

O DISCURSO NEOLIBERAL: REFLEXOS JURÍDICOS¹

Eros Roberto GRAU²

RESUMEN: El derecho es visto en este artículo como equivalente a políticas públicas. El texto analiza las ideas neoliberales y el concepto de libre mercado. Sobre esta base, analiza la desregulación como una antítesis del llamado derecho moderno, y enfatiza alguna de sus contradicciones.

ABSTRACT: Law is referred to as a public policy. The text analyses neo-liberal ideas and the free market concept. It then analyses deregulation as an antithesis of the so-called modern law and points out some of its contradictions.

1. Tenho reiteradamente afirmado, em outras oportunidades, que o Estado do nosso tempo o *Estado contemporâneo* é, fundamentalmente, Estado implementador de *políticas públicas*.

Penso, aqui, originariamente, a noção de *Estado moderno*, produzida a partir da Revolução Industrial e da Revolução Francesa. O *Estado moderno* nasce e se afirma como produto do capitalismo, ainda que se possa encontrar os primeiros traços do esboço de seu perfil em momentos históricos anteriores. Cumpre as funções de instalação das condições indispensáveis à produção capitalista e de produção de normas jurídicas necessárias à fluência das relações econômicas (*segurança e certeza jurídicas*) e de arbitragem dos conflitos individuais e sociais (*ordem e segurança*).

Esse modelo inicial de Estado no entanto evolui, até aquele que se identifica como *Estado do bem estar (Welfare state)*, hoje em declínio.

No obstante, devemos ainda insistir na afirmação de que o *Estado contemporâneo* é, fundamentalmente, Estado implementador de *políticas públicas*.

2. Evidentemente e isso nem seria necessário salientar, visto ser óbvio refiro-me, aqui, a um *modelo ideal* de Estado, qual me refiro, também aqui, a *modelos ideais de direito e de capitalismo*

1 Contribuição ao workshop «Derecho y Política: las transformaciones del Estado y las políticas neo liberales», sob a coordenação de Oscar Correias, em Oñati, Espanha, 29 e 30 de junho de 1993.

2 Universidade de São Paulo.

Em cada sociedade manifesta-se um *determinado direito* (*direito posto* = *direito positivo*), diverso e distinto de outros *direitos* (*direitos postos* = *direitos positivos*) que se manifestam em outras sociedades.

A análise histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção pertence um *direito* próprio e específico. Em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela; isso porque toda formação social autoriza diversos modos de produção e relações entre modos de produção³. Ora, ainda que domine, nela, o *direito* do modo de produção dominante, o *direito positivo* [*direito moderno, direito posto pelo Estado*] de cada sociedade é resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção.⁴

Essa circunstância é que explica a especificidade de cada *direito positivo*, em cada sociedade. No se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupe a existência do *seu direito*, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se um *determinado direito*, produto da coexistência do *direito* do modo de produção dominante nessa sociedade com os *direitos* próprios a outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.

Por isso não há que falarmos, concretamente, no “*direito*”, senão nos “*direitos*”. o *direito*, produto de uma determinada cultura, não pode ser concebido como *universal e atemporal*. A cada sociedade corresponde um *direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios. No obstante podemos, no plano do abstrato, falar em certos *modelos de direito*.⁵ Assim, de uma parte dizemos que o *modelo de direito* conhecido e praticado no tempo em que vivemos é o *direito formal* (*modelo de direito formal*). Desde outra perspectiva, diremos que esse *modelo*, conhecido e praticado em nosso tempo, é o *direito moderno*.⁶

Dai também porque cumpre falarmos *dos capitalismos* e não *do capitalismo* (repeto: em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela; isso porque toda formação social autoriza diversos modos de produção e relações entre modos de produção; logo, em cada sociedade capitalista se manifesta um *capitalismo*, resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção).

3 Cfr., Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, t. 2, p. 184.

4 Vide Nicos Poulantzas, A propos de la théorie marxiste du droit, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1967, t. XII, pp. 154/155.

5 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), 2a edi, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 20/21.

6 Vide meu «A dupla desestruturação do direito», contribuição ao workshop, *El papel del derecho en la Post-Transición Democrática*, sob a coordenação do Prof. Carlos M. Cárcova, em Oñati, Espanha, 1 e 2 de julho de 1993.

3. A expresso *política pública* designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre *Estado e sociedade*.⁷

Assim, toda atuação estatal é, neste sentido, expressiva de um ato de *intervenção*. O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, *intervindo* na ordem social. A mera produção do *direito* (onde a instauração de uma ordem jurídica *estatal*), a simples definição das esferas do privado e do público esta última concebida como o universo dentro do qual gravitam os interesses tidos como públicos (e que, por isso, encarnam “*questes públicas*”) desde logo consubstanciam expressões de atuação *interventiva* estatal.

É fora de dúvida, de toda sorte, que o Estado instituição somatório de instituições na sociedade inseridas esteve sempre a “*intervir*” na ordem social e, por isso, a desenvolver *políticas públicas*. O advento, neste século, do Estado “*intervencionista*” desencadeia, contudo, um verdadeiro *salto qualitativo*, que informa, enriquecendo-o, o conteúdo de suas atuações.

4. A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal. A economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para o que é chamado a atuar o Estado. A “*mo invisível*” de Smith é substituída pela *mo visível* do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais se tenham dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da *economia política* caminhássemos para a *política econômica*.

Deixa o Estado, desde ento, de “*intervir*” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* atua no apenas como *terceiro-árbitro* mas também como *terceiro-ordenador*.

Essas políticas, contudo, no se reduzem à categoria das *políticas econômicas*; antes, de modo mais amplo, englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*). A expresso *políticas públicas*, assim, designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida

⁷ O modo de produção capitalista supe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Dai porque se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele “*intervem*” e cumpre papel de “*regulação*” da economia (Nicos Poulantzas, “*Les transformations actuelles de l’Etat, la crise politique et la crise de l’Etat*”, in *La crise de l’Etat*, 2a. ed., Paris, PUF, 1977, p. 33).

social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma *política pública* o direito é também, ele próprio, uma *política pública*.

Uma das características produzidas por aquele *salto qualitativo* encontra-se na circunstância de romper-se a rigidez da separação entre *Estado e sociedade*, qual cristalizada no momento inicial, *liberal*, do Estado.

5. O discurso neoliberal postula o rompimento da concepção de *Estado do bem-estar*.

Esse discurso é projetado desde um quadro de transformação que se opera na base econômica a revolução da informática, da microeletrônica, das telecomunicações. Um passo histórico foi consumado e esse é um dado da realidade. O capitalismo se transforma ao tempo em que fracassam as experiências do chamado “*socialismo real*” e isso o “*reforça*”. Reestrutura-se a nível planetário, no advento de uma *poliarquia global*,⁸ internacionalizada, globalizada.

Essa transformação histórica reclama análises empreendidas a partir de novas categorias epistemológicas, necessárias não apenas à *explicação*, mas sobretudo à *crítica* do discurso.⁹

Ao jurista parece-me deve importar imediatamente a afirmação, enunciada naquele discurso, de “*mais sociedade, menos Estado*”.

6. Penso, no obstante, estarem a olvidar, os áulicos do neoliberalismo, que o *Estado do bem-estar* ainda é uma máquina essencialmente capitalista.

A reafirmação da excelência do *mercado livre*, entendo deva ser objeto de detida reflexo.

De outra parte, embora não seja este o momento adequado para uma análise das virtudes e das desvantagens do cumprimento, pelo Estado, de suas *funções* de *integração* e de *modernização capitalista* [esta análise seria tardia, mesmo porque o mundo, a esta altura, já está dividido entre Estados nos quais o capitalismo manifesta-se integrado e modernizado e Estados em que isso não ocorre] importa considerarmos que o intervencionismo estatal e as políticas de subsídios praticadas no Terceiro Mundo, à custa de um violento endividamento social, fracassaram: o Terceiro Mundo não se modernizou. Mas, se isso ocorreu entre nós, que cá vivemos, no Terceiro Mundo, o inverso se manifestou acima do Equador; pois é justamente

⁸ Expresso de que lança mo Juan Ramón Capella em texto inédito “Deemocracia más allá de la soberanía” discutido no Centro de Investigaciones Jurídicas da UNAM, México, em seminário realizado em abril de 1993.

⁹ Será no mínimo ingênua a suposição de que o discurso neoliberal reproduz o individualismo possessivo em sua pureza; o fenômeno reclama reflexo, prática aparentemente em desuso.

o perfeito desempenho, lá, dessas funções, que viabiliza seja o discurso neoliberal, lá, fluentemente pronunciado.

Logo, se esse é o discurso da *modernidade* (ou da *pósmodernidade* ?), como se propala, cumpre indagarmos o que significa, atualmente, nos quadros da natureza singular do presente, ser *moderno*.¹⁰

Modernos so a economia japonesa e os regimes de protecionismo econômico interno europeu e norte-americano, *que no fazem nenhum exemplo de mercado livre*.

De modo que ser *moderno*, hoje, é no mínimo já ter consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação; de que os postulados da racionalidade dos comportamentos individuais, do ajuste espontâneo das preferências e da harmonia natural dos interesses particulares e do interesse geral so insuficientes; de que os fenômenos de dominação desnaturam o mercado. Assim, parece-me que a opção por um *mercado livre*, hoje, apenas no corresponde a uma aspiração de volta ao passado porque em verdade os mercados jamais funcionaram livremente. A noção de *mercado livre* tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um *tipo ideal*. O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o *Estado moderno*, em última instância, é produzido pelo capitalismo.

Dai também porque o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que no prescinde de uma ordem jurídica estatal, cujo modelo projeta um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (*perante a lei*), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que se compe nesse modelo há de ser abstrata e geral e, em um primeiro momento, a essa ordem jurídica é atribuída a função de viabilizar a circulação mercantil. Apenas em um segundo momento, marcado pelo fenômeno do advento das crises nos processos de mercado, essa mesma ordem jurídica passa, ademais disso, a ser manipulada pelo Estado como instrumento de implementação de suas políticas, em última instância voltadas à superação das crises e à preservação dos mercados.

7. É necessário, pois, precisarmos o significado veiculado pela expressão “*mercado livre*”.

¹⁰ Os neoliberais, sobretudo, fazem uso da dicotomia arcaico/moderno, preferindo-a, em relação à dicotomia esquerda/direita, para evidenciar diferenças entre idéias e homens; nesse quadro, imediatamente associam a atuação estatal na e sobre a economia ao arcaico, indicando como expresso do moderno os ideais da livre empresa e da livre concorrência.

“*Mercado livre*” pode, por um lado, expressar estereótipo que se coloca em oposição ao modelo de *Estado moderno*. A *crise* do nosso tempo é, em sua origem, no *crise* da intervenção estatal *na e sobre* a economia,¹¹ porém *crise do Estado*.

O que se encontra enterrado sob o muro de Berlim tenho reiteradamente repetido é esse *modelo de Estado*. Da *crise* do Estado decorre no apenas a *crise* do socialismo, mas uma outra *crise*, mais ampla, que abrange os sistemas econômicos apoiados sobre aquele modelo de Estado, o *direito formal*¹² e os próprios mercados.

“*Mercado livre*”, expresso tomada sob essa conotação, há de ser então concebida como idéia de correção menos da intervenção estatal do que da própria *noção de Estado*, do que há de sobrevir no a destruição, mas a constituição de um *novo modelo de Estado*. Neste sentido, ao que tudo indica, caminhamos.

Se, no entanto, a expressão “*mercado livre*” for usada sob conotação indicativa de um retorno ao passado, neste caso nem será necessário que a afastemos, pois a realidade histórica e basta lembrar as experiências, recentíssimas, inglesa e norte-americana recusa as postulações ideológicas por ela veiculadas.

8. Habermas, no seu texto sobre a *crise* de legitimação do capitalismo tardio,¹³ observa que, diante das *crises*, o Estado passa a perseguir o fim declarado de conduzir o sistema econômico, visando evitá-las. Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal.

Em primeiro bloco, as atividades de *constituição e preservação* do modo de produção, de sorte que certas premissas da existência contínua do sistema sejam realizadas (v.g., legislação anti-trust, estabilização do sistema monetário).

Em um segundo grupo, as atividades de *complementação* do mercado, de modo que o sistema jurídico seja adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento.

Um terceiro bloco compreende as atividades de *substituição* do mercado, em reação frente à debilidade das forças motrizes econômicas (v.g., qualificação de mo de obra, estímulo ao desenvolvimento tecnológico).

No quarto, finalmente, as atividades de *compensação* de disfunções do processo de acumulação (o Estado assume efeitos externos da economia privada; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados; implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores).

11 Vide nota (7).

12 Vide meu A dupla desestruturação do direito, citado na nota (4).

13 *Legitimations probleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, pp. 77/79.

As duas últimas modalidades *substituição e compensação* Habermas as identifica como típicas do capitalismo organizado.

9. As observações até este ponto enunciadas me permitem tomar como objeto de perquirição um dos aspectos que, no quanto mais diretamente importa ao jurista, tenho como relevante. Refiro-me à afirmação de “*mais sociedade, menos Estado*”. A busca de “*mais sociedade, menos Estado*” supe a substituição da *regulação estatal* [= *regulamentação*] por *regulações sociais*.

Aí a “*deregulation*” dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo “*regulação*”.¹⁴ E, nisso, a estruturação de uma nova *teoria do direito*.¹⁵ Uma teoria *sistêmica* que pressupe a *harmonia dos interesses* e a possibilidade da construção (através de “*mo invistível*”?) do *coletivo* a partir do *individual*; teoria, vê-se para logo, estruturada desde uma viso estática e conservadora da ordem social. Essa teoria a *teoria da regulação* ao supor seja a sociedade auto-sustentável, prope a *regulação* a partir “*de dentro*” (substitui a *exoregulação* pela *endoregulação* ou *autoregulação*) e, ao dispensar a participação do Estado (também) como agente de produção do *direito moderno*, deita por terra a concepção da “*volonté générale*”, ignora a correlação entre *direito* e *violência*¹⁶ e a noção de *interesse público* recuperada como *interesse social* e predica serem todos os homens dotados da sabedoria da *prudência*.

So inúmeros, aqui, os pontos que reclamam reflexo, mas que, no espaço desta minha exposição, apenas brevemente cabe mencionar, um ou outro.

De uma parte, indagaría eu se, de fato, o apelo à *regulação* está fundado na suposição de que o capitalismo pode prescindir do *direito moderno*.¹⁷ Isso no me parece crível, visto que o *direito moderno* funciona como verdadeira *política pública*, da qual lança mo o Estado para *preservar* os mercados; e isso, mesmo depois que “*os bárbaros se foram...*”¹⁸. O *direito moderno* é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo no dos socialistas, mas dos capitalistas... Dizendo-o de outro modo: a destruição do Estado hoje, no momento histórico

14 Como os norte-americanos usam o vocábulo “*regulation*” para significar o que designamos “*regulamentação*”, “*deregulation*”, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo “*regulação*”; vale dizer: a “*deregulation*” dos norte-americanos está para a “*regulation*” assim como, para nós, a “*regulação*” está para a “*regulamentação*”.

15 Note-se que a *regulação* pode ser tomada tanto como *objeto* [a prática da *regulação*] quanto como *teoria do social*.

16 Vide, por todos, Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Bari, 1992, especialmente p. 18 e ss.

17 A respeito do direito moderno, vide meu *A dupla desestruturação do direito*, citado na nota (4).

18 Vide Norberto Bobbio, *O reverso da utopia*, in “*Depois da queda*”, Robin Blackburn (org.), trad. de Maria Inês Rolin, Paz e Terra, São Paulo, 1992, p. 20.

presente, pelo capitalismo, consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados, os mercados, à mercê dos capitalistas...

Por isso mesmo, e porque estou convencido de que a proposta da *regulação* é *ambígua* o movimento [da *regulação*] no postula a *anomia* nos mercados, porém *novas modalidades de regulação*,¹⁹ mais eficientes a *teoria [jurídica] da regulação* no é consistente. Consistente, no sentido de que *no prope a excluso do terceiro-ordenador* [o Estado, que é também *terceiro-árbitro*]. Ou o *prope*? Se é isso o que *prope* e isso é mais grave do que tudo nisso e com isso estará a escamotear a imagem de um *terceiro-ordenador* (o “*grande irmo*”, comandante em chefe da *poliarquia* [Capella]), qual, é óbvio, pretende escamotear o conflito.

De outra parte, da trilha que aparentemente estamos a palmilhar, na construção de uma grande Idade Média, vê-se bem as pedras quando visualizamos, na *regulação* aplicada à organização da atividade econômica (aqui como *autoregulação*), a institucionalização de autênticas *corporações de ofício*. A *contradição* que é própria dele neste passo aparece inteiramente desnudada: quem poderia supor que uma das manifestações do *discurso neo-liberal*, a da *autoregulação*, conduzisse justamente a um retorno às *corporações de ofício* (!!!); o capitalismo no perde o pêlo...

10. Que no fique, de modo nenhum, a impresso de que desenvolvo discurso, irreversível, de radical oposição a essa teoria.

A História ensina que nada é irreversível. O cotidiano tem me dado provas de que apenas os que já no pensam so proprietários de certezas. Mantenhome na expectativa dos efeitos que a prática da teoria produzirá.

De toda sorte, embora seja capaz de admitir possa a teoria ser aplicada de modo socialmente adequado às relações de *comunho de escopo* travadas entre os homens, penso ser ela de todo inadequada àquelas que denominamos *relações de intercâmbio*. Nas primeiras, as vontades dos que entram em relação caminham paralelas; nas segundas, essas vontades se encontram em oposição.²⁰

¹⁹ Vide meu A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), cit., pp. 47/52.

²⁰ Refiro-me à distinção que ope os contratos de intercâmbio e os contratos de comunho de escopo, equacionada por von Jhering em seu monumental *Der Zweck im Recht (Erster Band, Zweite Umgearbeitete Auflage, Britkopf & Härtel, Leipzig, 1884, pp. 212/213)*. Nos contratos de intercâmbio os interesses das partes esto em contraposição, polarizados. Cada parte persegue os seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é o meu lucro (sein Schaden mein Gewinn). Nos contratos de comunho de escopo von Jhering refere-se aos contratos de sociedade os interesses dos contratante so paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (sein Vorteil mein Vorteil, sein Vorteil sein Vorteil). A distinção, em verdade, fora já discernida por Grotius, no século XVII, como observa Ascarelli (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito*

Isso me permite afirmar que embora o recrudescimento da ideologia do *mercado livre* possa, de fato, induzir a redução de inúmeras das funções do Estado inclusive a de produção do *direito moderno* em determinados setores, a sua função de *exoregulação* do mercado ha de subsistir, em benefício do mercado. Refirome especialmente à quarta categoria de atividade estatal enunciada por *Habermas*, a de *compensação* de disfunções no processo de acumulação.

Atuação do Estado para o fim de *compensar* essas disfunções é ainda indispensável a produção do que temos designado *direito moderno*. E tudo me faz crer assim o Estado no se afastará (ou no será afastado), para os no *regulamentar*, seno de setores que possam persistir desregulamentados sem comprometimento do dinamismo dos mercados. Ademais, insisto, penso ser, a *regulação*, inteiramente inadequada à ordenação das relações sociais que designamos como *relações de intercâmbio*.

11. A quantos estejam envolvidos com o *direito*, pretendendo dele cogitar no apenas como *técnica*,²¹ incumbe refletir a respeito da racionalidade do discurso neoliberal e desse seu desdobramento, a noção de *regulação*.

Poderemos eventualmente encontrar aí uma via à estruturação de um *novo direito*. Ou, talvez, apurar que precisamente esta, a da *regulação*, é, para tanto, a via a no ser percorrida...

Comparado, 2a ed., Saraiva, São Paulo, 1969, p. 255): os contratos de intercâmbio dirimunt partes, os de comunho de escopo communionem adferunt. Se nos contratos de intercâmbio o elemento fundamental é o sinalagma vinculo de reciproca dependência entre as obrigações do contrato bilateral na associação, como na sociedade e no consórcio, o elemento fundamental é o escopo (objetivo) comum (Vide Fbio Konder Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 137 e *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 44). Daí a observação, ainda de von Jhering (*op. cit.*, p. 208); o contrato de intercâmbio tem por pressuposto a diversidade, enquanto que o contrato de sociedade contrato de comunho de escopo a identidade de objetivo.

²¹ Vide meu *A dupla desestruturação do direito*, citado na nota (4).