupamentos particulares, excluído o Estado. Diz ele: "... a eficácia do direito apoia-se principalmente na ação silenciosa dos agrupamentos que integram os indivíduos. A exclusão de um círculo autônomo, seja a Igreja, o sindicato, o partido, a família, o truste ou outro grupo, a perda de uma situação, de um crédito, de uma clientela são os meios mais reais para lutar contra uma infração ao direito". "O que empreende, demais, o Estado para sancionar, por sua vez, o direito, tem uma importância infinitamente menor". Para Ehrlich, então, os indivíduos e os grupos viveriam sua vida jurídica na ignorância do conteúdo das proposições abstratas do direito, que são aquelas elaboradas pelo Estado, bem como das regras concretas de decisão formuladas pelos tribunais para a resolução de conflitos específicos. De forma que somente "uma ínfima parte da ordem jurídica da sociedade pode ser alcançada pela legislação do Estado", enquanto "a maior parte do direito se desenvolve independentemente das proposições jurídicas abstratas". Sua conclusão, pois, é

13) Ver Eugen Ehrlich, *O estudo do Direito vivo*, in *Sociologia e Direito*, - Cláudio Souto e Joaquim Falcao organizadores, op.cit. Ver, também, Wolfgang Friedman, *El derecho en una sociedad en transformación*, op. cit., pp. 22 e seguintes; e Yehzekel Dror, *El derecho y cambio social*, in *Sociologia del Derecho*, Vilhelm Aubert organizador, op. cit.

e de que o direito estatal não apenas se revela impotente com relação ao direito emanado espontaneamente da sociedade, como, ainda, em caso de conflito, sempre termina por se inclinar a ele.

Um dos problemas de Ehrlich, contudo, será a identificação sob a forma de direito espontâneo, do direito extra-estatal da sociedade global e o direito autônomo dos agrupamentos particulares. No desenvolvimento de seu relativismo sociológico, com a preocupação de enfatizar a variedade e a pluralidade da vida do direito, ele também irá superestimar a importância do direito extra-estatal e subestimar o papel do direito estatal, o que dificulta a utilização de seu modelo analítico na avaliação das possibilidades de eficácia de ambos os direitos na sociedade capitalista (14). Não é este, porém, o momento apropriado para um exame crítico desta concepção. Importa reter, isto sim, que posições como a de Savigny e de Ehrlich não resistiram às exigências históricas de codificação total ou de sistematizações particulares, o que levou seus seguidores a formalizar o historicismo inerente ao estágio inicial deste tipo de pensamento, mediante a gradativa substituição da apreciação direta da vida social, como conteúdo e elemento condicionante das normas jurídicas, pela preocupação de melhor conhecer seus antecedentes dogmáticos. O historicismo de conteúdo social presente em Savigny, em outras palavras, acabou cedendo terreno a um historicismo meramente lógico-dogmático.

Estabelecida a analogia entre Ehrlich e Savigny, numa perspectiva de natureza sociológica, agora torna-se necessário fazer um paralelo entre a posição de Bentham e outras abordagens de caráter racionalista, como, por exemplo, a visão imperativista da norma desenvolvida por Ihering. Em seu pensamento, onde o direito é concebido como "a política da força", o fio condutor é a idéia de vontade. Ao identificar a norma jurídica como uma regra coativa, Ihering vale-se dessa idéia para afirmar que a lei nor-

14) Os pontos críticos da sociologia jurídica de Ehrlich poderiam ser assim ressumidos: 1) ele tende a confundir o direito espontâneo com o direito extra-estatal da sociedade e com o direito autônomo dos agrupamentos particulares, como se ambos não pudessem ser formulados de antemão pelo costume, pelos precedentes, pelas práticas, pelas convenções, etc, e como se ambos também não dispusessem, em certos casos, de tribunais arbitrais; 2) ele inclui no direito da sociedade gêneros diferentes de direitos, como o contratual, o de propriedade, o que estabelece relações hierárquicas variáveis entre os grupos e o que é próprio dos grupos particulares; 3) ele não distingue entre gêneros do direito, ordens jurídicas e sistemas de direito, deixando de lado o conflito direto das classes entre si e com o sistema de direito da sociedade global; 4) ele não delimita claramente o campo do direito, confundindo-o às vezes com regulamentações sociais (como a moralidade) e, outras, com os costumes. Cf. Georges Gurvitch, Sociologia do Direito: resumo histórico-crítico, in Sociologia e Direito, Claudio Souto e Joaquim Falcao organizadores, op.cit. Ver, também, Boaventura dos Santos, O discurso e o poder, op.cit., pp. 73 e sgs.

malmente expressa uma relação de superioridade entre o ordenante e os ordenados, justificando a imposição do direito como o caso de "um querer dotado de poder". Estado e direito, nesse sentido, estão interligados, na medida em que o primeiro é visto como o portador da força coativa organizada e como a instituição que detém o monopólio da imposição dos comportamentos obrigatórios. Os órgãos estatais são a única fonte das normas jurídicas e, por extensão, a legislação nada mais é do que a soma dos princípios de acordo com os quais o Estado funciona como disciplina da coação.

No entanto, a coação caracteriza apenas a forma do direito. Afinal, o conteúdo das normas é determinada por uma finalidade expressa pela vontade do legislador. Em outras palavras, essa finalidade, que está na essência do direito, é estabelecida conscientemente pelo legislador, com o objetivo de atingir certos resultados. Tal finalidade tem suas raízes no processo histórico, reconhece Ihering, embora não chegue a se aproximar da posição da Escola Histórica, de acordo com a qual o direito seria o produto de forças involuntárias inconscientes e puramente históricas (15). Pelo contrário, a seu ver, o direito é resultante da ação estatal dirigida a um certo fim, o qual expressa a segurança das condições da vida social: trata-se, pois, de um reajuste dos interesses individuais aos propósitos sociais do Estado, segundo o princípio da utilidade social.

Um dos pontos de identidade entre Bentham e Ihering, portanto, é a visão comum do valor de um direito técnico e positivo. Numa posição contrária às concepções jurídicas como mera realidade empírica, acreditaram no papel da norma como um mandato do Estado, considerando a segurança das condições de vida social como uma aspiração fundamental do direito. E, com alguma diferença de intensidade, igualmente acreditaram na eficácia da legislação: enquanto Ihering entendia que a melhor maneira de assegurar um sistema jurídico que atendesse às exigências de sua época seria uma formulação finalística de normas, em forma de lei, Bentham defendia uma codificação que, a seu ver, possibilitaria uma formulação completa e lógica de todo o corpo do Direito. Ambas as concepções, independentemente de seus aspectos mais críticos (16), pro-

15) Ver Rudolf von Ihering, *A evolução do Direito*, op.cit.; *A luta pelo Direito*, Lisboa, Aillaud, 1909; e *El espíritu del Derecho Romano*, Buenos Aires, edição abreviada da Revista ocidente, 1947. Sobre Ihering, ver Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do Direito*, op.cit., p. 51; Edgar Bodenheimer, *Teoria del Derecho*, op.cit., pp. 307-314; e Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, op.cit., pp. 377 e sgs.

16) Tais aspectos podem ser encontrados, por exemplo, em Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, op. cit., p. 52.

vocaram discussões que marcaram decisivamente o pensamento jurídico a partir do século XX, ligadas à determinação da vontade normativa, do endereço da norma, das diferentes situações em que o sujeito de direito se encontra e das relações que se estabelecem entre as vontades. Discussões, enfim, ligadas a toda problemática das fontes do direito, do sujeito de direito, do direito subjetivo e das relações jurídicas.

d) Operação entre norma jurídica e realidade social: o reducionismo positivista

Estas questões, na verdade, nada mais foram do que o resultado de uma atitude científica contras as especulações apriorísticas e metafísicas que imperou no âmbito do pensamento jurídico entre o renascimento e a passagem do século XVIII para o século XIX, como foi o caso do espírito do povo e das forças que operam silenciosamente de Savigny. A essa atitude se deu o nome vago e equívoco de positivismo, de um lado negando a metafísica e, de outro, optando pela preferência às ciências experimentais e pela confiança quase exclusiva no conhecimento dos fatos. O grande êxito das ciências naturais, no início do século XIX, derivou para a utilização de seus métodos de observação dos dados empíricos e dos dados perceptíveis pelos sentidos, por parte das ciências sociais. Como a ciência natural também se ocupou da conexão e interrelação dos fatos, inferindo dos fenômenos certas leis causais que ligam a um grupo de fatos com outro grupo de fatos, o positivismo igualmente acabou assimilando preocupações metodológicas semelhantes no âmbito das ciências sociais, acreditando na absoluta supremacia da lei da causalidade no domínio da conduta social.

No âmbito do Direito, o positivismo não foi apenas uma tendência científica, uma vez que também esteve ligado à necessidade de certeza na expectativa de determinadas ações e de segurança para a reprodução das condições de produção, por parte da burguesia. Nesse sentido, a exigência de uma sistematização do direito acabou conduzindo à sua formalização em códigos e estatutos formados por normas gerais e específicas, lógicas e coerentes entre si, livres de qualquer contradição. A partir daí, a tarefa dos juristas irá concentrar-se sobre a teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, derivando, por fim, para o chamado positivismo legal, com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabe-

lecimento da tese da estatalidade do direito (17).

Esse desenvolvimento, por sua vez, irá conduzir às diversas tendências que caracterizam o pensamento jurídico do século XX, transformando as concepções do direito numa ciência normativa, como no desdobramento das posições de Bentham e Ihering, ou, então, numa realidade empírica, no sentido de uma jurisprudência sociológica, como no desdobramento dos conceitos de Savigny e Ehrlich. Mas, dada a ambiguidade do termo positivismo, ele acaba assumindo diversos significados no pensamento jurídico, dos quais os mais importantes são as noções de positivismo sociológico e positivismo analítico. O primeiro expressa a preocupação de investigar e descobrir as diferentes forças sociais que exercem uma influência no desenvolvimento do direito, detendo-se não nas regras jurídicas enquanto tais, mas sim nos fatores determinantes à sua produção. Já o segundo diz respeito à análise e interpretação das normas jurídicas estabelecidas pelos órgãos do Estado, concebendo o direito como um imperativo do poder governamental, classificando as regras jurídicas positivas e revelando tanto sua conexão quanto sua interdependência no âmbito do sistema jurídico.

Esta oposição entre norma e realidade está presente em todo o pensamento jurídico contemporâneo (18). No desdobramento do positivismo sociológico, por exemplo, é possível incluir a jurisprudência sociológica de Duguit, para quem "o Direito é muito menos a obra do legislador que o produto constante e espontâneo dos fatos"; os princípios da livre investigação científica de Geny, de um lado advertindo de que não se deve deturpar a interpretação legal por intermédio de artifícios como o do método histórico-evolutivo e, de outro, identificando no direito os elementos dados e os elementos construídos; a visão sociológica de Pound, cuja concepção do direito como engenharia social o conduz a um enfoque instrumental graças ao qual a finalidade da ordem jurídica é eliminar as frições; o realismo pouco ortodoxo de Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn e Jerome Frank, reagindo

17) Ver, nesse sentido, Nelson Saldanha, Legalismo e Ciência do Direito, op.cit. especialmente a segunda e a terceira partes; Miguel Reale, Filosofia do Direito, op.cit., p.361; Tércio Sampaio Ferraz Jr., A Ciência do Direito, op.cit., p.32; e Noberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, op.cit., pp.11-66.

18) Cf. Miguel Reale, Filosofia do Direito, op.cit., p.379-380. Ver, nesse sentido, Leon Duguit, Traite de Droit Constitutionnel, Paris, E. de Brocard, vol. 1, 1927, e Las transformaciones del derecho publico y privado, op.cit.; François Geny, Science et Technique en Droit Privé Positif, op.cit., e L'Evolucion contemporaine de la pensee juridique dans la doctrine française, op.cit.; Roscoe Pound, Introdução a Filosofia do Direito, op.cit., e Justiça conforme a Lei, São Paulo, Ibrasa, 1965; Jerome Frank, Derecho y Incertumbre, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968; Karl Olivecrona, El Derecho como hecho, Buenos Aires Roque Depalma Editor, 1959; Alf Ross, El concepto de validez y otros ensaios, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

tanto contra os conceitos jusnaturalista tradicionais quanto contra a esterelidade e formalismo do positivismo analítico, e concentrando sua atenção basicamente nos mecanismos judiciários; e, finalmente, o realismo escandinavo de autores como Alf Ross e Karl Olivecrona, desenvolvendo um positivismo lógico que liberando o pensamento jurídico das idéias míticas ou de pressupostos não verificáveis, os quais seriam compatíveis com o desenvolvimento atual da ciência.

No desdobramento do positivismo analítico, o principal destaque cabe, certamente, à obra de Kelsen, cuja preocupação em excluir do campo próprio e específico do direito os elementos metajurídicos correspondeu a uma retomada do fio de desenvolvimento clássico da Ciência do Direito posta pela Escola da Exegese e pela Escola Analítica inglesa. Como, a seu ver, a norma jurídica é concebida como uma entidade em condições de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até aos preceitos dos contratos e das sentenças, o direito é imaginado como um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais se atribuem sentido objetivo aos atos de vontade (19). As normas se sustentam umas nas outras, formando um todo coerente: recebem umas das outras sua vigência, todas dependendo de uma norma fundamental, que se transforma assim no suporte lógico da integralidade do sistema.

Assim, na medida em que a norma jurídica é imaginada como tendo estrutura hipotética, ela não traduz diretamente nenhum comando ou imperativo, mas se limita a ligar um fato condicionante a uma determinada consequência, sem enunciar qualquer juízo a respeito do valor moral ou mesmo político dessa conexão. É por isso, justamente, que se pode identificar na concepção Kelseniana do direito um caráter instrumental e técnico. Um dos aspectos mais importantes de seu pensamento, ao reduzir a Ciência do Direito aos seus aspectos "puramente" normativos, é o conceito de vontade: nesse caso, numa perspectiva distinta daquela de Ihering, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito, chamada de imputação. O princípio da imputabilidade, nesse sentido, é aquele em virtude do qual se atribue uma consequência em razão da prática de determinado juízo, ou seja, expressa o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa. Por isso, o delito aparece quando a pena é impu-

19) Ver, nesse sentido, *Teoria Pura do Direito*, op.cit. Ver, também, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, op.cit., pp.410-421, e *Teoria do Direito e do Estado*, op.cit.; e Tercio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito* op.cit., p. 37.

tada a um comportamento, da mesma forma como a noção de dever jurídico surge com aquele comportamento que evite a pena e que não é imputado. Portanto, em termos jurídicos, a noção de vontade representa uma construção normativa que expressa o ponto final num processo de imputação normativa.

e) Direito e mudança social em perspectiva dialética

Embora sutis e engenhosas, tanto a concepção de que o direito resulta de condições impostas pelas circunstâncias do viver social quanto a concepção de que a norma jurídica é condição lógica de condutas possíveis enfrentam, evidentemente, os riscos de um certo reducionismo da experiência jurídica. Seja o enfoque meramente sociológico, concebendo o direito como simples componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos do que ordenam os fatos do mundo físico, seja a abordagem rigorosamente normativista do positivismo jurídico, que entende a atividade jurídica como um mero produto da razão, deduzida de certos princípios imutáveis capazes de moldar e disciplinar a realidade social, a verdade é que tais concepções jamais conseguiram ocultar as circunstâncias e os substratos sócio-econômicos de local e época em que foram desenvolvidas.

Portanto, são historicamente limitadas, determinadas e condicionadas, na medida em que percebem todo o processo social a partir do âmbito específico de uma determinada realidade. E é esse o motivo pelo qual elas devem ser compreendidas somente enquanto doutrinas, projetos e necessidades dos homens numa situação social dada, não na perspectiva de um mecanismo grosseiro de pura determinação econômica, porém em termos de uma correlação dialética de implicação e complementariedade que não corte os impulsos nomogenéticos e que explique a influência, de retorno, do direito, libertado de sua condição de simples vestimenta ideológica dos interesses estatais. Pois, como afirma Roberto Lyra Filho (20), a superestrutura normativa mergulha raízes na estratificação da sociedade global e no conflito de posições dentro dessa estrutura, de modo que tanto as normas jurídicas quanto as normas morais sempre têm a mesma origem social, diversificando-se nos processos de formalização e de aplicação e gerando, em seus âmbitos comunicantes, múltiplos ordenamentos disputando a hegemonia entre si. Consequentemente, sempre há mais de uma proposição normativa em vias de positividade, o que entreabre, de um lado, conflitos de culturas, e, de outro, clivagens internas em cada uma delas.

20) Cf. Roberto Lyra Filho, Para uma visão dialética do Direito, in Sociologia e Direito, Cláudio Souto e Joaquim Falcao organizadores, op.cit., p. 17.

Diante disso, torna-se possível agora identificar o contexto histórico de onde emanam as concepções acima mencionadas. De uma maneira geral, tanto a jurisprudência sociológica de Ehrlich, quanto o realismo norte-americano de Pound, Cardozo e Frank ou o realismo escandinavo de Olivecrona e Ross não deixam de refletir, em suas formulações, sociedades desenvolvidas, altamente integradas, sujeitas a regimes de participação política pouco discriminativos e mais voltadas à depuração de suas concepções de equidade e legitimidade (21). Já o positivismo normativista, que permitiu a compreensão da ordem jurídica como um sistema logicamente coerente, hierarquizado e nitidamente diferenciado da história, da sociologia e da moral, não deixa de traduzir uma das etapas da consolidação do capitalismo industrial, em que a direção do processo econômico é produto aleatório do livre jogo das forças de mercado. Mas um jogo cujo dinamismo vai destruindo as próprias regras da competição, mediante uma crescente concentração e centralização de capitais que, alimentando pressões oligopolistas e tendências monopolistas, perverte a capacidade de auto-regulação do mercado e conduz à ampliação da intervenção estatal no domínio privado, seja para resolver os conflitos de interesse da burguesia industrial, seja para fazer concessões às classes não proprietárias, a fim de não comprometer nem a estabilidade nem o funcionamento do sistema como um todo. Por isso mesmo a neutralidade do positivismo jurídico de caráter normativista, em função das tentativas de exclusão dos elementos metajurídicos, é apenas aparente — e a experiência da doutrina do *Rechtsstaat* na Alemanha, nos anos 30, certamente continuará sendo lembrada como um exemplo significativo (22).

Assim, as concepções por nós esboçadas, cujo fio condutor é a oposição entre norma e realidade, enfrentam uma série de dificuldades para lidar com as tensões permanentemente existentes entre o comportamento real e a conduta juridicamente desejada, bem como entre a conduta juridicamente devida e a conduta moralmente

21) Por isso mesmo, os países em desenvolvimento, com suas sociedades provavelmente integradas, sujeitas a regimes de participação fortemente discriminativos e altamente inegalitárias em suas estruturas sociais, costumam apresentar concepções jurídicas de natureza instrumental. Pois, partindo do pressuposto de que há objetivos sócio-econômicos a serem atingidos, objetivos esses fixados pelas elites modernizantes, e procurando realizá-los da maneira mais eficiente possível, tais concepções estão mais voltadas não propriamente para questões de legitimidade, mas de eficácia do poder. Cf. Hêlio Jaguaribe, *Sociedade, Mudança e Política*, op. cit., pp. 89 e sgs.

22) Ver, nesse sentido, o discutido livro de Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Madrid, Aguillar, 1971.

requerida. Mesmo porque, longe de se constituírem em problema, essas tensões não apenas estão na essência do próprio papel da dogmática, como, igualmente, também não se confundem com a existência do que Yehezkel Dror chamou de discrepância (23) entre o direito e a mudança social. Afinal, como foi examinado anteriormente, a norma jurídica pode ser entendida como o enunciado de um comando ou de uma diretriz de conduta, tornando obrigatórias certas formas de coexistência social, a cuja observância ou descumprimento estão ligadas determinadas consequências previamente estabelecidas. Nesse sentido, heterônoma e extremamente coercível, ela enuncia uma ordem em conformidade a uma determinada diretriz de ação ou comportamento. E, mediante sanções organizadas, de caráter penal ou premial, garante um comportamento previamente desejado.

Nesta perspectiva, a norma jurídica é uma proposição que envolve uma opção entre diversas proposições normativas sem, contudo, confundir-se com o enunciado da escolha nem exaurir-se na decisão tomada. Daí a permanente tensão entre a norma e a realidade, em que esta é captada abstratamente como um conglomerado concreto de elementos heterogêneos. Assim, a realidade participa da norma na medida em que a lógica jurídica dominante a concebe não propriamente como texto, mas sim como contexto, onde os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme (24). Logo, sua aplicação à realidade concreta tem de ser vista mais como um processo de adaptação valorativa do que uma operação meramente silogística. Portanto, as normas contêm em si um sentido de valor permanente em conflito com as demais valorações dos grupos sociais, pois no processo legislativo há sempre um complexo de fins e valorações, "uma série de motivos ideológicos condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que uma das possíveis proposições normativas se converte em norma jurídica" (25).

Num certo sentido, esta visão do direito está fundada na concepção do conflito em equilíbrio das estruturas e dos processos dos sistemas sociais, uma vez que a própria idéia de crise, decorrente das naturais tensões entre as normas e a realidade,

23) Cf. Yehezkel Dror, El derecho y cambio social, in Sociologia del Derecho, Vilhelm Aubert organizador, op.cit.

24) Ver, nesse sentido, embora com perspectiva conflitantes, Norbert Lechner, El derecho como mediación formalizada de la praxis social, in La crisis del Estado em America Latina, op.cit.; Miguel Reale, Pluralismo e Liberdade, op.cit., pp. 209 e sgs., e Filosofia do Direito, op. cit., pp. 483 e sgs.; Tércio Sampaio Ferraz Jr., A noção de norma jurídica na obra de Miguel Reale, in Revista de Ciência e Cultura, op.cit.

25) Cf. Miguel Reale, Filosofia do Direito, op. cit., p. 485.

não se confunde nem com subversão nem com entropia e com anomia: a crise, constituindo-se em elemento natural da vida política, situa-se no âmbito das condutas permitidas pelas constituições; a subversão consiste na tentativa de derrubada do poder constituinte e de ordem jurídica vigente, mediante o emprego de meios violentos e ilegais; a entropia expressa a inevitável tendência de toda e qualquer sociedade à desagregação; e a anomia traduz a desintegração dos valores e convicções comuns que configuram a estrutura de um sistema social.

A discrepância, portanto, é uma disfunção que aparece, justamente, no momento em que os mecanismos jurídicos não mais conseguem absorver as tensões que se converteram em profundas crises da comunidade, ou seja, ela surge quando os mecanismos jurídicos não mais impedem a continuação dos conflitos sociais, na medida em que não conseguem solucioná-los pondo-lhes um fim por meio de uma decisão (26). Assim, a discrepância aparece quando há algo mais do que uma mera tensão, isto é: quando o direito deixa, efetivamente, de fornecer respostas às necessidades de mudanças sociais importantes ou quando a conduta social e o sentimento de obrigação em muito diferem da conduta exigida pela legislação.

Logo, em que pese existir em todo sistema social uma certa diferença ou um hiato a conduta real e a conduta juridicamente devida, como reconheceu Kelsen, o conceito de discrepância é aplicável ao direito e à mudança social em situação dinâmica. Afinal, é nessa situação em que são produzidas mudanças tanto na própria sociedade quanto no próprio direito sem que, de um lado, se proceda aos ajustes paralelos nos mecanismos jurídicos, e, de outro, sem que as inovações contenham um mínimo de aceitação, pelos destinatários. "O recurso a uma legislação expressa nas sociedades modernas faz com que o processo de ajuste do Direito à mudança social seja mais fácil. Quando a ação legislativa não era rapidamente aceita e os legislativos estavam compostos por elites conservadoras, opostas em geral à mudança social e contrárias às mudanças correspondentes no Direito, o atraso do Direito frente à mudança social era muito importante, ficando a responsabilidade básica da mudança do Direito em mãos dos tribunais (compostos frequentemente de juízes opostos à mudança social). Mas, atualmente, a orientação geral de quase todos os estratos e elites sociais é a favor da mudança, e as eleições popu-

26) "Por-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas trazê-la para uma situação onde ela não pode ser mais retomada nem levada adiante". Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., A Ciência do Direito, op.cit. Este tema já foi examinado no capítulo 4º deste trabalho.

lares nos países democráticos (...) asseguram a sensibilidade necessária dos órgãos legislativos e sua disposição em geral a modificar o Direito e ajustá-lo à mudança social" (27).

6) A "crise do direito" no Estado capitalista

Este é, enfim, um dos problemas fundamentais que está na essência da crise do direito contemporâneo. Pois, muitas vezes confundido com a legalidade estatal, especialmente nos países dotados de constituições rígidas, esse direito em crise expressa a perda de confiança nas soluções normativas — perda essa decorrente do desajuste entre as condições sociais reais e o ordenamento jurídico vigente.

Em outras palavras, e agora tentando uma síntese do que foi dito: (a) como os princípios básicos do pensamento jurídico tradicional (o da legalidade e o da constitucionalidade das leis) implicam a certeza das expectativas; (b) como esta certeza por sua vez requer a sistematização de normas abstratas, gerais e impessoais num conjunto formalmente coerente e hierarquizado; (c) como esta sistematização parte do suposto de que ninguém pode descumprir suas regras sob o pretexto de desconhecê-las; (d) e como um sistema legal desse gênero pressupõe mais aplicação do que interpretação, em virtude de uma presunção de univocidade do discurso jurídico capaz — ao menos formalmente — de produzir aquela certeza das expectativas, essa crise do direito traduz a crescente dificuldade da dogmática jurídica contemporânea em cumprir sua função ortodoxa de garantir a calculabilidade e a previsibilidade. Mesmo porque, face à própria complexidade interna dos sistemas legais, cuja hipertrofia torna gradativamente impossível o conhecimento de tantas leis pelos seus destinatários, e dada a necessidade da dogmática jurídica formular uma linguagem "média" para sociedade cada vez mais heterogêneas, vai aumentando a discricionariedade tanto do legislador, na regulamentação da legislação ordinária, quanto do juiz, diante de um caso concreto.

Portanto, com o passar do tempo aquelas funções de calculabilidade e de previsibilidade já não podem mais ser cumpridas na conformidade do pensamento jurídico tradicional, na medida em que, por exemplo, os órgãos públicos executivos utilizam o poder de regulamentação para dar à "vontade do legislador" o cometimento de suas conveniências. É deste modo, como temos visto, que consolidam a influência dominante dos anéis burocráticos no destino do Estado intervencionista contemporâneo. E, a partir dessa fixação de

27) Cf. Yehezkel Dror, El derecho y cambio social, in Sociologia del Derecho, Vilhelm Aubert organizador, op. cit., p. 94.

sentido de uma dogmática jurídica altamente abstrata, generalizante e conceitual, as possibilidades de conhecimento de uma legislação — e, por extensão, de previsão de seu cumprimento — vão sendo crescentemente pervertidas. Vale dizer: para o cidadão comum, torna-se necessário antes saber como os intérpretes irão comportar-se — seja na regulamentação da lei, seja na sua aplicação — para, então, poder agir.

Assim, em termos práticos, o que essa tão decantada crise do direito entreabre é a dificuldade da dogmática jurídica em conservar aquelas funções ortodoxas que sempre a vincularam, no século XIX e em grande parte do século XX, aos interesses das burguesias comercial e industrial. Pois essa crise decorre mais da necessidade de se proteger os princípios da segurança e da certeza jurídica, que estariam perigando em virtude das rápidas e sucessivas mudanças da própria dogmática na sua tentativa de responder ao desafio provocado pelo aumento da complexidade social, do que em superar o atraso do direito frente ao desenvolvimento sócio-econômico (28).

Ora, essa situação não deixa de ser curiosa. Afinal, esse "perigo" corrido pelo instrumental normativo criado pelo pensamento jurídico ortodoxo em função dos interesses da burguesia cresce na medida em que o Estado intervencionista vai ampliando seus papéis de regulamentação e controle, com a finalidade de preservar e viabilizar o próprio caráter burguês das estruturas político-econômicas. Eis aí, então, os reflexos super-estruturais da quele desenvolvimento capitalista responsável pela destruição das regras de competição econômica, mediante uma crescente concentração e centralização de capitais que, pervertendo a capacidade de auto-regulação do mercado, conduz ao aumento das funções provedora, regulatória, diretiva, empresarial e arbitral estatais, seja para resolver os conflitos de interesse da própria burguesia, seja para fazer concessões às classes não proprietárias, a fim de não comprometer nem a estabilidade nem o funcionamento do sistema como um todo.

Evidentemente, esta discussão nos leva novamente aos temas da autonomia relativa do Estado e das implicações entre a

28) É esse, por exemplo, o sentido das denúncias "clássicas" da "crise" do direito. Ver, nesse sentido, Georges Ripert, Evolución y Progreso del Derecho, e Piero Calamandrei, La crisis de la justicia, in La crisis del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. Ver, também, além do capítulo final deste trabalho, José Eduardo Faria e Claudia de Lima Menge, A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura jurídica brasileira, in Dados, op. cit.

dogmática jurídica e o desenvolvimento capitalista. Ambos já foram vistos anteriormente, devendo ser retomados nos capítulos 9 e 10. Por ora, antes de passarmos à discussão do caráter autoritário da utilização da dogmática jurídica como instrumento de modernização, é preciso fazer algumas afirmações finais para a conclusão deste capítulo.

Pelo que vimos, tanto aqueles que entendem o direito como uma variável dependente causalmente determinada pela estrutura social, como na linha originária de Savigny, quanto para aqueles que consideram qualquer intervenção estatal como responsável pela centralização do poder e pela eliminação das liberdades individuais, em conformidade com a linha desenvolvida por Hayek, não há como fugir do fenômeno da positivação e da soma de poderes do Estado contemporâneo. Além do mais, as próprias justificativas no sentido de que o "verdadeiro" direito é aquele que consegue corresponder a um sentimento social claramente formulado têm sido comumente superadas pelos fatos. Uma boa ilustração é a hipertrofia do Executivo, de um lado entreabrindo a força política dos anéis burocráticos, e, de outro, revelando que a legislação, nas últimas décadas, passou a ser algo muito diferente do que era na sociedade liberal.

Basta ver, a título de exemplo, que tanto a natureza técnica do controle da economia pelo Estado quanto a própria ampliação das funções governamentais levaram a uma crise nas relações entre os três poderes clássicos, exigindo, com o tempo, uma redefinição de funções de todos eles. Afinal, embora a separação absoluta de poderes jamais tenha existido em toda sua plenitude, ao menos segundo a dimensão proposta pelo liberalismo ortodoxo do século XVIII, ela sempre esteve presente na organização formal do Estado democrático e burguês dos séculos XVIII, XIX e XX. Tal organização, como se sabe, sempre atribuiu ao Parlamento a representação dos interesses da comunidade, a criação das leis e a fiscalização das ações do Executivo.

Contudo, a crescente complexidade sócio-econômica enfrentada pelo Estado contemporâneo conduziu o Legislativo tanto à perda do poder de iniciativa legislativa — um poder de escolha atribuído a um órgão público para atuação de um programa ideológico, através de uma regulamentação legislativa e mediante a apresentação de um projeto de lei quanto à cessão de sua função de dar forma e conteúdo à legislação (29). Nos regimes em modernização, por exem-

29) Cf. José Afonso da Silva, Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, op. cit., pp. 103 e sgs.

pio, que normalmente necessitam de respostas imediatas e eficazes de um sistema político dirigido por elites pretensamente esclarecidas, essa perda foi quase total. Nos países desenvolvidos, nos quais o Executivo frequentemente se adianta ao Legislativo, essa perda atingiu algumas áreas básicas da política governamental (30).

Resulta daí, conseqüentemente, a idéia de um Estado equipado com um arsenal de instrumentos de ação - arsenal esse concentrado nas mãos do Executivo, cujo poder regulamentar permite ampliar drasticamente sua discricionariedade, instrumentalizando a legislação sob uma ótica técnica e burocratizante. A consequência disso, como veremos na parte C deste trabalho, tem sido o uso crescente dos mecanismos jurídicos como instrumentos de ação social organizada, destinados à consecução de uma mudança social desejada. Assim, as modernas técnicas jurídicas podem ser vistas como instrumento tanto a serviço do planejamento e da direção da economia quanto do controle de comportamentos, tendo por fim, no primeiro caso, a eficiência da política econômica, e, no segundo, a adaptação dos padrões de comportamento da comunidade a uma nova ordem.

Ver Sérgio Henrique Abranches e Gláucio Ary Dillon Soares, As funções do Legislativo, in Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, volume 7, nº 1, 1973; Michael Mezey, O poder decisório do Legislativo nos sistemas políticos, Austin Ranney, A vulnerabilidade dos legislativos e seu significado para o desenvolvimento político, e Alexandre de Barros, Representatividade burocrática e eficiência parlamentar: uma contradição?, todos incluídos na coletânea O Legislativo e a Tecocracia, op. cit.