

série *GVlaw*

José Eduardo Faria

SOCIOLOGIA JURÍDICA

Direito e Conjuntura

2ª edição
2010

2ª tiragem
2011



4 DESREGULAÇÃO E DESLEGALIZAÇÃO: OS IMPASSES JURÍDICOS DO ESTADO-NAÇÃO

Diante da crescente integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do acirramento e universalização da concorrência comercial, da multiplicação de forças econômicas transnacionais e da expansão da lógica auto-referencial dos mercados, cada qual com regulamentação, valores e prática próprias, o processo legislativo do Estado-nação e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis a ele associados parecem ter chegado a uma situação de esgotamento funcional ou de exaustão sistêmica.

Com o enfraquecimento das capacidades de resposta, indução, direção, monitoramento, fiscalização, controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais por parte dos bancos centrais e das autoridades monetárias, a regulação da economia passa a exigir novas concepções de política pública e, por consequência, novos instrumentos normativos. As estratégias keynesianas até então adotadas, voltadas à implementação de programas de pleno emprego, acordos corporativos que vinculam salário e inflação, protecionismo das indústrias nacionais, investimento na infraestrutura para ampliação da produção de bens duráveis e crescimento baseado quer na produção em massa quer no consumo em massa, são acusadas de distorcer preços, minar a competitividade das empresas e inibir a criatividade necessária ao desenvolvimento científico-tecnológico, além de provocar desequilíbrios macroeconômicos.

Com as reformas estruturais realizadas ao final do século XX e início do século XXI para acabar com os desequilíbrios macroeconômicos, transferir a oferta de bens e serviços essenciais para empresas privadas e introduzir critérios de rentabilidade na prestação desses serviços, a opção dos governos por estratégias impulsionadoras ou schumpeterianas, que são basicamente orientadas ao fomento da competitividade e ao estímulo à inovação, em busca de novas tecnologias, novas formas de trabalho, novos produtos, novos modelos de negócios e novos padrões de organização e gestão, dá ensejo a novas formas de produção do direito e a um novo regime jurídico (Quadro 4). À medida que a ênfase à competitividade e à flexibilização do trabalho exigem regras concorrenciais mais eficazes e estimulam a formação de sistemas locais de pesquisa e inovação tecnológica, as esferas mais descentralizadas de poder contam com maior capacidade operacional para implementar políticas industriais e as chamadas políticas "pró-trabalho". Dito de outro modo, os novos atributos e

funções do Estado schumpeteriano não podem ser executados por uma estrutura de poder centralizada, com a concentração de capacidades operacionais típicas do Estado keynesiano.

Na seqüência dessas mudanças, a progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados, a interpenetração da política internacional com as políticas nacionais, a erosão das fronteiras entre setor público e setor privado e a crescente porosidade entre os interesses empresariais e os poderes locais, regionais, nacionais e supranacionais culminam por entreabrir a situação-limite em que o Estado-nação se defronta no início do século XXI (Willke, 1986 e 2007; Teubner, 1987 e 2000; Held, 1997 e 2004; Ladeur, 1999; Jessop, 2002 e 2003; Sand, 2000 e 2004; Beriain, 2000; Innerarity, 2002; Picciotto, 2007). E ela se expressa na forma de um impasse, que tende (a) a ser tanto maior quanto mais periférico ou semiperiférico foi o Estado-nação no contexto mundial e (b) a reduzir a intervenção governamental justamente nos países onde ela é de fundamental importância para corrigir desigualdades sociais, regionais e setoriais, dar um mínimo de proteção aos setores mais carentes da população e assegurar as condições de infra-estrutura necessárias ao crescimento.

Quadro 4

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Estado Keynesiano ("national Welfare State")	Estado Schumpeteriano ("workfare post-national State")
<ul style="list-style-type: none"> — Planejamento, regulação, estímulo e proteção. — Políticas de pleno emprego e de bem-estar. — Financiamento previdenciário intergerencial. — Proteção da indústria nacional e integração social. — Governo e hierarquia: soluções políticas. 	<ul style="list-style-type: none"> — Abertura econômica, inovação e competitividade. — Equilíbrio orçamentário e responsabilidade fiscal. — Autofinanciamento previdenciário. — Desestatização, desregulação e integração econômica. — Governança e heterarquia: mercado.

Fonte: adaptado de Jessop (2003).

Nessa situação-limite, o Estado já não consegue mais regular a sociedade, gerir a economia e compatibilizar as lógicas tão díspares e não lineares dos mercados e da vida comunitária exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções padronizadoras, concebidas em termos rigidamente dicotômicos ou binários (ex.: constitucional vs. inconstitucional, legal vs. ilegal, lícito vs. ilícito, facultativo vs. obrigatório, permitido vs. proibido, público vs. privado, estatal vs. social, individual vs. coletivo, justiça comutativa vs. justiça distributiva, justiça formal vs. justiça material etc.). A uniformidade dos comportamentos pretendida por esse modelo de direito se revela inadequada à diversidade de situações, e a estabilidade dos mecanismos jurídicos se torna obsoleta diante do novo. Com as intrincadas tramas e os densos entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores socioeconômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados, além do advento de matérias e situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o alcance do direito positivo tende a ser cada vez mais reduzido e a eficácia de suas normas a ficar cada vez mais frágil, limitada e volátil, como tem sido evidenciado, por exemplo, por sua incapacidade cada vez mais flagrante de limitar o uso da internet e regulamentar a comunicação virtual, que constituem um espaço essencialmente não-estatal e transterritorial.

Como conseqüência, suas instituições judiciais revelam-se cada vez mais superadas, em termos burocráticos, organizacionais e administrativos, e incapazes de decidir de modo minimamente coerente, uniforme e previsível, no plano funcional. O resultado inevitável acaba sendo o aumento dos níveis de incerteza jurídica, o que introduz fatores adicionais de risco nos negócios, aumenta os spreads bancários, encarece o custo do dinheiro, quer para os agentes econômicos, quer para os consumidores, e desestimula as aplicações não-especulativas e os investimentos de médio e longo prazos. E é justamente essa "incerteza jurisdicional" que leva os organismos multilaterais, que nos anos 80 tanto enfatizaram a supremacia do mercado, a afirmar, nas décadas seguintes, que Estados capazes de estabilizar e garantir expectativas normativas, assegurando o cumprimento dos contratos, protegendo a propriedade privada, estabelecendo regras precisas para sua transferência, resguardando juridicamente os créditos e fixando procedimentos objetivos e rápidos para sua cobrança, "constituem elementos-chave em qualquer esforço bem-sucedido para construir novas

economias de mercado” (Banco Mundial, 1994, 1997 e 2001; Trachtman, 2004).

Sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas, o Estado, nas décadas finais do século XX, passa a agir pragmaticamente. Ou seja, ele vai substituindo as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais por normas cada vez mais particularizantes, específicas e “finalísticas” – aquelas editadas com base em critérios determinantes e propósitos de natureza basicamente material, sejam eles econômicos, financeiros, políticos, sociais etc. O resultado inevitável é a perda progressiva do controle, tanto da coerência lógica quanto da racionalidade sistêmica de suas próprias leis. E como também é desafiado pela multiplicação das fontes materiais de direito, de tal modo que seu ordenamento jurídico é submetido a uma competição com outros ordenamentos normativos paraestatais, de alcance infra, inter ou supranacionais, ele inexoravelmente acaba atingindo os limites de sua soberania real ou substantiva, ainda que preserve a soberania formal, exaurindo assim o paradigma jurídico em torno do qual estruturou suas instituições e procedimentos judiciais.

Essa é a “ironia do Estado”, ou seja, a consciência de que já não pode controlar, produzir e dominar o que fazia até então de modo incontrastável. A ironia aparece quando a pretensão de exclusividade e universalidade do poder é substituída por atitudes pragmaticamente mais contidas – atitudes essas expressas não pela presunção de constituir a última instância das decisões políticas e jurídicas, mas de ser uma voz a mais no concerto social. Num contexto em que nenhum sistema – inclusive o normativo – tem isoladamente força e competência para se impor, legisladores e operadores do direito passam a reagir de duas maneiras com relação ao impasse apontado no parágrafo anterior. A primeira reação é de caráter pontual e envolve a adoção de um certo distanciamento com relação aos códigos, leis e normas desprovidas da necessária base material social ou econômica para serem eficazes, deixando-se simplesmente de aplicá-las em determinados casos ou, então, aplicando-as de modo seletivo em outros, conforme as circunstâncias. Trata-se de uma iniciativa basicamente informal que, na sua dinâmica, acaba endossando iniciativas e decisões contraditórias dos diferentes órgãos governamentais e que tem feições sempre instáveis, pois depende de circunstâncias impossíveis de serem reproduzidas ao longo do tempo de modo duradouro e inalterável (Santos: 1996). A segunda reação é bem mais ambiciosa do que a primeira

e envolve duas estratégias complementares. Uma delas é definida pelos juristas como processo de desjuridificação. A outra é por eles chamada de procedimentalização do direito.

A primeira estratégia exige uma ampla revisão da política legislativa e uma redefinição das fontes de direito, pois implica um drástico enxugamento do ordenamento jurídico e o subsequente estímulo à sociedade para que desenvolva formas e mecanismos de auto-regulação de seus interesses. Em outras palavras, embora à primeira vista conserve poder suficiente para impor as chamadas "regras do jogo" aos diferentes atores sociais, o Estado, à medida que se conscientiza de que os diversos sistemas funcionalmente diferenciados não conseguem funcionar uns sem os outros e de que as relações reticulares são mais importantes do que as hierárquicas, tende a abrir mão de parte de suas responsabilidades regulatórias. Com isso, ele vai deixando de tutelar determinados comportamentos e situações, passando a fomentar a autocomposição de interesses e a auto-resolução de litígios, por parte dos diferentes setores sociais. A segunda estratégia consiste em propiciar aos diferentes atores sociais condições para que possam discutir entre si e definir de modo consensual o conteúdo das normas.

Nos dois casos, o objetivo é desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e das leis pela diversidade e pela flexibilidade normativa. A desjuridificação se dá por meio de um processo de deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que costuma ocorrer paralelamente à ruptura dos monopólios estatais, à alienação de empresas públicas, à privatização de serviços essenciais, à entrega de redes sociais de proteção e demais instituições de bem-estar coletivo ao chamado "terceiro setor" ou "voluntariado", à abdicação do poder de regulação ou interferência na fixação de preços, salários e condições de trabalho por parte do poder público.

Já na procedimentalização do direito, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer procedimentos para que os diferentes setores sociais possam negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses. Procedimentos são "instrumentos para a ação", que fomentam a cooperação continuada entre os diferentes atores sociais. Eles estimulam o potencial de auto-organização e auto-regulação de indivíduos e corporações por meio da manutenção e promoção de espaços livres para ações privadas autônomas, das quais emergem novas possibilidades de ações e relações privadas. E as

que se revelam mais eficientes estabilizam-se e servem como marco ou referência para futuras ações (Ladeur, 1999). Nesse sentido, ao garantir expectativas sem fixar o conteúdo material ou substantivo deles, os procedimentos geram padrões estáveis e esperados de relações sociais, criando assim condições para a continuidade das relações entre os diferentes atores sociais, balizando-os e orientando-os em contextos de incerteza. O único compromisso efetivamente substantivo ou material do direito, nessa perspectiva, é assegurar e manter a liberdade de ação, ou seja, a liberdade para procurar e experimentar novas alternativas e opções. Em vez de impor regras que comandam fins substantivos a serem compulsoriamente atingidos, a procedimentalização é apenas uma técnica pela qual esses fins são induzidos; os fins substantivos não desaparecem – os meios de atingi-los é que mudam. Dito de outro modo, em vez de tomar decisões unilaterais e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor. No limite, e numa perspectiva crítica, essa estratégia configuraria uma forma de “rendição” do poder público, na medida em que, ao beneficiar grupos econômicos, sociais e políticos com poder de voz, capacidade de mobilização e poder de veto, ela conduz à privatização da produção do conteúdo do direito. Graças a essa estratégia, conglomerados empresariais, entidades de classe, órgãos de representação corporativa e organizações não-governamentais podem multiplicar seu poder político, convertendo-o em poder normativo sem precisar obrigatoriamente passar pelos filtros democráticos tradicionais.

Basicamente, o que tem estimulado a proliferação das estratégias de desjuridificação e procedimentalização do direito é uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte de governantes e legisladores. Por um lado, eles se conscientizaram de que, ao tentar usar o direito positivo como instrumento de planejamento e direção econômica, terminam abarcando as mais diversas matérias, indo muito além do que a lógica e a racionalidade jurídicas permitem. Por outro, com mecanismos normativos excessivamente simples para lidar com questões cada vez mais sofisticadas e sem ter como ampliar, quer a complexidade estrutural de seu ordenamento jurídico, quer a complexidade organizacional de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas socioeconômicos, dirigentes e legisladores são estimulados a optar pelo pragmatismo. Afinal, se quanto mais tentam controlar, disciplinar, regular e intervir, menos conseguem ser eficazes, menos conseguem obter resultados satisfatórios, menos conseguem manter a coerência lógica e menos conseguem assegurar tanto

a organicidade de seu direito positivo quanto a efetividade de suas instituições judiciais, não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem controlar, disciplinar, regular e intervir, limitando-se apenas e tão-somente a assegurar o cumprimento dos contratos, a garantir o respeito à propriedade privada, a reprimir a violência, a impor a segurança pública e a viabilizar a coexistência dos vários agentes livres, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle.

As conseqüências das duas estratégias acima mencionadas não são apenas problemáticas e contraditórias. Acima de tudo, elas têm sido paradoxais.

Por um lado, a avassaladora desregulamentação efetuada em alguns setores – como nos planos industrial, comercial, financeiro, social, trabalhista, sindical, previdenciário e educacional, por exemplo – tem sido promovida paralelamente ao veloz aumento da regulamentação e alargamento de prerrogativas em outros – como é, basicamente, o caso das esferas penal, ambiental e sanitária, conforme será visto mais à frente. Além disso, muitas vezes os Estados recorrem à desregulamentação para tentar enfrentar problemas que não conseguem equacionar ou decidir por meio dos tradicionais instrumentos de coordenação imperativa. Outras vezes os projetos de desregulamentação exigem, enquanto condição básica de sua implementação e execução, maior intervenção administrativa e uma produção normativa prolífica, específica e altamente minudente, mediante a concentração decisória no âmbito do Executivo e a subsequente redução da capacidade legislativa do Congresso. Paradoxalmente, como se vê, a desregulamentação tem, ela própria, de ser legalmente regulamentada. Com isso, o Estado acaba sendo obrigado a fortalecer seus instrumentos de gestão para reduzir o tamanho de sua máquina; a concentrar poder para delegar autoridade e a implementar uma estratégia de “desconstrução institucional”; a forjar um processo decisório fechado e excludente para assegurar o privilegiamento da economia de mercado como disciplina condicionadora das políticas públicas – enfim, o Estado acaba sendo compelido a intervir para poder deixar de intervir (Santos, 1996 e 2001; Diniz, 2000; e Michaels, 2005).

Por outro lado, como essas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização interferem em atos juridicamente perfeitos, revogam normas constitucionais classificadas como “cláusulas pétreas” e alteram drasticamente as condições de execução de contratos concebidos e assinados com base nos códigos e leis até então vigentes, elas acabam induzindo cidadãos e empresas a bater nas portas dos tribunais para tentar

preservar direitos adquiridos e manter os compromissos que haviam formalmente assumido. O problema é que, embora sejam independentes para decidir, muitas vezes as instituições judiciais não têm a força e os instrumentos necessários para obrigar o Executivo a acatar suas sentenças. E, nos casos em que eventualmente podem fazê-lo, quanto mais acolhem as pretensões dos demandantes, mais elas passam a ser acusadas de exorbitar de suas funções e invadir as áreas de competência de outros poderes, agravando o desequilíbrio fiscal, pondo em risco a estabilidade monetária, comprometendo os “fundamentos da economia” e provocando, com isso, o chamado fenômeno da “tribunalização” da política ou “judicialização” da administração pública (Santos, Marques, Pedroso e Ferreira, 1996; Tate e Vallinder, 1997; Campilongo, 2001; e Ferreira, 2005).

Como essa busca da proteção judicial conduz a uma verdadeira corrida a todos os setores e instâncias do Judiciário, por parte da sociedade, e a instituição não está preparada para dar conta dessa avalanche de novos processos, em termos organizacionais, operacionais e financeiros, quanto mais cidadãos e empresas a procuram, mais ela revela dificuldades para cumprir suas três funções básicas: (a) a função instrumental, de dirimir litígios, neutralizar conflitos e manter as estruturas sociais sob controle; (b) a função institucional, de reforço da legitimação e eficácia do sistema político; e (c) a função simbólica, de efetivação das orientações sociais, por meio de decisões exemplares e de uma jurisprudência clara e uniforme. Por fim, constituindo um círculo vicioso e esquizofrênico, quanto mais o Executivo reage às sentenças do Judiciário que lhe são contrárias, seja negando recursos orçamentários e/ou ameaçando impor um “controle externo”, seja editando medidas destinadas a restringir o acesso de cidadãos e empresas aos tribunais, seja impondo inovações processuais arbitrárias com o objetivo de acabar com o duplo grau de jurisdição, esvaziar as primeiras instâncias e concentrar as decisões nas instâncias superiores, como a “súmula vinculante” e o “incidente de constitucionalidade”, mais ele multiplica o número de novas ações contra suas decisões. E, com isso, paradoxalmente aprofunda ainda mais a “judicialização” da administração pública e a “tribunalização” da política.

Mas não é só. Longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, esse amplo processo de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização também abre caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos – e, por tabela, para a coexistência de padrões de regulação e normatividade.¹ Nesse sentido, uma parte significativa do direito positivo do Estado – principalmente aquele que já conta com um certo grau de

integração econômica com outros Estados – vem sendo submetida a processos de convergência e harmonização legislativa, em cujo âmbito os interesses regionais ou “comunitários” cada vez mais se sobrepõem aos interesses nacionais. Outra parte vem sendo “internacionalizada” pela expansão da normatividade auto-produzida pelos conglomerados empresariais e pelo sistema financeiro e por suas relações intersticiais com as inúmeras regras e procedimentos emanados dos diferentes organismos multilaterais. E uma terceira parte, não menos significativa, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de determinadas situações criadas pelos detentores do poder econômico e pelas novas fontes de autoridade a ele vinculadas, o que leva ao crescimento, em progressão geométrica, do número de normas paralelas, nos planos supra e infranacional, à medida que cada corporação empresarial e as cadeias produtivas em que estão inseridas tendem a criar as regras e os procedimentos de que precisam e a jurisdicizar ou juridificar, segundo seus interesses e conveniências, as respectivas áreas e espaços de atuação.

Essa é mais uma das facetas paradoxais da metamorfose que o Estado e suas instituições jurídicas vêm sofrendo ao longo das últimas décadas. Desregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, isto sim, menos direito positivo e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato e da tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à auto-regulação e auto-composição de conflitos. Desregulamentação e deslegalização, no âmbito do Estado-nação, nada mais são do que outro modo – bem mais amplo, difuso e sofisticado – de regulamentação e legalização em âmbitos não-estatais. Em termos concretos, trata-se de uma re-regulamentação e de uma relegalização que ocorrem tanto no âmbito de organismos inter e supranacionais, com princípios, valores, lógicas, práticas, procedimentos deliberativos e velocidades decisórias distintos dos órgãos e procedimentos legislativos dos Estados, quanto no interior dos próprios sistemas e subsistemas socioeconômicos – mais precisamente, no âmbito das organizações empresariais e dos conglomerados capazes de efetuar investimentos produtivos, assegurar acesso a tecnologia de ponta, construir canais de distribuição, universalizar a oferta de serviços essenciais, criar novos empregos, gerar receita tributária etc. (Chevalier, 1987 e 2005; Santos, 1994, 1995, 1996 e 2001; Stiglitz, 2001; Innerarity, 2002; Jessop, 2002 e 2003; e Picciotto, 2007).

1 Em termos muito esquemáticos, a literatura identifica três “tipos ideais” de coexistência de padrões de regulação e normatividade. O primeiro é a complementaridade – quando todos esses padrões operam ao mesmo tempo a partir de objetivos comuns; o segundo é a rivalidade – quando as novas formas de regulação e normatividade desempenham as mesmas tarefas, competindo entre si para deter o controle do processo; o terceiro é a hibridez – quando os antigos e novos padrões de regulação e normatividade não apenas agem de modo complementar como também tendem a convergir e se integrar (Trubek, Cottrell e Nance, 2005; e Trubek e Trubek, 2007).