



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

THIAGO VIEIRA MATHIAS DE OLIVEIRA

**A RELAÇÃO DE PODER E A REORGANIZAÇÃO DA
ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO DIANTE
DOS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO**

Londrina
2009

THIAGO VIEIRA MATHIAS DE OLIVEIRA

**A RELAÇÃO DE PODER E A REORGANIZAÇÃO DA
ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO DIANTE
DOS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador. Prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

Londrina
2009

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

O48r Oliveira, Thiago Mathias Vieira de.
A relação de poder e a reorganização da atuação estatal no
domínio econômico diante dos processos de globalização / Thiago
Mathias Vieira de Oliveira. – Londrina, 2009.
142 f.

Orientador: Elve Miguel Cenci.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade
Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2009.
Inclui bibliografia.

1. Direito econômico – Teses. 2. Soberania – Teses. 3. Estado –
Teses. 4. Globalização – Teses. I. Cenci, Elve Miguel. II. Univer-
sidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

THIAGO VIEIRA MATHIAS DE OLIVEIRA

**A RELAÇÃO DE PODER E A REORGANIZAÇÃO DA
ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO DIANTE
DOS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior
Universidade Estadual de Londrina

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi
Universidade de Marília.

Londrina, 26 de fevereiro de 2009.

A Londrina, cidade que me acolheu como um filho, onde senti a vida em minhas mãos junto com a dificuldade de seus desafios e onde descobri a força para vivê-la, apesar disso. Sentirei saudades...

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Elve Miguel Cenci, um orientador compreensível e prestativo que, respeitando minhas opiniões, sempre confiou em meu trabalho.

A Prof^a. Dr^a. Marlene Kempfer Bassoli, a quem nunca poderei retribuir, mas apenas agradecer por tudo que fez e por tudo que representa para mim.

Aos meus pais Fernando e Ilda e a meus irmãos Willian e Fernanda, a melhor família que eu poderia ter.

Ao Sollu's Vocal Masculino, por me proporcionar arte, por me oferecer o amor, por confiar em meu trabalho, por me ensinar a conviver e a respeitar, por colaborar para minha felicidade.

A todos que conviveram comigo durante o período de realização deste trabalho, pela compreensão.

É muito melhor lançar-se à luta em busca do triunfo mesmo expondo-se ao fracasso, do que não arriscar e formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito e nem sofrem muito, apenas vivem numa penumbra cinzenta sem saber nem o que é a vitória e nem o que é a derrota (Theodoro Roosevelt).

OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico diante dos Processos de Globalização.** 2009. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

RESUMO

Retrata a formação histórica do Estado Nacional na transição da Idade Média para a Modernidade e expõe a construção da noção de soberania correlata a este processo. Ressalta que as relações de dominação se desenvolvem em sociedade, independentemente do estabelecimento de um ente soberano e que as relações de poder provêm de relações sociais de diversas naturezas, ligadas ou não ao Estado. Reconstrói o pensamento de Hobbes a respeito da formação do Estado moderno, ressaltando os motivos por que defende o exercício absoluto do poder político pelo soberano. Coteja o modelo guerra-repressão de análise das relações de poder utilizado por Foucault para demonstrar como a concepção de Hobbes sobre a passagem do estado de natureza para o estado civil deixa de lado a constância com que as relações de poder se estabelecem em sociedade. Relata como os acontecimentos do século XVIII conduziram às concepções liberais de Estado e de limitação do poder político. Aponta que a ênfase liberal dada à oposição entre liberdade e exercício do poder político oculta a necessidade de um espaço de liberdade para que as relações de poder se estabeleçam. Destaca a contribuição da doutrina do Estado democrático para as doutrinas sobre a personalidade jurídica dos Estados enquanto titulares da soberania. Demonstra que as relações de poder podem se estabelecer em diversas instituições, que não são fontes de poder, mas campos em que as relações de força se desenvolvem. Aponta a deficiência do conceito tradicional de soberania para explicar as relações entre os Estados Nacionais, principalmente diante dos efeitos dos processos de globalização. Enquadra as ações dos Estados intervencionistas no modelo de controle de massas fornecido pela biopolítica, destacando a crise deste modelo de Estado na era global, bem como a forma com que as técnicas de segurança compreendem a reorganização da ação estatal diante da economia. Destaca como a razão de estado liberal configura-se uma autolimitação da governamentalidade e orienta a implicação entre esfera política e esfera econômica em tempos de globalização. Aponta as transformações que os processos de globalização operaram no direito no plano interno e no plano internacional e como a forma de controle disciplinar retrata as novas categorias jurídicas resultantes dessas alterações. Relata as novas características da intervenção do Estado sob do domínio econômico diante dos processos de globalização e do texto da Constituição Federal de 1988. Relaciona a formulação de um novo conteúdo da regulação econômica por parte do Estado às alterações da atividade de planejamento econômico, de normatização pelas agências reguladoras e de prestação de serviços públicos no Estado brasileiro.

Palavras-chaves: Poder. Soberania. Direito. Economia. Globalização.

OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **The Relationship of Power and the Reorganization of State Action in Economic Area Before the Processes of Globalization.** 2009. 142f. Dissertation (Master`s degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

ABSTRACT

It portrays the historical formation of the National State in the transition from the Middle Ages to Modernity and outlines the construction of the concept of sovereignty related to this process. It emphasizes that relations of domination are developed in the society, regardless of the establishment of a sovereign entity and that the power relations come from social relations of various kinds, whether or not linked to the State. It reconstructs the thought of Hobbes on the formation of the Modern State, highlighting the reasons why he supports the full exercise of political power by the sovereign. It compares the prosecution of war-model analysis of the power used by Foucault to demonstrate how the design of Hobbes on the passage of the state of nature to the civil status abandons the consistency with which power relations are established in society. It reports as the events of the eighteenth century led to liberal conceptions of state and limitation of political power. It suggests that the emphasis given to the liberal opposition between freedom and exercise of political power hides the need for a space of freedom for which power relations are established. It highlights the contribution of the doctrine of the democratic state to the doctrines on the legal personality of the States as holders of sovereignty. It shows that power relations can be established in various institutions, which are sources of power, but the fields in which power relations are developed. It highlights the deficiency of the traditional concept of the sovereignty to explain the relationships between nation States, mainly in view of the effects of processes of globalization. It fits the actions of the interventionist model in the control of bodies provided by biopolitics, highlighting the crisis of this type of State in the global era and the way that the security techniques include the reorganization of state action before the economy. It highlight as the reason of state is a liberal set of self government and guides the involvement of political and economic sphere in times of globalization. It shows the changes that the processes of globalization in the operated right at home and internationally and how to control disciplinary portrays the new legal categories that result from changes. It describes the new features of the state intervention in the economic domain before the process of globalization and the text of Constitution of 1988. It relates the development of a new substance of economic regulation by the state to changes in activity of economic planning, standardization of the regulatory agencies and public service contracts in the Brazilian state.

Keywords: Power. Sovereignty. Law. Economics. Globalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SOBERANIA: O PARADIGMA DO ESTADO MODERNO E DO MODELO JURÍDICO CONTRATUALISTA	12
1.1 O FUNDAMENTO HOBBSIANO DO PODER LIVRE E A UTILIZAÇÃO DO MODELO GUERRA-REPRESSÃO PARA ANÁLISE DAS RELAÇÕES DE PODER..	15
1.2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO: O PARADIGMA DA LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO E A LIBERDADE ECONÔMICA. PODER E RESISTÊNCIA.	24
1.3 SOBERANIA NACIONAL E SOBERANIA POPULAR. O EXERCÍCIO DO PODER PELO ESTADO, A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO E AS INSTITUIÇÕES DE PODER	34
2 TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS ACARRETADAS PELOS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO E A INOPERABILIDADE DO CONCEITO TRADICIONAL DE SOBERANIA	46
2.1 GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O EXERCÍCIO DA SOBERANIA: O IMPACTO NO INTERIOR DOS ESTADOS E NA SOCIEDADE INTERNACIONAL	49
2.2 O ESTADO SOCIAL, AS FORMAS DO DIREITO E O CONTROLE: NASCIMENTO DA BIOPOLÍTICA E O CONTROLE DAS MASSAS.....	53
2.3 O PROCESSO ECONÔMICO NA ERA GLOBAL E A CRISE DO ESTADO SOCIAL. AS TÉCNICAS DE SEGURANÇA E A GOVERNAMENTALIDADE MODERNA	57
2.3.1 A Particularidade da Implicação Necessária entre Dimensão Econômica e Política da Globalização: Autolimitação da Governamentalidade	68
2.4 AS NOVAS CARACTERÍSTICAS DO PLANO INTERNACIONAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO	72
2.4.1 Globalização e Seus Reflexos Sobre o Exercício da Soberania: As Transformações do Direito na Busca de um Espaço Jurídico Integrado e o Poder Disciplinar	75
3 O EXERCÍCIO DO PODER E A COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E ECONOMIA: A NOVA INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO	82

3.1 A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONCEITO REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA: O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIROS DIANTE DO PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO.....	85
3.2 REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA E PLANEJAMENTO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. PLANEJAMENTO E CONHECIMENTO ECONÔMICO E SOCIEDADE CIVIL	96
3.3 REGULAÇÃO ECONÔMICA EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO. AS AGÊNCIAS REGULADORAS SE SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA DIANTE DAS TÉCNICAS DISCIPLINARES DE CONTROLE	105
3.4 A POSTURA REGULATÓRIA E A NOVA CONFIGURAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. O ATRELAMENTO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO À INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER.....	118
CONCLUSÕES	129
BIBLIOGRAFIA	135

INTRODUÇÃO

O sistema centralizado de soberania do Estado Nacional instrumentalizado pelo Direito vem sendo transformado diante do aprofundamento das inter-relações que se estabelecem entre os setores da vida em que se costumou agrupar metodologicamente a sociedade até final do século XX. A reconfiguração das relações entre os agentes nacionais e internacionais, agrupadas sob o título de globalização, ressaltou a inexistência do exercício do poder político pelo Estado. Essa evidência apontada se salienta quando se trata das relações de poder que se estabelecem no domínio econômico, cuja a área de seu exercício ultrapassou as fronteiras dos Estados.

Ao relacionar as searas sociais de forma que cada um influencia o desenvolvimento do outro, as interações transfronteiriças destacadas pela globalização reconfiguraram a estrutura do Estado a partir do relacionamento indissociável entre poderes político e econômico e legitimaram as desigualdades com que se estabelecem as relações entre os agentes como uma desigualdade na distribuição do poder em geral. As transformações neste sentido revelaram a inoperância da estrutura de um Estado que se faz fortemente presente no processo econômico e regula os mercados de diversas formas. A globalização do sistema produtivo atingiu a eficácia interna do sistema jurídico baseado na soberania do Estado e reivindicou a adaptação do Direito às novas estruturas nacionais e internacionais de organização social.

Daí o interesse em pesquisar a maneira como as relações de poder podem se retratadas para explicar as relações de força que se estabelecem entre os indivíduos dispostos socialmente, entre o Estado e estes indivíduos quando delimitados pelo território daquele e entre os Estados estabelecidos no espaço global. Pretende-se demonstrar que o modelo tradicional da teoria do direito que vislumbra as normas jurídicas como resultado da supremacia do poder político exercido pelo Estado não é útil para a fundamentação dessas relações na atualidade.

Para dar conta desse objetivo, no primeiro capítulo, realiza-se um levantamento dos principais aspectos das doutrinas jusnaturalista-contratualistas a respeito da constituição do Estado que influenciaram toda filosofia política moderna

e acarretam conseqüências nas análises políticas contemporâneas, apontando, por meio do marco teórico de Michel Foucault a respeito da análise das relações de poder, as dificuldades em considerar o poder político absoluto, exercido em relações em que não se detecta a resistência e por instituições que centralizam seu exercício.

O segundo capítulo é dedicado às formas que Michel Foucault propõe para análise das relações de poder que podem ser utilizadas para retratação da realidade dos Estados e das economias nacionais diante dos efeitos acarretados pelos processos de globalização.

O terceiro capítulo pretende explorar como as transformações do Estado e da economia e a implicação entre as searas política e econômica em tempos de globalização reconfiguram a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, tomando por substrato os temas do planejamento econômico, do poder normativo das agências reguladoras e das transformações da noção de serviço público diante da Constituição Federal de 1988.

1 SOBERANIA: O PARADIGMA DO ESTADO MODERNO E DO MODELO JURÍDICO CONTRATUALISTA

A noção de soberania como poder exercido a partir da estruturação de uma organização política pode ser discutida ainda no contexto da Antiguidade, quando equivalia à noção de Nação (*natio*), à autodeterminação ou à integração cultural a partir de uma união de pessoas com a mesma identidade e experiência histórica. Nesta época, mediante o esforço de seus membros, a recém-estruturada organização política alcançou auto-suficiência e agregou à sua estrutura as demais organizações sociais, conquistando independência em relação às organizações políticas externas. Estas características básicas atravessaram a Idade Média e compuseram a idéia de soberania dos Estados Modernos.

Durante a Idade Média a soberania se caracterizava por um poder supremo que não reconhecia outro acima de si e que resultava do contraste entre Império, Igreja e senhores feudais. A concepção de direito privado predominante neste período professava que a independência do Império decorria de um privilégio provindo da prescrição e posse imemorial do Imperador. A soberania não era considerada decorrente da natureza do Estado. O Imperador era o único que detinha o direito de conceder o título de rei e os reis exerciam “poderes imperiais” nas terras do império por concessão do Imperador. Os reinados, baseados na divulgação de independência do Estado perante a Igreja, se inconformavam diante da superioridade imperial. Os senhores feudais, dotados de poderes semelhantes aos poderes do Estado soberano, desenvolveram instituições com características semelhantes às instituições de caráter público e que, na circunscrição territorial atendida pelo feudo, não se submetiam a qualquer regramento superior.

As relações feudais que sucederam à queda do Império Romano do Ocidente proporcionaram, durante a Idade Média, a desintegração das cidades, a crescente ruralização e o enfraquecimento do reino e do poder do rei. Por isso, Carlos Magno já incentivara o vínculo de vassalagem, proporcionando doações de benefícios da terra em troca do juramento de fidelidade e serviços prestados ao reino. Os nobres mais importantes – duques, condes e marqueses – recebiam feudos diretamente do imperador, tornando-se seus vassallos diretos. Por sua vez, podiam repassar parte destes feudos a outros nobres menores – viscondes, barões

e cavaleiros – criando uma escala hierárquica de suserania e vassalagem que abrangia toda a aristocracia.

Ao estabelecer um laço feudal, um suserano passava a prover as necessidades de um vassalo, que passava a dever toda a sua honra a seu suserano. Essa dependência pode ser representada pela necessidade de defesa, pela provenção de terras e alimentos por parte dos suseranos e por trabalhos nas terras ou pagamentos de impostos e banalidades por parte dos vassalos. Os laços vassálicos se estenderem largamente de forma que um suserano poderia ter um vassalo, que por sua vez era suserano de outro vassalo, que também designava um outro laço de vassalagem, criando uma ampla rede feudal. Com isso, estabeleceu-se uma dependência entre senhores proprietários de terra e uma enorme camada camponesa, além das relações de dependência que se estabelecera entre as várias classes aristocráticas e o Imperador.

No plano interno, a organização política medieval pode ser resumida de forma esquemática na aliança entre reis e classe burguesa – entendida aqui como classe não produtora, não ligada diretamente à terra – para se opor aos senhores feudais. No plano externo uniram-se o Sacro Império Romano Germânico e a Igreja Católica em oposição às monarquias nacionais em formação. Este cenário perdurou até o final da Idade Média e evidenciou a necessidade da concentração do poder para dizimar as forças regionalistas que atuavam de forma a imprimir desmembramentos do ente estatal em formação.

As relações de força que se estabelecem na Idade Média servem para corroborar a analítica que Foucault empreende a respeito das relações de poder que se estabelecem na sociedade. Se as características da organização política da Antiguidade apontavam para a confirmação de que o poder político só poderia ser exercido no interior desta organização e que esse poder devia sua própria existência a esta organização e a sua capacidade de centralização, as relações medievais demonstraram que, mesmo as relações estabelecidas sob uma organização política complexa como nos feudos, onde era improvável identificar um ente ou uma pessoa soberana, exerce-se relações de dominação, se sujeita e estabelecem-se resistências. As relações de vassalagem revelam que desde o Imperador até os camponeses, todos os estamentos exercem influencia sobre e são influenciados por outros estamentos de forma independente da centralização de fontes de poder.

As relações de poder não emanam de um ponto central ou de um foco único de soberania, mas vão a cada instante de um ponto a outro no interior de um campo de forças, marcando inflexões, retrocessos, retornos, giros, mudanças de direção, resistências. É por isso que elas não são localizáveis numa instância ou noutra; por isso as relações de poder não são conhecidas (DELEUZE, 1988, p. 80), eis o motivo da configuração de uma verdadeira microfísica do poder, uma multiplicidade de integrações locais e parciais, de relações infinitesimais difusas. “Os poderes se exercem em níveis variados e em pontos diferentes da rede social e neste complexo os micropoderes existem integrados ou não com o Estado” (MACHADO, 1979, p. XII).

Ao introduzir a dimensão dos micropoderes na análise política, Foucault não teve a intenção de diminuir a importância e a eficácia do poder do Estado, mas ressaltar que a insistência exagerada sobre seu papel e sobre seu papel exclusivo pode deixar escapar todos os mecanismos e efeitos de poder que não passam diretamente pelo aparelho de Estado. Os grandes aparelhos de exercício do poder, como o é o Estado, não são negados, mas funcionam sempre baseados nos dispositivos de dominação disseminados socialmente. O poder não precisa necessariamente se verter sob o viés político, podendo vir a atingir a realidade mais concreta o indivíduo, como o seu corpo. O Estado é apenas uma das cristalizações ou institucionalizações de algumas das relações de poder estabelecidas em sociedade. A rede de poderes das sociedades modernas não é uma extensão dos efeitos da ação do Estado e a análise eficaz de sua instituição não deve tomá-lo como unidade global, como unidade estatal de soberania, mas como um aparelho que define certo número de estratégias globais a partir de uma multiplicidade de sujeições (FOUCAULT, 2005, p. 52).

A noção de Estado descreve um padrão específico de ordenamento político que começou a se concretizar a partir do século XII com a expansão urbana e comercial, contribuindo para seu desenvolvimento os conflitos entre Igreja, baronato, suseranos feudais, monarcas e burguesia mercantil em torno da unificação de estruturas de poder territorialmente fragmentadas e da aplicação de regras de direito válidas para todos os habitantes (FARIA, 2002, p. 17). Mas somente no final do século XV os grandes Estados Nacionais europeus se organizam condicionados pela expansão da Administração Pública e pela extensão da cidadania.

Ainda que o termo “Estado” tenha sido utilizado pela primeira vez por Maquiavel, quando da publicação de “O Príncipe” em 1513, e, apesar da difusão do termo durante todo século XVI, somente a partir de 1648, ocasião da assinatura da Paz de Westfália, consubstanciada em dois tratados assinados em Munster e Onsbruck¹, é possível afirmar a constituição do Estado dotado de características muitas bem definidas, principalmente a consolidação de suas fronteiras nacionais, a exclusividade do exercício de dada fonte aglutinadora de poder no âmbito de um dado universo geográfico e a determinação, em âmbito interno, da natureza das políticas interna e externa, em abandono definitivo dos modos de organização política e de produção econômica feudais. Somente a partir desses acontecimentos e da experiência dos Estados absolutos modernos que a soberania adquire um significado teórico. Neste contexto, procedeu-se a análise das relações de poder no interior dos limites dos territórios estatais e a consagração do modelo de soberania externa absoluta.

1.1 O FUNDAMENTO HOBBSIANO DO PODER LIVRE E A UTILIZAÇÃO DO MODELO GUERRA-REPRESSÃO PARA ANÁLISE DAS RELAÇÕES DE PODER.

No final da Idade Média, os conflitos estabelecidos entre Império, Igreja, reis, proprietários de terra, camponeses e não proprietários conduziram à formação dos Estados Nacionais em que se institucionalizou o exercício do poder. Isso quer dizer que a organização territorial e militar recém-formada estabeleceu a oficialidade de determinadas obrigações ou sujeições que deveriam ser cumpridas por todos da circunscrição territorial. Durante os séculos XIV e XV, o Estado feudal, descentralizado politicamente, vai sendo substituído pelo Estado nacional, de modelo político centralizado. Em defesa de seus próprios interesses, a aristocracia comercial feudal, que comporia a futura classe burguesa na Modernidade, apoiou a realeza contra os senhores feudais proprietários de terra.

¹ Nesta ocasião foram fixados os limites territoriais resultantes de guerras religiosas, principalmente a Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e aliados contra a Alemanha. Pactuada a paz, a França consolidou inúmeras aquisições territoriais e à Alemanha, apesar de derrotada e prejudicada territorialmente, foi reconhecido vasto território dentro do qual exerceria poder soberano.

Se por um lado, a monarquia se fortalecia como única classe que aparentemente exercia dominação política sobre as demais porque dotada de organização administrativo-tributária, militar, diplomática e comercial e porque apoiada pela classe aristocrática comercial, por outro uma aristocracia fundiária também ganhava vigor, consolidada economicamente em unidades de propriedades feudais garantidas pelo reino, independentemente das relações de vassalagem. E o campesinato já não se relacionava com os proprietários na forma vassalagem-suserania, mas se via sujeitado economicamente pelos proprietários por meio do sistema de propriedades. O que se pode levantar como verdadeira transformação da transição do Medievo para a Idade Moderna foi o desenvolvimento da classe burguesa-mercantil nas cidades medievais cujas economias urbanas estavam libertas da dominação direta de uma classe dirigente rural e que evoluíam em direção às manufaturas pré-industriais (ANDERSON, 1984, p. 21).

Na iminência do século XV, em meio à crise financeira que atingiu as famílias não mais incutidas pelo sistema servil, o desenvolvimento das cidades somente foi possível a partir da prosperidade econômica de uma burguesia que não se via mais ceifada por uma economia de cunho fundiário-rural. “O paradoxo aparente do absolutismo na Europa ocidental era que ele representava fundamentalmente um aparelho para a proteção da propriedade e dos privilégios aristocráticos, embora, ao mesmo tempo, os meios através dos quais tal proteção que era promovida pudesse simultaneamente assegurar os interesses básicos das classes mercantis e manufatureiras emergentes” (ANDERSON, 1984, p. 39). Os Estados absolutos puderam se desenvolver nos limites estabelecidos no quadro do feudalismo reorganizado ao mesmo tempo em que criaram um sistema jurídico uniforme que permitiu a acumulação primitiva necessária ao triunfo posterior do modo capitalista de produção. Mas o Estado absoluto somente rompe definitivamente com o sistema feudal de produção quando, apoiado em uma centralização econômica e num protecionismo, a expansão ultramarina propicia a organização em massa da produção característica da indústria.

Talvez Thomas Hobbes (1588-1679) tenha sido o maior expoente da filosofia política moderna que fundamentou o absolutismo. Tangido pela transição medievo-modernidade, não admitia a salvação prometida pela Igreja; ao contrário, via nela um mal para o Estado. Por isso apresentou a descrição de um Estado que justificasse uma sociedade política independente de qualquer fundamento religioso.

Hobbes foi o grande fundamentador do Estado absolutista que tem como base de sustentação o regime monárquico e o capitalismo nascente da burguesia, que reclamava garantias para sua liberdade e para o cumprimento dos contratos que celebrava.

Hobbes, ao conceber seu sistema político, estava pressionado pelo problema da unidade do poder em uma época de difíceis lutas em torno da configuração e autoridade do Estado recém estabelecido, o que o levou a não admitir qualquer alternativa à anarquia além da autoridade do soberano, pois acreditava que o estado da divisão permanente só poderia ser combatido por um poder absoluto, indivisível e irrevogável. De acordo com sua configuração de Estado absoluto, o poder político deveria se manter adstrito à figura do soberano e ao aparato legal que serviria à institucionalização de sua ação.

Hobbes foi muito influenciado pelos movimentos sociais e políticos que presenciou na Inglaterra, apesar de nunca ter sido um ativista político, um homem de partido ou um conselheiro de príncipe, mas um erudito, um estudioso. Sua teoria do homem e do Estado formuladas no *Leviatã* e em *Sobre o Cidadão*, inserem-se dentro de um processo histórico de lutas sociais e econômicas bem definido: os conflitos entre poder real e poder do Parlamento na Inglaterra do século XVII.

Carlos I reinava na Inglaterra desde 1629 sem convocar o Parlamento, mas se vê sem recursos para enfrentar seus súditos rebeldes da Escócia, presbiterianos revoltados contra as tentativas monárquicas de lhes impor uma organização episcopal. É obrigado a convocar o Parlamento, único poder com autoridade para votar impostos e prover economicamente o reino. Reunido, este se recusa a este feito e é dissolvido por Carlos I, que meses depois é obrigado a convocar novo Parlamento. Em 1640, Hobbes, em oposição a esse Parlamento, se colocou como defensor do rei Carlos I (1600-1649), ameaçado pela revolução liberal. Para tanto escreve *Natureza Humana* e *Sobre o Corpo Político*, que circula em manuscritos e só viria a ser publicado em 1650. Tais escritos o fazem exilar-se em Paris por onze anos com medo dos movimentos antimonárquicos. Lá, em 1642 publica *Sobre o Cidadão*, ano em que eclode a Guerra Civil na Inglaterra. Em 1651 publica *Leviatã*, já quando a dissolução do Estado inglês levou ao extremo da guerra civil e ao regicídio. Por essa publicação é banido da corte Inglesa, já exilada em Paris.

Em 1652, Hobbes retorna definitivamente à Inglaterra, dominada pela ação de Cromwell (1599-1658), que comandara a revolução liberal de 1642, ocasião em que já está publicado o *Leviatã*, motivo pelo qual foi acusado de coadunar com o novo governo, fruto da revolução que condenara anteriormente. Além disso, o *Leviatã* provocou a ira das monarquias de toda Europa porque justificava um poder alcançado mediante a conquista e não como uma dádiva divina. Os argumentos da própria obra e o restante da vida de Hobbes negaram a associação ao governo revolucionário, a ponto de ter sido acolhido por Carlos II, quando da Restauração (1660) e de ter sua obra interpretada como apologia a esta. Publica em 1654 *Sobre o Corpo* e em 1658 *Sobre o Homem*. Em 1660 ocorre a restauração dos Stuart, com quem Hobbes se reconcilia.

Hobbes parte de um problema real de seu tempo para suas formulações: a Inglaterra, que se constituía uma monarquia constitucional, se via ameaçada pelas discórdias religiosas e políticas entre os dois poderes, Coroa e Parlamento, e pela disputa em torno da divisão dos poderes. Hobbes defende a unidade contra a anarquia, pois estava representava para ele o retorno do homem ao estado de natureza. O que ele mais temia não era a opressão que derivasse do excesso de poder, mas a insegurança que resultasse, ao contrário, da escassez de poder. O *Leviatã* é a síntese do hobbesianismo, fruto da combinação de um espírito mecanicista com as obsessões de um coração cheio de temor, ávido de paz para si próprio, como para seu país (CHEVALLIER, 1973, p. 67) e versa sobre todos os problemas filosóficos que se lhe apresentavam, propondo ao mesmo tempo, uma teoria do conhecimento, uma teoria política, uma teoria jurídica e uma teologia.

Para Hobbes a inexistência do Estado propicia um ambiente intolerável caracterizado pelo medo e pela desconfiança, decorrentes do fato de os homens se considerarem iguais quanto à sua capacidade e quanto à esperança de satisfação de seus objetivos. Em decorrência dessa natureza humana, este estágio pré-estatal é marcado por um estado de conflito violento, mas também de calma precária, de paz momentânea e de temor recíproco. A causa principal dessa insegurança reside na falta de um poder comum, que só se estabeleceria com a constituição do Estado. “Disto nasce um estado permanente de desconfiança recíproca, que leva cada um a se preparar mais para a guerra – e, quando necessário, a fazê-la – do que para a busca da paz” (BOBBIO, 1991, p. 34).

Aparentemente, Foucault (2005) atribui à guerra o mesmo significado que Hobbes, mas, ao pensar o funcionamento dos poderes e da política segundo o esquema guerra-repressão e segundo a oposição luta-submissão em oposição ao esquema contrato-opressão que se funda na soberania e no medo e/ou na vontade, na realidade critica a oposição entre legítimo e ilegítimo enquanto reconhecimento do exercício do poder, tanto quanto critica a aceitação da dominação como relação necessária à auto-proteção. Estes constituem esquemas consagrados pela tradição política jusnaturalista-contratualista predominante a partir do século XVII.

Se em Foucault a concepção de “guerra de todos contra todos” parece ter sido colocada como fundamento das relações de poder, manifestando-se em todos os instantes e em todas as dimensões, mesmo depois da constituição do Estado, essa guerra é tida por Hobbes como uma guerra nascida e que se desenrola no elemento dessa igualdade, o efeito imediato de uma não-diferença ou de diferenças insuficientes entre os homens. Se as diferenças entre os homens fossem marcantes no estado de natureza hobessiano, ou haveria um efetivo enfrentamento entre o forte e o fraco, o qual se resolveria definitivamente com a vitória do primeiro, ou então não haveria enfrentamento real diante da renúncia do fraco que constataria sua fraqueza (FOUCAULT, 2005, p. 104).

Esse cenário não revelaria um cenário direto de relação de forças reais, mas manifestações, representações, vontades disfarçadas, uma relação de *medo* temporalmente indefinida, isto é, uma espécie de diplomacia infinita de rivalidades que são naturalmente igualitárias, o que gera certa vontade radical, a soberania, formada com base no medo. Não se está na guerra, mas no estado de guerra, sem *enfrentamento direto de forças*. Hobbes torna a guerra, o fato da guerra, ou a relação de força efetivamente manifestada na batalha, indiferentes à constituição da soberania (FOUCAULT, 2005, p. 112). O cenário característico do modelo de guerra utilizado por Foucault para análise das relações de força, ao contrário, pressupõe um efetivo e constante embate de forças, seja em sede das instituições políticas, seja nas diversas relações de forças estabelecidas e disseminadas em sociedade.

Para Foucault, contrariamente ao que afirma a teoria jurídica derivada da filosofia política do contrato, o poder político não começa quando acaba a guerra. A guerra presidiu o nascimento da maioria dos Estados modernos. Das

batalhas e conquistas nasceram as leis, mas tanto Estado como a lei não são resultados acabados das vitórias, nem significam pacificação. “Estamos em guerra uns contra os outros; uma frente de batalha perpassa a sociedade inteira, contínua e permanentemente, e é essa frente de batalha que coloca cada um de nós num campo ou no outro” (FOUCAUT, 2005, p. 59).

Analisar o poder político sob o esquema guerra-repressão significa ressaltar-lhe a função de reinserir perpetuamente uma relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, até nos corpos de uns e de outros. Em qualquer sociedade, as múltiplas relações de poder se perpassam e caracterizam o próprio corpo social. Dessa maneira, sejam no interior das guerras belicosas, da paz civil ou das lutas políticas, os enfrentamentos a propósito do poder, com o poder, pelo poder e as modificações das relações de força, tudo isso, no interior de um sistema político, deveriam ser interpretados apenas como a continuação da guerra. E a repressão não se constituiria um abuso que ultrapassa a si mesmo ou que vai além dos termos do contrato, tornando-se opressão, mas o simples prosseguimento de uma relação de dominação, o emprego no interior dessa pseudopaz de uma relação de força perpétua (FOUCAULT, 2005, p. 24)

Hobbes não defende para o homem nem uma natureza aristotélica sociável nem uma natureza anti-social, que é o lugar comum da interpretação da “guerra de todos contra todos”, mas uma desconfiança radicalizada e racional. A disposição para a desconfiança, para a competição, enfim, para a guerra, não quer dizer que o homem é mau por natureza, mas que quer apenas, por meio de cálculos e desejos, buscar o melhor para sua conservação. O indivíduo entra em sociedade somente quando a preservação da vida e a paz estão ameaçadas. “A natureza não colocou no homem o instinto da sociabilidade; o homem só busca companheiros por interesse, por necessidade; a sociedade política é o fruto artificial de um pacto voluntário” (CHEVALLIER, 1973, p. 70).

Para ultrapassar este estado de natureza, Hobbes defende a constituição da sociedade política em que os homens são levados a estabelecer, unicamente entre seus pares, um *contrato* de renúncia/transferência mútua do “direito a tudo”, a transferência de grande parcela de suas prerrogativas para entregá-la a um *poder comum*, a um soberano, um monarca ou uma assembléia, encarregado de garantir a paz, a segurança e a ordem, sem os quais o homem não

pode estabilizar minimamente as expectativas de seu estar no mundo, nem o gozo das satisfações da vida.

O pacto se estabelece entre os indivíduos singularmente considerados, entre o destinatário da submissão de cada um, que é o soberano, e os membros de um conjunto de indivíduos isolados, que ainda não estão estabelecidos em um povo. A vontade única desse terceiro completamente estranho a este contrato substitui a vontade de todos. Por um só e mesmo ato, os homens naturais se constituem em sociedade política e se submetem a um soberano e o poder deste passa a conter as vontades individuais e a dirigir as ações dos súditos para o proveito comum, na reunião das vontades particulares em uma única vontade. Uma vez estabelecido o soberano, este encarna a força da coesão apta a transformar a multidão num povo consciente.

Tendo o contrato a função de instituir um poder soberano a um terceiro acima das partes que se constitua em pessoa única, física ou jurídica, a este poder Hobbes denomina *soberania*, o pilar de sua tese. No estado de natureza anterior ao Estado, as várias relações intersubjetivas que se estabelecem são relações de poder de diferentes configurações. Já no estado civil, as relações de poder são sempre bem definidas já que existe um detentor único do poder político, o soberano do Estado, e é definida uma classe de indivíduos que a esse poder se sujeitam, os súditos. Por isso a soberania deve ser exercida sem limites exteriores. Hobbes aperfeiçoa a tese de Maquiavel e defende que o poder político não é um simples fenômeno de força, mas uma força institucionalizada, canalizada por meio do direito, construindo a primeira teoria moderna do Estado.

A análise microfísica do poder empreendida por Foucault não analisa o poder no nível da decisão, questionando quem detém o poder final, mas estuda o poder no ponto em que ele está em relação direta com seu campo de aplicação em que se implanta e produz seus efeitos reais. Assim sendo, objetiva retratar a constituição progressiva e material daqueles que se sujeitam ao poder (os súditos), a partir da multiplicidade dos corpos e das forças, ao contrário do que pretendeu Hobbes que, a partir da multiplicidade dos indivíduos e de suas vontades, pretendeu demonstrar a construção de uma vontade ou de um corpo único, formado das unidades de todos os indivíduos reais, mas animado por uma alma que seria a soberania (FOUCAULT, 2005, p. 34).

Não há uma idéia de poder como um objeto definido e possível de ser identificado, localizado e manipulado, sendo impossível calcular a presença e a ausência do poder, de tal forma que a parcela do mesmo que falte a um ponto em que se constate a sua aplicação, abunde em outro. Não se deve procurar quem tem poder, mas buscar as modificações que se esquematizam através das correlações de forças (TESHAINER, 2006, p. 53). O poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas se exerce e só existe em ato. O poder significa uma certa modificação, a forma, com freqüências diferentes, de uma série de conflitos que constituem o corpo social, conflitos do tipo econômico, político. As relações de poder são outra coisa que não uma pura e simples relação de poder, uma pura e simples afirmação tautológica do tipo: eu, razão, exerço o poder sobre ti. As relações de poder nascem necessariamente como efeitos e condições de outros processos (FOUCAULT, 2006, p. 276)

Para tanto, o poder não deve ser tomado como um fenômeno de dominação de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras. O poder é algo que circula, que funciona em cadeia que não se localiza nas mãos de alguns, que não é apossado como um bem, mas que é exercido em rede de forma que os indivíduos possam estar em posição de ser submetidos a esse poder e também de exercê-lo.

O Estado absoluto é a expressão da oposição à dominação do feudalismo burocrático e fundiário da Europa e de uma realeza apoiada no absolutismo de origem divina. Sua realidade se pautou na ação de uma monarquia absoluta de fundo jusnaturalista. Em Hobbes, o absolutismo não deriva de um direito divino, mas do pacto. Embora manifeste sua preferência por um rei absoluto, Hobbes reconhece a legitimidade de outros tipos “puros” de governo em que estão reunidas numa mesma pessoa as funções dos órgãos atualmente denominados Legislativo, Executivo Judiciário, porque os vários poderes que cabem ao soberano são tão estreitamente ligados uns ao outro, tão interdependentes, que não podem deixar de pertencer a uma só pessoa. A justificativa para a preferência ao governo monárquico está em sua antropologia humana: todo homem e, por conseguinte, todo governante, pensa no seu interesse pessoal. Sendo assim, o interesse público somente poderia ser concretizado na monarquia porque equivaleria ao interesse pessoal do monarca (CHEVALLIER, 1973, p. 73).

É inegável que é Hobbes quem sistematiza o fundamento de toda teoria política e jurídica modernas, estabelecendo as bases da libertação da soberania de todos os limites supra-estatais: o Estado é dotado de caracteres de pessoa jurídica², inclusive personalidade, à qual a soberania é associada como essência. A soberania passa estar positivada nas normas jurídicas fundamentais que, mediante esse ato, se transformam nas normas jurídicas de determinada comunidade:

Esse conceito é forjado, assim, na dinâmica de um longo processo de eliminação dos particularismos das ordens locais, de elisão dos 'corpos' sociais em jurisdições autônomas, de unificação e concentração do poder, de afirmação do primado da lei estatal sobre os costumes, os cânones da Igreja, e as convenções corporativas; de centralização administrativa e tributária, de separação entre coisa *pública* e os negócios *privados* (FARIA, 2002, p. 19, grifos do autor).

Neste momento a soberania se refere àquilo que esteja no raio de abrangência territorial do Estado, servindo para delimitar seu âmbito de competência, ou seja, indica até onde os aparelhos estatais são capazes de resistir aos poderes e influências externos. O ordenamento jurídico interno em formação faz com que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhe ficam subordinados. A soberania fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais. Também é neste contexto que a "consciência nacional" se transforma numa poderosa força de mobilização e de coesão e que a Nação passa a ser identificada como consequência concreta do direito de uma dada comunidade ou de um povo se autodeterminar politicamente e de fazer valer, dentro de seu território, a universalidade de suas decisões (FARIA, 2002, p. 17).

A supremacia com que é visto o poder exercido pelo Estado conota seu significado negativo: do lado onde ele se exerce, é concebido como uma espécie de grande sujeito absoluto que articula a interdição, do lado onde se faz a aceitação da interdição, para dar conta do exercício da soberania, se supõem a renúncia dos direitos naturais e o contrato:

² "Uma pessoa é aquela cujas palavras ou ações são consideradas como suas próprias, ou como, representação das palavras e das ações de outro homem ou de alguma coisa, à qual tais palavras e ações são atribuídas verdadeiramente por ficção" (Leviatã, cap. XVI, 1979, p. 132)

A verificação da legitimidade do poder, realizada pelos modelos jurídicos, supõe a comparação de um ordenamento jurídico específico, com as manifestações concretas daquilo que se entende por poder, no âmbito deste próprio ordenamento jurídico. Este procedimento de analogia e de posterior qualificação do poder em legítimo ou ilegítimo realiza uma abordagem em que o poder é visto como fenômeno passível de ser explicado por um processo de racionalização global. Uma teorização desvinculada das práticas concretas e de racionalidades específicas que deverão ser utilizadas por Foucault” (FONSECA, 1995, p. 27).

1.2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO: O PARADIGMA DA LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO E A LIBERDADE ECONÔMICA. PODER E RESISTÊNCIA

Paradoxalmente, é a partir da herança jusnaturalista que se constroem às críticas ao Estado absolutista. Se no século XVII predominavam as monarquias absolutas, já no século XVIII, principalmente em decorrência do crescente fortalecimento econômico da classe burguesa, o poder político centralizado na figura do soberano foi tido como obstáculo à liberdade individual. Em John Locke (1632-1704), essa liberdade é o paradigma do direito natural.

A teoria política de Locke se inspira numa problemática geral e particular de seu momento histórico: a apologia da tradição inglesa da *common law* contra a “doença francesa” do absolutismo. Na Inglaterra, por influência de seu pai que tomara partido do Parlamento na Guerra Civil, se entusiasma por Cromwell com quem se aborrece posteriormente, aderindo à Restauração de Carlos II Stuart em 1660. Aproximou-se muito de Conde de Shaftesbury que, rompeu com Carlos II quando já se estremecera novamente a relação do rei com o Parlamento na disputa entre tories e whigs. Shaftesbury foi acusado de conspiração contra o rei, julgado e absolvido, mas exilado. Receoso, Locke também seguiu para um exílio de cinco anos na Holanda. Retorna à Inglaterra quando o católico e adepto ao absolutismo luís-catorziano Tiago II, sucessor de Carlos II, fora destronado por Guilherme de Orange, seu genro holandês e protestante apoiado pela maioria do povo inglês e pela Igreja oficial.

Locke tem como cerne de suas reflexões a crítica à monarquia absoluta e a necessidade de subordinação da atividade dos governantes ao consentimento popular, o que se daria em uma monarquia moderada ou esclarecida, tendo por fundamento a idéia de que os homens são originalmente livres e iguais e

de que a origem dos governos é uma livre associação. Em seu *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* (2005), Locke pretende caracterizar a passagem do estado de natureza para a sociedade civil. Neste contexto, se apresenta muito menos como inovador – pois suas idéias sobre liberdade humana inerente e governo de consentimento remontam à Antigüidade - e mais como um defensor de uma tradição contra uma doutrina nova, a da monarquia de direito divino.

Como em Hobbes, para Locke, o governo e a sociedade civil se originam da necessidade de pôr fim ao conflito que nasce do próprio estado de natureza em que cada um tem o direito de fazer o que lhe parece conveniente para assegurar sua conservação. Mas, enquanto Hobbes justifica a necessidade do Estado em uma antropologia essencialmente negativa do homem, o que faz decorrer a necessidade de um governo forte, absoluto, para dar conta dos conflitos humanos, Locke concebe um homem também racional, mas possuidor de maiores virtudes, um homem que detém propriedades e respeita as posses alheias, vivendo em paz e prosperidade, configuração da qual decorre a possibilidade de um governo não absoluto.

O conflito em Locke se daria apenas quando “alguns irracionais”, dada a imperfeição humana, tentam se aproveitar de outros, despojando-os de suas propriedades e transgredindo as leis naturais. A violação das leis naturais dá permissão ao indivíduo para reagir contra o transgressor para sua defesa e para defesa do próprio gênero humano. Mas, a falta de um juiz para definir a razoabilidade dessa reação no estado de natureza pode levar à doença, à paixão e à vingança, numa cadeia infundável de punições privadas. Daí a necessidade do Estado e do estabelecimento de um governo em substituição da vingança privada pela justiça. Na sociedade civil, os homens desistem de seus poderes naturais numa cessão de direito, por meio de um pacto consensual, porque somente homens livres, iguais e independentes se sujeitam ao poder político de um outro homem com seu próprio consentimento, elegendo uma autoridade para corrigir as anomalias sociais, decidir disputas e punir ofensores, zelando pelo funcionamento estável da sociedade e intervindo apenas em casos específicos.

Se os homens deixam o estado natural para evitar a arbitrariedade no regramento de suas diferenças, considerando-se naturalmente iguais, não podem se satisfazer com a situação em que transfeririam a um só dentre eles o poder, pois assim os homens deixariam o estado natural para entrar em sociedade em que um

só guardaria intacta a liberdade desse estágio da vida. Por isso, inaugurando a sociedade civil, o povo estabelece com o soberano uma *relação* verdadeiramente *contratual*, para além de um pacto. Os governantes são encarregados de uma missão e podem ser destituídos se falharem no seu cumprimento, já que o povo lhe deu o poder e nessa qualidade tem a faculdade de revogá-lo. Essa ênfase dada à oposição entre liberdade e exercício do poder também é alvo de críticas por parte de Foucault.

Em sua analítica do poder, Foucault não pretende apontar o que é, qual é sua essência ou natureza, quem pode detê-lo, de onde provém ou qual o campo de ação do poder, mas *como* o poder domina e se faz obedecer, como é *exercido*, quais os efeitos do exercício do poder em seus mecanismos, em seus efeitos, em suas relações, em seus diferentes níveis e campos de extensões na sociedade. O poder não seria somente uma questão teórica, mas qualquer coisa que fizesse parte da experiência humana enquanto relações de força desenvolvidas por mecanismos sutis: manobras, táticas, técnicas. “O poder não é nem uma estrutura, não é uma potência de que alguns seriam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada (FOUCAULT, 1988, p. 89).

Relações de poder são relações de força. A força tem como característica essencial estar em relação com outras forças, em uma afetação mútua, de forma que a força afetada não deixa de ter uma capacidade de resistência. O poder é uma relação de forças, ou melhor, toda relação de forças é uma relação de poder (DELEUZE, 1988, p. 78). O poder estaria disseminado por todas as partes do mundo social, numa trama complexa e heterogênea de relações não só caracterizadas pela dominação, mas por relações em que as resistências também tomam parte e têm papel determinante e nas quais a vontade ou o direito, partes do embate, não são partes fundamentais (BRANCO, 2006, p. 10). Ao empreender sua analítica do poder, Foucault o faz pela via empírica, ligando as formas de resistência aos diferentes tipos de poder.

A resistência ao poder deve ser entendida como aquela que visa à defesa da liberdade, que decorreria da maneira pela qual os indivíduos, em suas lutas, em seus projetos, recusam as práticas que lhe são propostas. Sempre a liberdade não quer se submeter às forças que procuram controlá-la em um afrontamento contínuo. “O poder não se exerce senão sobre sujeitos livres e enquanto livres, ou seja, sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um

campo de possibilidades, no qual muitas condutas, muitas reações, e diversos modos de comportamento podem ter lugar” (BRANCO, 2006, p. 12).

Mas o poder não pode ser entendido de forma negativa como negação da liberdade e promotor da exclusão, pois não é uma relação bipolar entre aqueles que o possuem e aqueles que o querem (TESHAINER, 2006, p.53). Alguns homens podem mais ou menos determinar inteiramente a conduta de outros homens, mas nunca de maneira exaustiva ou coercitiva. Se um indivíduo pode permanecer livre, por mais limitada que possa ser sua liberdade, o poder pode sujeitá-lo. E a liberdade só pode ser exercida em espaços em que estejam garantidas as condições mínimas para o seu exercício, ou seja, em espaços públicos de tolerância.

Na Inglaterra, que abrigou Hobbes e Locke, predomina antes e depois de Hobbes, teorias políticas fundamentadas principalmente no pensamento de Locke. Além do Estado inglês, todas as demais monarquias absolutas da Europa, em maior ou menor grau, são movimentadas por seu pensamento, cuja ênfase dada à liberdade, transforma totalmente as concepções acerca do exercício do poder no interior do Estado. O liberalismo político emergente acredita que, no tocante aos assuntos que respeitam a cada um, deve ser assegurado o livre exercício da espontaneidade individual e que o indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado. Este deveria *proteger* e encorajar o bem dos particulares, não *tutelá-los*, pois cada função que se acrescenta às que o governo já exerce, prova maior difusão da influência que lhe cabe (DALLARI, 2007, p. 279).

As revoluções liberais inglesa, francesa e americana são alimentadas por esse ideal, vertido num projeto político de limitação do governo absolutista, de racionalização do poder monopolizado pelo Estado e de sua legitimação, o que se verifica, posteriormente, na separação das funções estatais e nos movimentos constitucionalistas e de proteção de direitos humanos. Expõem como principais resultados o acesso da burguesia ao poder político e a limitação do poder do Estado. Transforma-se a relação entre o Estado e os indivíduos, agora cidadãos e não mais súditos, em uma relação entre dois sujeitos soberanamente limitados. O resultado dessas transformações também atinge diretamente a constituição do contrato social. A transferência de direitos do povo é parcial porque entre os direitos que o homem tem no estado de natureza alguns são inalienáveis,

como a liberdade. Hobbes, ao contrário, afirmava que a transferência seria quase total, só restando ao indivíduo que passou a fazer parte do Estado o direito à vida.

Foucault combate o que há em comum entre a concepção jurídica ou liberal do poder político, localizada nos filósofos do século XVIII e a concepção marxista ou o “economismo” na teoria do poder. Na teoria clássica do poder, este é considerado um direito do qual se seria possuidor como de um bem, e que se poderia, em consequência, transferir ou alienar, mediante um ato jurídico fundador do Direito que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder seria aquele que todo indivíduo detém e cederia, total ou parcialmente, para constituir uma soberania política. Na concepção marxista há uma funcionalidade econômica do poder cujo papel essencial seria manter as relações de produção e, ao mesmo tempo, sedimentar uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias das forças produtivas tornaram possível. De acordo com as duas concepções, o poder é algo que se possui, que se adquire, que se cede por contrato ou força, que se aliena e que se recupera.

Foucault não aceita a hegemonia que o modelo jurídico-político herdeiro das tradições jusnaturalistas e contratualistas, centrado na idéia de soberania e no primado da lei conquistou no interior do pensamento político. Para Foucault, a tônica política se tem feito presente nos diversos discursos filosóficos, jurídicos, econômicos, históricos, etc., explícita ou tacitamente, quase sempre por meio da cisão entre sociedade e Estado³, em que a sociedade é destituída de poder. De acordo com esse modelo, o conhecimento das relações de poder se apóia quase que exclusivamente sobre os modelos jurídicos, que se detêm a perguntar o que garante o exercício do poder ou em nome de que direito os sujeitos podem se deixar sujeitar, e sobre os modelos institucionais, que questionam o significado do Estado, restringindo as relações de poder ao âmbito dos aparelhos estatais instituídos ou fazendo do Estado a grande unidade de poder.

Esses instrumentos seriam insuficientes para estudar as relações de poder nas quais o sujeito humano está imerso. É comum considerar que o poder está localizado nas mãos do governo e se exerce graças a certo número de instituições ligadas ao Estado, como a Administração, a polícia, o exército. Também

³ Talvez *Leviatã* de Hobbes seja o emblema mais visível dessa cisão, obra que pode ser somada a toda doutrina contratualista que vê a vida social mínima garantida pela cessão de potências individuais em favor de um ente supra-social, que passa a irradiar o poder e a controlar a sociedade.

se estabelece uma soberania fontes dos poderes e as referidas instituições são concebidas para elaborar e transmitir determinado número de decisões em nome da nação ou do Estado, fazer com que sejam aplicadas e punir os que não obedecem. Mas o poder político, se exerce também pela intermediação de certo número de instituições que parecem nada ter em comum com o poder político, que parecem ser independentes dele, como a família, a universidade, o sistema escolar (FOUCAULT, 2006, p. 114).

O modelo político-jurídico do liberalismo clássico se coaduna com as ações revolucionário-liberais da burguesia que alcançaram o poder político, acrescentando-o ao poder econômico que já detinham, mas mantendo separados esses dois domínios e atribuindo ao direito a competência de delinear a interação entre si. Por isso, limitada politicamente, essa classe emergente se manteve absoluta em termos econômicos. O Estado tinha o monopólio da força, *garantia*, e não intervinha ou planejava a fim de, a dinâmica econômica por meio do cumprimento dos contratos, da garantia da propriedade e da concorrência e prestava poucos serviços públicos que eram financiados via tributação. Este Estado também proporciona as garantias legais para que o indivíduo exercesse sua *autonomia privada* já que a própria dinâmica do mercado lhe garantiria as benesses econômicas.

Definiu-se, então, a divisão da governabilidade: diferentes órgãos passaram a controlar aspectos da governabilidade e algumas importantes atividades passaram a não ser controladas. A Modernidade também inaugura o capitalismo econômico que reclama a concentração de poder político para preservar as condições necessárias à sua implementação, reprodução e desenvolvimento, garantindo a grande circulação de capital e atribuindo ao Estado a tarefa de estruturação da cadeia produtiva.

No interior do Estado transparece uma nova realidade. O governo, que não goza de poderes absolutos, tem seus poderes limitados/controlados legal e, principalmente, constitucionalmente. Uma mesma autoridade não é incumbida de, ao mesmo tempo, fazer a lei, aplicá-la e julgar suas eventuais irregularidades em sua aplicação, estabelecendo-se a divisão do exercício do poder entre órgãos independentes e harmônicos que controlariam o exercício das atividades um do outro, sendo que um desses órgãos, o Judiciário, se incumbiria de velar pelo respeito dos demais órgãos à ordem jurídica. Por meio de sua aplicação por juízes

independentes, são as leis gerais e abstratas que expressam a vontade geral e as Constituições que definem as funções dos governantes e protegem as liberdades individuais e os direitos tidos como imanentes ao indivíduo, inalienáveis, invioláveis e oponíveis ao próprio Estado, sobretudo os direitos derivados da liberdade e da igualdade.

Por isso esses direitos não precisam ser outorgados por governo algum, mas apenas reconhecidos por esses instrumentos jurídicos⁴. O Estado, por meio de seus governantes, desempenha funções pontuais na sociedade, elevando o homem como seu valor máximo⁵. O poder exercido no interior dos Estados já não gozava de pessoalidade, transformando-se em poderes públicos, legais e funcionais. O desenvolvimento do Estado de Direito como ordenamento em que todos os poderes estão submetidos à lei equivale ao fim da soberania como poder livre.

Mas o estabelecimento e o desenvolvimento do modelo liberal de Estado, do Estado de Direito, mostrou que a plenitude de concorrência que proporcionava um mercado livre promovia a sobrevivência econômica dos melhores, mas a exclusão da maioria da população ao acesso a bens de produção. A democracia política não conseguiu se esquivar das determinações das esferas econômica e social.

Tendo sob enfoque este Estado e o seu sistema econômico, o capitalismo, o pensamento político do início do século XX acatou em seu bojo as proposições marxistas de cunho eminentemente econômico. Segundo esta, a concorrência do sistema capitalista dividiu a sociedade em proprietários dos meios de produção e “vendedores” da força de trabalho e, na dinâmica da venda dessa força em que o salário é o preço pago, o produto da mão-de-obra seria muito maior que a demanda, produzindo o que chamou de mais-valia⁶. Ademais, os detentores

⁴ Deve haver uma norma fundamental, anterior ao Estado, não formulada nem alterada por quaisquer dos órgãos estatais que exercem o Poder, que estabeleça o relacionamento entre os órgãos do Estado e as autoridades que operam por meio deles e os indivíduos, de forma que a separação dos poderes não pudesse ser modificada pela atividade legislativa, nem fosse possível suprimir alguns direitos dos indivíduos, considerados fundamentais. Essa norma, a Constituição, seria fundamento de validade das normas do ordenamento jurídico.

⁵ Na Antigüidade, é afirmada a indissociação entre cidadão e cidade, mas, na Modernidade, a partir da estruturação do mercado e do modo de produção capitalista, concebe-se a figura do indivíduo a partir do sujeito burguês. Na Modernidade o conceito fundamental, vislumbrado na filosofia de Descartes, Kant e Hegel, é a subjetividade.

⁶ O valor produzido pelo empregado que seria maior que o valor que ele recebe por sua força de trabalho. Com a mais-valia, os proprietários dos bens de produção otimizariam seus lucros.

da força de trabalho não estariam em condições de negociar de forma eqüitativa sua venda em decorrência de sua posição de hipossuficiência

Como efeitos sociais do capitalismo, o livre estabelecimento do mercado não produziria as virtudes apregoadas pelos liberais porque não seria possível atingir as condições ideais de concorrência. Além disso, os teóricos econômicos do liberalismo não previram que a eficiência tecnológica, tida como grande responsável por se atingir nível ótimo de produção do modo de produção capitalista, obstacularizaria o raciocínio da teoria econômica liberal segundo qual o aumento da produção implica necessariamente maior emprego de mão-de-obra porque o investimento privado não abre mão da eficiência para garantir maior taxa de emprego.

Concretizando o *diagnóstico* marxista, no início do século XX percebe-se um visível desequilíbrio econômico, social e político das relações regidas apenas pela autonomia da vontade das partes. O modelo de Estado proposto para corrigir os efeitos prejudiciais dessa imperfeição intervém na própria dinâmica da sociedade, fazendo-o principalmente no âmbito econômico e chama para si a efetivação de direitos sociais como forma de amenização dos efeitos danosos da economia de mercado, mas sem alteração estrutural da dinâmica capitalista⁷ que tem como cerne a propriedade privada e a liberdade contratual.

A formação dos grandes conglomerados humanos, ocorrida a partir de meados do século XVIII com a Revolução Industrial, gerou um excesso de mão-de-obra que estimulava a deteriorização das condições de trabalho, cenário que se aprofundou durante a Primeira Guerra Mundial e exigiu maior regulação econômica do Estado. O advento da Segunda Guerra Mundial estimulou ainda mais a ação estatal em todos os campos da vida para criação de empregos, reconstrução das cidades, restauração dos meios de produção e financiamento de projetos públicos.

A Guerra Fria reforçou a necessidade do Estado-Nação, de sua capacidade militar e de suas formas de regulação econômica e social em nível nacional, necessárias à sua sustentação. Enfim, as modificações por que passou o Estado ressaltavam a necessidade de sua ação no sentido da consecução de bens,

⁷ Diversamente, os defensores do modelo socialista de Estado, implementado em diversos estágios na ex-URSS, Estados do Leste Europeu, China, Coréia do Norte e Cuba, apregoavam o fim da propriedade privada, inclusive dos meios de produção. Num estágio revolucionário inicial a propriedade dos bens deveria ser tomada exclusivamente pelo Estado que garantiria a revolução popular pelas classes operárias. Num estágio posterior, o próprio desenrolar da Revolução acarretaria a extinção do Estado, quando se atingiria o comunismo, propriamente dito.

direitos, utilidades, benefícios, prerrogativas aos indivíduos considerados em suas particularidades e enquanto membros de uma estrutura social já bastante complexa. O próprio desenvolvimento do capitalismo em sua orientação original levou a um desgaste do modelo econômico inicialmente concebido.

A configuração deste cenário reafirmaria as concepções marxistas de que a política não tem substância em si, mas constitui um meio para melhorar o destino social dos mais desfavorecidos, constituindo uma superestrutura que precisa sempre ser trazida para a base econômica e social. Apesar de ter garantido a liberdade de expressão e a coesão entre os cidadãos, necessárias à hegemonia da classe burguesa, a democracia é um regime que não necessariamente corrige as desigualdades e disparidades econômicas e sociais entre os cidadãos e, sobretudo, não depende delas, mas cria simplesmente um campo específico – o político – dentro do qual os cidadãos intervêm como sujeitos formalmente iguais, mesmo que continuem profundamente desiguais nos outros campos da vida social (VERGOPOULOS, 2005, p. 184).

Contudo, o Estado é também parte indispensável ao funcionamento do mercado, o que afasta a crença inabalável no poder do mercado em gerenciar com máxima eficiência os recursos disponíveis. Como agente econômico, não nega o modo de produção capitalista, mas responde à necessidade de sua lógica interna de expansão, garantindo e equilibrando as relações econômicas.

O Estado já não busca somente garantir liberdades individuais ou remover os obstáculos para que cada um, numa coexistência de indivíduos e segundo suas capacidades individuais alcance seu bem-estar, por meio da instituição e manutenção da ordem jurídica, mas passa a atuar em todas as atividades, inclusive na economia, com finalidades próprias, mesmo que distintas das dos indivíduos, com o fim de realizar valores como justiça social e solidariedade e impondo limites à autonomia da vontade das partes.

Por volta da década de sessenta do século passado, o Estado pareceu ser a entidade dominante, vislumbrando um processo paradoxal: inicialmente tolhido em sua capacidade política diante de campos notadamente determinantes da vida social, como a economia, sua estrutura, alimentada pelo exercício interno da soberania, é tida como única alternativa apta a proporcionar a integração dessas diversas esferas. Apesar do seguro diagnóstico marxista das deficiências do liberalismo clássico, os prognósticos de sua teoria político-econômica

não sucederam como havia sido previsto por seus teóricos que defendiam o desmantelamento das lutas entre classes com o fim de modificar o sistema capitalista enquanto um sistema hegemônico de poder.

Para Foucault a falha das previsões marxistas decorre do equívoco com que analisa as relações de poder. Para o filósofo, não há poder sem recusa ou revolta em potencial (FOUCAULT 2006, p. 384) As diferentes formas de resistência devem ser remetidas aos diferentes tipos de poder exercidos mediante diversas técnicas que se ligam diretamente a campos de libertação possíveis. Muito mais que incidir sobre uma instituição, uma classe ou um grupo, as resistências ao poder afetam formas particulares de poder, por exemplo, a loucura, a doença, o crime, a sexualidade, que têm o seu exercício voltado para a vida cotidiana dos indivíduos (FONSECA, 1995, p. 28).

Seria viável a contestação e a modificação de sistemas hegemônicos de poder, inclusive na trama complexa das relações de poder da atualidade, com vistas à transformação da realidade. Mas somente a força dos *grupos* têm potencial de enfrentar o *poder instituído* em uma oposição que se estabelece de forma peculiar. Muitas lutas que supostamente contestaram o poder instituído visaram à inclusão e à legitimação na ordem estabelecida e, ao invés de combatê-las, contribuíram para consolidar as estruturas de poder. É o caso das lutas pelo direito à saúde, das lutas de partidos revolucionários ou de grupos políticos. Por isso, apesar de afirmar que a contestação do poder pode pretender a modificar o mundo, Foucault não acredita que a mudança se daria mirando “o foco certo do inimigo”, como, por exemplo, o capital, porque não pensa o poder, mas poderes múltiplos.

Críticos de Foucault alegam que ele não colocava em xeque o capital, apenas seus sintomas. Os foucaultianos respondem que o poder devia ser percebido mais complexamente do que em uma leitura simplista (RIBEIRO, 2004, p. 46). Se para Foucault é claro que o sujeito está preso a relações de produção, também é evidente que está preso a relações complexas de poder. Por isso, a promessa marxista de que, resolvido o problema da exploração econômica daqueles que produzam a riqueza, estariam resolvidos todos os problemas suplementares de excesso de poder, não se confirmou. As relações de poder não se deduzem das relações de produção.

Para Foucault, entre a exigência do capital, a mais-valia, e a solução, a fábrica, existe uma anatomia política, a *disciplina*. A fábrica supõe a tecnologia da disciplina para investir sobre e sujeitar os corpos. Essa submissão não é efeito do capital, ao contrário, o modo de produção capitalista a supõe para se desenvolver. As relações disciplinares (de poder) definem a própria modalidade de produção do capital, ou seja, as relações de poder são constitutivas do modo de produção capitalista, longe de ser seu efeito. A ‘invenção’ da disciplina e sua extensão foram sem dúvida chamadas e provocada pelas transformações do aparelho produtivo, mas elas não se deduzem dele: as mutações tecnológicas do aparelho de produção, a divisão do trabalho e a elaboração dos procedimentos disciplinares sustentaram um conjunto de relações muito próximas. Cada uma das duas tornou a outra possível e necessária (EWALD, 1993, p. 166).

O estudo das manifestações de poder em dada sociedade exige a remissão a acontecimentos ou explicações, estruturas e usos do poder qualitativamente diferentes, o que faz com que qualquer pretensa teoria do poder tenha que se interrogar sobre seus fundamentos ideológicos ou conotações políticas. Essa é a razão porque Foucault não procura descrever um paradigma de poder, mas empreende a observação da maneira como os diferentes mecanismos de poder funcionam nas sociedades. Pensando a “descentralização dos locais onde as relações de força se manifestam, aparece a idéia da descentralização dos locais de resistência às relações. Não havendo um local privilegiado para a manifestação do poder, não há também um local específico de resistência. A resistência se multiplicaria em tantos locais quantos fossem os locais de afetação das relações de poder” (FONSECA, 1995, p. 33).

1.3 SOBERANIA NACIONAL E SOBERANIA POPULAR. O EXERCÍCIO DO PODER PELO ESTADO, A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO E AS INSTITUIÇÕES DE PODER

O que se pôde classificar como limitação da soberania interna se aprofundou na modernidade com a construção do Estado Democrático de Direito, principalmente a partir do pensamento de Rousseau, posteriormente, de Kant e de Hegel, que contribuíram para processo de dissociação real entre pensamento

político e jurídico. A soberania estatal foi bipartida em soberania nacional, expressão do exercício da soberania pelo Estado-pessoa, uma expressão da separação entre Estado e sociedade, e soberania popular, expressão da titularidade da soberania pelo povo ou do poder que provinha do povo e que o governo devia exercer por consentimento, fornecendo ao conceito de soberania uma legitimação de fundamentos mais consistentes que as antigas fontes teológicas e jusnaturalistas. Neste contexto, o Estado é legitimado como ordem civil e racional e os indivíduos, que mantinham uma subjetividade autônoma como partes contraentes, se anulam no Estado (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

A elaboração teórica contemporânea do modelo de soberania se desenvolve a partir do início do século XIX com base na concepção de soberania popular como expressão do poder político incontestável, inalienável e indivisível. Neste contexto, a sociedade é vislumbrada como resultante de um pacto de alienação completa de cada associado com todos os seus direitos na comunidade inteira em que cada indivíduo é detentor de parte da soberania e o único governo legítimo é o governo da vontade geral que se estabelece pela participação de todos os homens na determinação das decisões.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) trilha o mesmo caminho dos jusnaturalistas Hobbes e Locke, que haviam proposto uma explicação contratual da passagem do estado natural para o estado social, mas inova ao estabelecer que a *liberdade* e a *igualdade* afirmadas no estado de natureza são transformadas para serem reencontradas na sociedade. Para Rousseau, o elo que reúne várias pessoas num corpo civil como súditos comuns de um corpo de leis é de caráter contratual, consubstanciado numa ordem civil.

A troca material constituiria um dos elementos básicos de qualquer sociedade. Por isso cada um deveria se dotar, se pudesse, com qualificações e recursos para tornar-se útil e valioso a outros, pelo menos em nível de possuir algum “produto” que pudesse oferecer em troca de outros. Antes do contrato, cada indivíduo possui certa propriedade e direitos que negociará, em parte ou no todo a fim de garantir melhor a sua posse, numa forma alterada, além de, possivelmente, algumas vantagens adicionais. Neste sentido, o contratar figura-se uma relação entre pessoas mediante a qual cada uma é *independente* (livre) da outra e se incumbe de acomodar e cooperar com essa outra somente para vantagem pessoal, promoção de seu bem ainda como pessoa independente, embora precise negociar com a outra.

O contrato social seria uma livre associação de seres humanos inteligentes que deliberadamente resolvem formar um certo tipo de sociedade (política), à qual passam a prestar obediência. Para celebração do contrato social, cada indivíduo, voluntariamente - porque ninguém se filia e obedece a uma associação por motivos que nada tem a ver com a promoção de seu próprio bem ou para atender a sua necessidade - colocaria em comum sua pessoa e todo seu poder sob a direção suprema da vontade geral e receberia em troca, em capacidade coletiva, cada membro como parte indivisível do todo.

A passagem do estado de natureza para o estado civil pode acontecer somente com uma total eliminação do primeiro no segundo, razão pela qual, a associação civil nasce da completa alienação dos direitos para a autoridade do Estado. No pacto há uma alienação sem reservas porque, se aos particulares restassem alguns direitos, como não haveria nenhum superior comum que pudesse decidir, o estado natural subsistiria e a associação se tornaria inútil. É a mesma orientação que tem Immanuel Kant (1724-1804), segundo o qual o contrato originário, um ato atemporal que não pode ser localizado na história, consubstanciaria a idéia do ato pelo qual se constitui um Estado em que todos os homens, enquanto indivíduos e em condições de igualdade, entregam ao povo sua liberdade exterior, para recebê-la de volta mais tarde como membro de um ser comum. Neste ato, o homem abre mão de uma parcela de sua liberdade exterior inata buscando alcançar um fim, mas abandona completamente sua liberdade selvagem com o fim de alcançar sua liberdade plena num estado jurídico.

Passando do estado natural para ao estado civil, o homem não conserva a liberdade natural, mas a depõe, a abandona para receber não mais a mesma liberdade garantida pelo poder coercitivo, mas uma nova liberdade, a liberdade civil que consiste na dependência da vontade coletiva, dos indivíduos reunidos no corpo político, a *autonomia*. Em sociedade civil, a liberdade deve ser encarada como limitação recíproca, limitação mútua da liberdade.

A alienação total ao Estado envolve a igualdade no sentido em que a vontade geral não é autoridade externa obedecida pelo indivíduo a despeito de si mesmo, mas corporificação objetiva de sua própria natureza moral. Aceitando a autoridade da *vontade geral*, o cidadão não só passa a pertencer a um corpo moral coletivo, *como adquire liberdade obedecendo a uma lei que prescreve para si mesmo*.

É neste sentido que para Kant o direito é a limitação da liberdade de cada um na relação mútua dos arbítrios como condição de seu acordo de liberdade com todos. Daí a característica da universalidade da lei que produz um padrão de medida que forma o conteúdo jurídico do imperativo categórico do direito nos seguintes termos: “Age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal”. O direito obriga a comunidade da liberdade externa à legislação universal exatamente da mesma maneira que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal. O conceito de um direito externo em geral deriva inteiramente do conceito de liberdade nas relações externas dos homens entre si e não tem nada a ver com o fim que todos os homens têm naturalmente, a busca da felicidade (BOBBIO, 1986, p. 123)

Para Kant, a liberdade segundo a universalidade das leis é a liberdade como autonomia, que tem o mesmo conteúdo da liberdade civil de Rousseau, ou seja, a obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo. Partindo-se do imperativo categórico, a autonomia da vontade significa escolher de modo que as máximas da escolha estejam incluídas no querer mesmo, como lei universal. A vontade autônoma exige que não busque a lei fora dela mesma, mas seja determinada pela lei moral e subjetivamente pelo respeito a esta lei⁸.

Para Rousseau, no estado civil, há a criação de uma ordem necessariamente justa pelo contrato, de uma nova natureza do homem, permitindo a este superar a contradição inerente ao estado social, entre as suas inclinações individuais e os seus deveres coletivos (CHEVALLIER, 1973, p. 161). Esta contradição seria ultrapassada porque o contrato social seria o instrumento apto a defender e proteger a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeceria a si mesmo, permanecendo assim tão *livres* quanto antes. Por outro lado, quando o contrato força cada um a abandonar seus interesses particulares para obdecer a vontade geral, é forçado a

⁸ Mas ao contrário de Rousseau para o qual, no estado civil, basta a liberdade como autonomia, Kant concebe no estado civil, além desta, também a liberdade individual, em que atribui ao Estado a tarefa não somente de atuar a autonomia das vontades, mas também, de garantir a cada cidadão uma esfera de liberdade como faculdade de agir sem encontrar obstáculos nos outros. Mas, porque o fim a que visa o Estado de Kant é a segunda, a teoria kantiana do Estado pertence ao movimento liberal e não ao pensamento democrático. O Estado não tem um fim próprio, mas o seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos; sua tarefa não é prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira que cada um possa alcançar livremente os próprios fins. (BOBBIO, 1986, p. 133). Além disso, Kant acredita na progressiva igualitarização da sociedade por via de reformas de um governante contíguo nas leis emanadas de um Legislativo escolhido entre os melhores da população, o que o leva a condenar o sufrágio universal de Rousseau

ser *livre*, dependendo não da proteção ou favor de indivíduos, mas tão-só das leis gerais aplicáveis a todos por igual⁹.

O sentido da liberdade é explícito, então: não significa arbítrio, mas sua superação. Refere-se à ligação a e a à concordância com (e não ao abandono de) uma lei severa e inviolável que eleva o indivíduo acima de si mesmo. A liberdade se concretiza na vontade geral, na vontade do Estado que requer o indivíduo inteiramente e sem ressalva, que não coage, mas apenas põe sobre o indivíduo uma obrigação que considera válida e necessária. Não se trata de libertar e emancipar o indivíduo no sentido de que ele seja expelido da ordem da comunidade, mas encontrar uma forma comunitária que proteja com força concentrada da associação estatal a pessoa de cada indivíduo e o indivíduo, unindo-se aos outros, obedece apenas a si mesmo (CASSIRER, 1999, p. 56). A verdadeira liberdade é a ligação de todos com a lei¹⁰.

A vontade pessoal, que consiste no que ela quer só para si, não atribuindo peso ou consideração aos desejos ou interesses alheios, deve ser transcendida em alguns aspectos importantes para que uma comunidade justa e

⁹ Neste sentido a análise da obra de Rousseau gera controvérsias quanto a sua interpretação. Por um lado, ele aparece como verdadeiro precursor do individualismo moderno, lutando em defesa da liberdade ilimitada do sentimento e do indivíduo inserido em uma sociedade de limites tão amplos quanto possível para delimitar e restringir suas atribuições tão cuidadosamente de modo a afastar todo ataque à individualidade. “A moral de Rousseau” é a moral do homem natural que não se elevou à verdade objetiva da autodeterminação por meio da obediência. Por outro lado, vemos em Rousseau o fundador e o precursor de um socialismo de Estado que abandona o indivíduo à totalidade; que o obriga a entrar numa forma estatal fixa no âmbito da qual não existe para ele nenhuma liberdade de ação, nem mesmo liberdade de pensamento; (CASSIRER, 1999, p. 40). Também afasta Rousseau do individualismo o fato de encarar a liberdade como norma, como imperativo, uma afirmação de um dever de realização das aptidões espirituais e não como fato

¹⁰ No plano do direito, interessa a conformidade ou não da ação à lei e os móveis para tal, como multas, prisão, etc., devem coagir, não configurando atrativo que convida, mas obrigar de maneira efetiva, com a possibilidade de forçar com uma situação desagradável aqueles que possam pretender infringi-la (TERRA, 2004, p. 21). Portanto, no direito, não se realiza a autonomia da vontade, como na ética, pois comporta a coerção externa que restringe a autonomia plenamente. Isso não significa que o direito seja alheio à autonomia da vontade já que a coerção jurídica não impede a liberdade, mas serve de impedimento ao obstáculo da liberdade. Na ética, a lei é pensada como lei da própria vontade. O direito diz respeito às relações exteriores e precisa de uma coerção exterior para exigir a realização de uma ação determinada. Neste sentido, no direito, a vontade é pensada sob uma vontade geral, nos termos de Rousseau, remetendo para a autonomia no direito, pois todos participam da legislação à qual se submetem (autonomia em sentido amplo) e as relações jurídicas devem se dar sob as leis universais. O que pode estabelecer a vontade comum é o fato de que a liberdade individual pode coexistir com a liberdade dos outros indivíduos. Kant resolve o problema da conciliação entre coerção externa do direito e liberdade da seguinte forma: tudo o que é injusto (contrário à lei) é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, mas a coerção é um obstáculo que acontece à liberdade mesma. Assim, se certo uso da liberdade mesma é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, ou seja, é contrário à lei, então a coerção que lhe é oposta como impedimento ao obstáculo da liberdade, está de acordo com a liberdade segundo leis universais, ou seja, é justa.

proveitosa seja o resultado. O indivíduo deveria estar disposto a pôr de lado aqueles elementos de seu interesse privado que conflitam com os interesses privados de outros e se contentar com (e a trabalhar para) aqueles bens que favorecem a todos e a cada um em igual medida. Cada pessoa deve passar a se ver como cidadão, não como indivíduo privado cujos principais interesses estão à margem ou em conflito com o bem estar comum:

Rousseau sustentou de modo consistente que se as pessoas em sociedade conservam um sentido dominante de suas próprias vantagens e se encontram à margem da manutenção da lei e da equidade para todos, elas, no mínimo, ressentir-se-ão constantemente do que percebem como nada mais do que imposições em benefício de outros por quem não tem a menor consideração, mas sem os quais não podem passar (DENT, 1996, p. 84).

A *vontade geral* não é um equilíbrio de vontades isoladas. É a vontade enquanto vontade moral que parte de todos de um modo igual e por igual motivos e é aplicada a todos, uma vontade que dá voz aos interesses que cada pessoa tem em comum com todas as outras. Por isso é expressa em termos gerais para que nenhum indivíduo ou grupo específico seja discriminado por ela. Seu interesse é impor condições e exigências da espécie mais ampla e fundamental que vinculam as pessoas simplesmente como membros do Estado.

É obtida quando cada pessoa tem razão igual a de todas as outras para concordar com a diretiva. Por isso somente seria possível determinar uma vontade geral se as pessoas conseguirem cultivar um verdadeiro sentimento de comunidade, um real vínculo de lealdade mútua. Isso aponta que o projeto político de Rousseau exija um difícil projeto ético e educacional, o que faz que ele mesmo admita que intentava discutir a possibilidade de um Estado *ideal* que funcionasse consoante à razão e o direito natural.

A vontade geral é o liame entre os indivíduos do corpo político e objetiva sempre o bem comum, mas não é algo diverso da vontade dos indivíduos, pois expressa o que há de comum nos interesses de todos os indivíduos que formam o Estado, se referindo à maneira pela qual este deve estar organizado. E o Estado, aquele ao qual se deu origem a partir do pacto social legítimo, constitui-se uma pessoa que, para se manter, necessita da força de todos os seus membros, pois, assim como a natureza dá a cada homem poder absoluto sobre todos os seus

membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus (ROUSSEAU, 1973, p. 48).

Agindo de acordo com a vontade geral, cada indivíduo se reconhece como membro da coletividade e todos aqueles que formam o corpo político participam da autoridade soberana, sendo, desse modo, cidadãos. Por outro lado, todos estão também submetidos às leis do Estado, ou seja, às convenções entre os que participam do pacto, formando um povo soberano quando estabelecerem as leis de acordo com o bem comum. Todos devem estar comprometidos com a totalidade do corpo político, ao passo que, ao assumir tal comprometimento, cada um está comprometido consigo mesmo.

Portanto, há igualdade de condições a partir do contrato social e a vontade geral, ao mesmo tempo, favorece – em especial a liberdade e a individualidade - e obriga a todos os cidadãos sem distinção, por ser uma convenção que tem como base o contrato social. A dimensão da coletividade não anula o indivíduo; ao contrário, cada individualidade se torna mais expressiva enquanto parte do coletivo. Dessa forma, nenhum indivíduo pode ser submetido às vontades ou arbitrariedades alheias, inclusive de senhores. Cada um, submetendo-se ao corpo coletivo, submete-se a si mesmo e, desse modo, recupera a liberdade atingida no estado de natureza.

De outro lado, concepção de soberania surge, quando relacionada ao povo enquanto corpo governado pelo Estado. Esta soberania não só é proveniente do povo, mas deve se manter vinculada a ele. Isto, porém, não significa, aqui, que o próprio povo elabore as leis, tampouco que ele detenha efetivamente o poder supremo. Essa concepção de soberania, apesar de partir de um mesmo tronco, a vontade geral, diferencia-se da anterior por se caracterizar como um norte para aquele que detém o poder, um padrão de medida.

O legislador é aqui distinto do povo, sendo ressaltada, entretanto, a obrigação de se orientar pela idéia da vontade geral. Mesmo que haja um detentor da soberania distinto do povo, este deve agir de acordo com o espírito da soberania popular. Este detentor do poder deve agir como se fosse a própria expressão da vontade do povo. Por outro lado, só tem eficácia a obrigatoriedade das leis sobre os súditos, uma vez que a idéia de soberania tenha um representante físico, uma pessoa física que represente o poder supremo e proporcione a efetividade deste poder sobre a vontade geral.

A sociedade civil justa e que tem o legítimo domínio de uma pessoa atribui a cada um posição igual aos demais, o que envolverá a participação de cada cidadão nas deliberações e determinações soberanas e igual proteção pela força pública da pessoa e dos bens de cada indivíduo. A idéia verdadeira de liberdade enquanto submissão à vontade geral por meio da lei requer o indivíduo como órgão co-participante da vontade geral, mas não em sua essência e existência particular.

No pacto social, é dado ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe o nome de soberania. O único poder legítimo é o poder que exerce o princípio da legitimidade como tal e a idéia da própria lei sobre as vontades individuais. O contrato social estabelece igualdade entre os cidadãos, colocando-os sob as mesmas condições e faz com que usufruam dos mesmos direitos. Todo ato de soberania, vertido em lei, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça o corpo da nação e não distinga nenhum dos corpos que a compõem. O poder soberano não passa além dos limites das convenções gerais.

O contrato encerra um acordo recíproco e tem como fruto o *soberano*. Neste sentido, cada indivíduo se acha obrigado sob uma dupla relação: como membro do soberano para com os particulares e como membro do Estado para com o soberano. Mas o contrato não pode obrigar o soberano consigo mesmo, pois seria contra a natureza impor-se a si uma lei. O corpo soberano, extraído sua existência do contrato, não pode jamais se obrigar, mesmo para com outrem, a nada que derogue esse ato primitivo pois isso significaria aniquilar-se. Estado e indivíduo devem se encontrar mutuamente, crescer e vir a ser um com o outro a fim de se associarem daí em diante de maneira indissolúvel nesse crescimento conjunto (CASSIRER, 1999, p. 64)

Pode ser considerada uma grande inovação de Rousseau sua distinção entre o soberano e o governo. Em Rousseau a soberania é indivisível e inalienável porque se baseia na liberdade do homem, sua essência, e faz lei porque é a vontade geral, do corpo soberano do povo. No governo, a soberania não é dividida em seu princípio, mas em força e em vontade, em funções legislativa, judiciária e executiva, mas não se deve tomar essas vontades como partes dessa autoridade, já que não são mais que emanações da mesma. Toda vez que a partilha da soberania se aparenta, os *direitos* tomados como partes dessa soberania lhe são

todos subordinados e sempre supõem uma vontade suprema, os quais esses direito somente executam.

Kant é herdeiro dessa construção rousseauiana. Para ele, soberania estaria localizada na vontade unida do povo, fazendo cada cidadão livre, igual e independente. O povo, que é a pessoa pública que provem do contrato originário, se divide segundo dois aspectos: enquanto unido, investido do poder supremo, mantenedor de sua liberdade por meio das leis que co-elabora se chama soberano; quando governado, por meio das leis provenientes da sua própria vontade, Estado.

Neste último sentido, há uma diferença entre a idéia que serve de regra para a associação, que é o contrato, e o plano da efetividade, ou seja, o plano empírico. O contrato originário é racional, isto é, *a priori*, e situa-se na dimensão do dever ser. Da mesma forma é a soberania. Esta soberania não só é proveniente do povo, mas deve se manter vinculada a ele. O Estado soberano constituído a partir do contrato divulga leis para regulamentar a vida comum de todos os membros desse Estado. Tais diretivas devem ser entendidas como declarações de vontade. O Estado soberano tem uma vontade e as leis são expressões dessa vontade. E essas leis são legítimas e ordenam justa e corretamente quando essa vontade soberana é a vontade geral.

Décadas mais tardes às formulações de Rousseau e Kant¹¹, tal construção do edifício da soberania nacional se expande com o advento das doutrinas do direito público alemão sobre a personalidade jurídica do Estado como centro de imputação de deveres e obrigações jurídica. Mas, é apenas com o pensamento jurídico de Kelsen no século XX que se atribui um caráter científico-jurídico à imagem do Estado soberano que passa a fundamentar a nova ciência do direito como a figura jurídica do Estado-pessoa e não mais um ente político como construído em Hobbes, Locke ou e Rousseau.

¹¹ O Estado jurídico kantiano tem caráter positivamente legal, é considerado como a união dos indivíduos sob leis jurídicas e nele se torna possível a justiça pública por meio da coerção legal exterior. Por isso o que deve ser levado em máxima consideração num Estado é sua constituição, que garanta para cada um a liberdade por meio da lei e, portanto, permita a cada um alcançar, no âmbito desta liberdade, a felicidade pessoal. O Estado kantiano é o Estado de Direito, o Estado constitucional moderno, que limita o próprio Estado pelo direito, cujo poder é exercido nas formas do direito e com garantias jurídicas pré-estabelecidas, em que cada um possa coexistir com os outros segundo uma lei universal. Este Estado não tem uma ideologia própria, mas, por meio da ordem externa obtida por meio do respeito ao direito, permite a expressão e a atuação dos valores e das ideologias de cada um dos seus membros (BOBBIO, 1986, p. 135)

O Estado aparece, então, como sujeito originário, titular da soberania em lugar do príncipe ou do povo, os quais não constituem o Estado. Assim, soberano não é o rei, nem tampouco o povo, mas sim o próprio Estado personificado. Graças a esta construção, ao paradigma da soberania estatal enquanto condição epistemológica necessária da teoria jurídica moderna, se reconhece o Estado como única fonte do direito (FERRAJOLI, 2002, p. 31) e a soberania como expressão da unidade de uma ordem coativa. As Constituições continuam falando em soberania popular, porém isso, não passa de uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-participativo dos atuais ordenamentos: se o povo exerce a soberania nas formas e nos limites da Constituição, nem mesmo o povo é soberano.

Nas sociedades ocidentais o poder político é imediatamente refletido como sistema de direito porque este sempre serviu de máscara para o poder, seja o poder monárquico, seja o poder da vontade geral do soberano. Mas a análise do poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação. Estas são, antes de mais nada, suas formas terminais, um de seus instrumentos, ao mesmo tempo complexo e parcial (FOUCAULT, 1988, p. 88).

É neste sentido que a democracia baseada no governo representativo e no sufrágio universal e que se tornou verdadeira aspiração universal no final do século XX, não provoca grandes efeitos sobre as características fundamentais e constitutivas do Estado soberano, uma entidade política criada em uma era pré-democrática. O Estado Moderno e a configuração do poder político da modernidade, exercido por autoridades capazes de produzir obediência dos indivíduos relacionados em sociedade quanto aos comportamentos que dirigem diretamente uns aos outros e a si mesma enquanto autoridade, permanecem intactos.

Por conseqüência, deve-se imprimir uma nova forma de configurar o poder, no interior do próprio tecido social, nas próprias redes de relações intersubjetivas, das mais simples às mais complexas. Não se deve fazer uma dedução do poder que partiria do centro e que tentaria ver até onde se prolonga por baixo, até os elementos mais atomísticos da sociedade (FOUCAULT, 2005, p. 36). Os diferentes operadores de dominação se apóiam uns nos outros, remetem uns aos outros, se fortalecem e convergem, se negam e tendem a se anular.

Os fenômenos, técnicas e procedimentos de poder atuam nos níveis mais baixos, deslocando-se, estendendo-se, modificando-se e sendo anexados por fenômenos globais. As múltiplas e diferentes relações de poder estabelecidas na sociedade podem ser integradas ou homogeneizadas por fatores de integração denominados *instituições*, como a família, a religião, a produção, o mercado, a arte, a moral, o Estado. Os mecanismos de poder são parte intrínseca de todas as relações que se estabelecem nestas instituições, são circularmente o efeito e a causa delas, mesmo que, entre os diferentes mecanismos de poder que podemos encontrar nas relações seja possível encontrar coordenações laterais, subordinações hierárquicas, identidades ou análogas técnicas (FOUCAULT, 2008a, p. 4).

O Estado é um corpo desarmônico e atravessado por uma multiplicidade de conflitos, revelando uma relação de relações: relação do corpo do poder com os corpos sobre os quais ele investe e que lhe resistem, relação das diferentes relações de poder entre eles, relação das relações de poder e das relações de produção, relação das técnicas de poder e dos procedimentos de saber. O tipo de relação depende sempre de sua articulação que é sempre complexa instável e perpetuamente provisória (EWALD, 1993, p. 365). Sob o viés político há sim uma relação de poder assimétrica, mas não absoluta, de forma que o Estado detém o poder da relação e a sociedade, subjugada a ele, se submete, somente.

As instituições não são fontes de poder, mas locais de prática de relações de poder, cabendo indagar que relações de poder cada instituição integra e que relações cada instituição mantém com as outras instituições. O poder não vem do centro do Estado porque o Estado não é fonte centralizada de poder. Em outros termos, a centralização não pode ser um estado de fato, nunca pode passar de um efeito que não é o efeito do bom funcionamento dos aparelhos de Estado, mas o exercício do poder no interior do Estado, foco de poderes locais e regionais (EWALD, 1993, p. 370).

Portanto, o Estado não teria se constituído em dado momento histórico como um centro de poder. As relações de poder se desenvolvem para além do aparelho do Estado, sendo possível localizar este último inserido na malha de relações de poder e nunca o contrário. Nesta inserção há uma convivência em que, por vezes, as relações de força independem do aparelho estatal e vice-versa, mas,

em outros momentos, relações de força e aparelho estatal se implicam, aproveitando-se:

se a forma-Estado, em nossas formações históricas, capturou tantas relações de poder, não é porque estas derivem daquela, ao contrário, é porque uma operação de 'estatização contínua', por sinal bastante variável de caso em caso, produziu-se na ordem pedagógica, judiciária, econômica, familiar, sexual, visando a uma integração global (DELEUZE, 1988, p. 83).

O poder não pode ser localizado exclusivamente em uma instituição, como o Estado, numa sinonímia entre ambos. Por isso seria impossível a "tomada do poder", proposta pelos marxistas. Ainda seria paradoxal a concepção marxista de "luta contra o exercício do poder" já que qualquer luta neste sentido é sempre resistência dentro da própria rede de poder que se alastra por toda sociedade e da qual ninguém pode escapar. Por isso não há um lugar de resistência, mas pontos de resistência distribuídos por toda estrutura social. E nem o controle, nem a destruição do aparelho do Estado é suficiente para fazer desaparecer ou para transformar em suas características fundamentais a rede de poderes que impera em uma sociedade (MACHADO, 1979, pp. XIII e XIV).

2 TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS ACARRETADAS PELOS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO E A INOPERABILIDADE DO CONCEITO TRADICIONAL DE SOBERANIA

O significado filosófico da idéia de soberania também tem servido de paradigma para o direito internacional moderno. Com a formação dos Estados nacionais soberanos e a partir da paz de Westfália em 1648 deu-se o reconhecimento mútuo pelos Estados da soberania de cada um dos outros, o que significava que os Estados consentiam em renunciar a certas ações políticas em troca de controle e estabilidade internos, ou seja, se reconheciam juridicamente iguais contra a ingerência de outros.

Evidenciou-se a diferença entre direito público e direito internacional. A capacidade da soberania no plano interno veio do exterior dos Estados por meio de acordos entre os mesmos e as relações internacionais se configuraram como interações limitadas pelo reconhecimento mútuo e pela obrigação de cada Estado de não interferir nos assuntos internos de outros Estados. No plano interno, afirma-se o princípio do Estado-centralizador e soberano, em maior ou menor grau ao longo da história, nas relações entre ele e os cidadãos. Para tanto, delineia-se uma divisão necessária entre ordenamento jurídico nacional ou direito regulador exclusivamente das relações entre os indivíduos e entre administradores e administrados e ordenamento jurídico internacional ou direito aplicável exclusivamente às relações entre Estados, sem que haja uma relação entre os dois distintos “tipos de direito”.

No plano internacional a soberania já nasce contrariada pelos instrumentos normativos internacionais que produzem obrigações e vinculações a cada Estado em seu plano interno de atuação, que deveria ser inerte a qualquer interferência. Mas, a antinomia que se revelou insolúvel em plano interno entre as formas absolutas historicamente assumidas pela soberania do Estado e a idéia de sujeição ao direito continuou a informar até hoje a ciência internacionalista: o princípio da soberania externa se absolutizou.

Porém, não se pode falar em transformação do conceito clássico de soberania. Como conceito clássico, não se modifica. Pode ter sua aplicação ou utilidade contestadas, mas se mantém inalterado. Seu caráter perpétuo e absoluto atribuído por Bodin e difundido por Hobbes nunca será extirpado. O que se pode

afirmar é que, em plano externo, não se tem soberania propriamente dita, mas coordenação, uma independência limitada, porque nenhum Estado é soberano em relação a outro Estado, isto é, nenhum Estado consegue impor, no âmbito do território da sociedade internacional, suas decisões aos demais.

Essa concepção tem como desvantagem não proporcionar um estudo propriamente jurídico, no sentido do Direito que tem por paradigma a soberania, dos institutos internacionais para a elaboração de um ordenamento jurídico internacional propriamente dito e, conseqüentemente, de uma concepção unitária de direito. Aceita-se a existência de uma vida internacional dos Estados, mas não a existência de um corpo administrativo unitário em nível internacional para efetivamente dar unidade à regulação dessas relações internacionais (BELLA, 2007, p. 166-67).

Ao mesmo tempo, a soberania externa se apoiou como força obrigatória no consenso de todos ou da maior parte dos Estados, laicizando-se também no plano internacional. Se o Estado é soberano internamente, sobrepondo-se, externamente, às soberanias paritárias dos outros Estados, gera-se efetivamente uma liberdade que reproduz na comunidade internacional o estado natural que a instituição do Estado havia negado e superado em plano interno (FERRAJOLI, 2002, p. 20) porque, de fato, numa situação de igualdade entre os Estado, é a vontade dos mais fortes da comunidade internacional que prevalecerá. O monopólio da força alcançado pelo Estado é afirmado externamente, onde se resolve conflitos numa livre concorrência entre monopólios igualmente exclusivos.

A identificação juspositivista entre Estado e Direito, hegemônica no início do século XX, produz, internamente, a subordinação do primeiro ao segundo, mas, externamente, torna inconcebível o direito internacional como direito supra-estatal. Nas relações externas com os demais, o Estado Nacional se liberta definitivamente de qualquer vinculação ou limitação jurídica. Quanto mais o Estado se juridiciza internamente como ordenamento, mais se afirma, no cenário internacional, como entidade auto-suficiente, autônoma até mesmo em relação a seu povo.

Da posição de inexistência de um direito internacional prevalente até o século XIX, passando-se pela teoria dualista da coexistência dos direitos estatais e do direito internacional autônomos em relação a si, desemboca-se, com Kelsen, na unidade do direito e do primado do direito internacional sobre o estatal. Apesar de

esta posição não prevalecer dentre as concepções epistemológicas de direito internacional positivadas nos ordenamentos jurídicos internos¹², é a única posição compatível com a posição atual, praticamente unânime, de titularidade estatal da soberania. Conseqüentemente, o que se tem verificado, na prática internacional é que as violações jurídicas reconhecidas em relação à obrigação de ser do direito internacional vigente como princípios vinculadores não têm sido interpretadas como um projeto normativo que tenha a mesma eficácia que as ordens jurídicas internas. Apesar disso, estabeleceu-se durante todo século XX o relacionamento mais ou menos coordenado entre os Estados Nacionais.

Os processos de globalização atingem os diversos setores em que a vida humana pode ser metodologicamente subdivida e estabelece uma nova forma de relacionamento entre política e economia que modifica a forma tradicional de exercício da soberania pelo Estado e, conseqüentemente, reestrutura os mecanismos de produção, interpretação e aplicação do Direito.

Os efeitos desencadeados pelos processos de globalização provocam a interconexão das áreas de atuação do homem, mitigando a função desempenhada pelo indivíduo em todas elas e, principalmente, imputando relevo às formas coletivas de organização social. Neste contexto, o Estado divide com outras estruturas, tais como organismos internacionais e empresas transnacionais, o espaço em que se exerce poder de forma desigual, descentralizada e não absoluta, mas necessariamente influenciado por preocupações de ordem econômica.

A reprodução do capital em escala internacional e em termos financeiros modifica as formas de reprodução do capital em âmbito nacional, obrigando o Estado a alterar suas formas de intervenção no domínio econômico nacional. A desregulamentação dos mercados, a diminuição da prestação de serviços públicos por parte do Estado e as privatizações em sentido amplo evidenciam com maior veemência o caráter não absoluto da autonomia decisória do Estado em todos os setores da sociedade.

Os instrumentos estatais de regulação da economia não são elididos, mas também são profundamente transformados para atender novos

¹² A maioria dos internacionalistas tem se mantido fiel à idéia de soberania externa, embora reconheçam que, mantida em “seu conceito originário”, será uma fonte de permanentes dificuldades, “revisando seu conteúdo”. Mas, a soberania susceptível de limites e restrições é uma hipótese infundada que tem se vertido em tentativas infrutíferas de amoldar a soberania às exigências atuais do direito internacional.

objetivos, como o monitoramento das taxas de juros, estabilização monetária e controle dos gastos públicos. Um desses instrumentos é o direito, que comumente subsidia ao Estado o papel de autoridade local de um sistema econômico global, fornecendo a este último infra-estrutura para a livre alocação dos fatores de produção o que, em certa medida, influencia a ordem e a previsibilidade das condutas.

Diante desse cenário, a incomunicabilidade entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados cede lugar à multiplicação das fontes do direito de origem não estatal e das formas de autoridade e à difusão autônoma do poder político entre governos nacionais, organismos multilaterais e transnacionais e instituições financeiras internacionais, entre outras instituições.

Estes agentes, que gestionam, planejam e controlam seus próprios interesses fragmentados, contribuem para a sedimentação de formas discrepantes de sociabilidade porque não são capazes de estabelecer um consenso em torno de determinados valores mínimos para a ordenação de uma sociedade, dada a ausência de uma instituição aglutinadora em nível global que exerça sua influência em níveis semelhantes aos exercidos pelos Estados Nacionais durante a época moderna.

Evolui-se para uma ineficácia dos ordenamentos jurídicos internos diante do menor acatamento de suas prescrições normativas por aqueles que a elas deveriam se sujeitar. Os agentes não institucionalizados passam a, dada a interdependência entre os ordenamentos nacionais, reclamar por uma ordenação global e pela definição de critérios para sua operacionalização.

2.1 GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O EXERCÍCIO DA SOBERANIA: O IMPACTO NO INTERIOR DOS ESTADOS E NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Ao longo do século XX, os progressos na medicina proporcionaram grande crescimento populacional e o aprofundamento de sociedades de massas em que os indivíduos se encontram fundidos na figura de um macro-sujeito que age coletivamente (HABERMAS, 2004. p. 54). Em meados deste mesmo século, a configuração das massas se dispersa em redes de informação cada vez mais

abrangentes. Diante do desenvolvimento demográfico, são introduzidos métodos de produção que aumentam a produtividade do trabalho e modernizam a economia que, antes essencialmente agrícola, desenvolve segmentos como a indústria, comércio, transporte e serviços, fazendo-os depender, num estágio mais avançado de desenvolvimento, quase que exclusivamente da informação. A evolução dos sistemas educacionais não só eliminou o analfabetismo, mas ampliou os sistemas secundário e terciário de ensino. A conjugação desses fatores desencadeou um processo de migração campo-cidade que despovoou o setor agrário e explodiu num urbanismo de dimensões gigantes. As novas formas de energia, tecnologias industriais e meios de transporte revolucionaram a comunicação e as formas de circulação de vida, modificando a percepção de espaço e tempo.

Livros, jornais, revistas, televisão, rádio, publicidade, indústria cultural, mídia impressa e eletrônica, rede de computadores, contribuem para a desterritorialização de objetos, pessoas e idéias em nome da *reprodução ampliada* do capital que passa a articular forças produtivas, empresas, mercados e centros decisórios estatais e não estatais. O principal reflexo dessas transformações foi formalização da racionalidade ou sua universalização de acordo com o modo de operação de um mercado e o conseqüente deslocamento do indivíduo - produto acabado da razão iluminista e tomado singularmente ou coletivamente como grupo, classe, povo ou nação - da posição central e hegemônica que ocupava no planeta, posição que se consolidou durante toda Idade Moderna avançando pela contemporaneidade. Diante da valorização da tecnificação no âmbito da quase-totalidade das relações sociais, o próprio homem vem reproduzindo as condições materiais para sua dissolução como sujeito-exclusivo de razão e agente único da história.

No que toca especificamente ao indivíduo enquanto coletividade, os desafios que o Estado enfrentava até o início do século XX, quando ainda se mantinham completamente autônomas as esferas política e econômica, como manutenção da paz e segurança internacional, disparidades econômicas em nível internacional, desequilíbrio ambiental, etc., são sobrepostos por uma questão que os atravessa e os interliga: a globalização. Após a Segunda Guerra Mundial, as diversas interações sociais evoluíram no sentido de romper com as estruturas do tipo transfronteiriço até então predominante. O fenômeno resultante desta reconfiguração do estabelecimento das relações entre agentes por todo globo

terrestre possuiu dimensões econômicas, políticas, sociais, geográficas, demográficas, culturais, jurídicas, religiosas, lingüísticas etc., complexamente ligadas.

“[...] o que designamos por globalização é, de fato, uma constelação de diferentes processos de globalização e, em última instância, de diferentes e, por vezes contraditórias globalizações [...]; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deve ser usado no plural” (SANTOS, 2002, p. 55-56)

Estas características são comuns a todos segmentos da vida humana. Os setores em que a humanidade se estabelece se integram necessariamente de forma que cada qual influencia marcantemente o desenvolvimento de suas relações. Caminha-se para a formação de uma comunidade mundial mais ou menos homogênea concretizada diante das inúmeras possibilidades de comunicação.

Os desdobramentos dos processos de globalização reafirmam a unidade da vivência humana e sua setorização puramente didática. Entretanto, apesar de não se esgotar nele, é a partir do embate entre campos político e econômico, mais especificamente, no estabelecimento das relações de poderes político e econômico que se reconfigura a regulação estatal da sociedade em termos transnacionais.

O levantamento dessas características revela uma forma de poder, aí sim de natureza econômica, que fornece a lógica das interações e legitima as desigualdades e as hierarquias (SANTOS, 2002, p. 57), na maioria das vezes combatidas pelo poder estatal. O poder econômico pode ser encarado no limite ou para além da fronteira entre os Estados, como uma desigualdade na distribuição do poder em geral. O aprofundamento e a intensidade das interações globais delineiam um poder econômico que evidencia a desigualdade das relações de poder em todas suas manifestações, o que gera, de forma genérica, um conflito que organiza as lutas em torno dos recursos. Aí a natureza econômica do poder que estabelece a dinâmica das relações em uma época de transposição das antigas fronteiras no interior das quais estas relações se estabeleciam.

A globalização não se dá somente em razão da mundialização do capitalismo, o que já se verificava desde as expansões ultramarítimas. O início do desenvolvimento do capitalismo na Europa se desdobrou em instituições internacionais, multinacionais e transnacionais propagadas no interior da acumulação originária do mercantilismo, do colonialismo, do imperialismo e da interdependência (IANNI, 2004, p.14). A globalização, nestes termos, é uma falsa novidade na medida em que muitos elementos normalmente apontados para demonstrar o caráter de alteração do quadro do capitalismo hodierno constituem a retomada de processos bastante antigos.

Para se detectar o globalismo contemporâneo é preciso observar que o caráter internacional, mundial ou planetário não é sempre o mesmo. Pode-se apontar como diferencial a difusão acelerada das tecnologias de comunicação e a variedade e generalidade das transações internacionais que conduziram à interdependência de todos os países do mundo e, no campo econômico, à afirmação das empresas multinacionais, ao crescimento atual do capitalismo financeiro em detrimento de outras áreas do setor econômico e à grande circulação de capital por meio de negociações especulativas. “O capital financeiro, que sempre fora apátrida, torna-se absolutamente desenraizado territorialmente e, destarte, praticamente incontrolável pelos mecanismos tradicionais disponíveis pelos países integrantes da sociedade financeira internacional” (MARQUES NETO, 2002, p., 106).

O capital financeiro adquire mais força do que em qualquer época anterior porque é erigido à categoria de definidor, realizador e gestor da riqueza no capitalismo ou, em outros termos, torna-se parâmetro universal das atividades e relações desenvolvidas tanto em espaços delimitados nacional quanto em um espaço transnacional. Esse novo cenário significa o desenvolvimento do mercado e das forças produtivas em escala mundial, disseminando a produção parcial ou total em qualquer lugar do mundo e uma divisão internacional do trabalho que passa a contar com mão-de-obra minimamente qualificada e praticamente inesgotável no mundo. Sob o ponto de vista da sociabilidade humana, isso quer dizer que a seara econômica se subsume a todas as outras formas de organização social e técnica.

2.2 O ESTADO SOCIAL, AS FORMAS DO DIREITO E O CONTROLE: NASCIMENTO DA BIOPOLÍTICA E O CONTROLE DAS MASSAS

Durante as décadas de cinquenta e sessenta do século passado ao Estado intervencionista e de Bem-Estar Social, que desempenha planejamento estatal, cabe as funções de regular mercados e utilizar o direito como instrumento de controle, gestão e direção pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor por meio de políticas sociais. A gestão macroeconômica do Estado intervencionista utilizou-se de instrumentos fiscais, taxas de juros, oferta de crédito e gastos públicos para distribuir renda por meio do alargamento do mercado, incrementando consumo e estimulando o crescimento, viabilizando a acumulação privada e sustentando os investimentos produtivos. Com isso, proporcionou, ao mesmo tempo, um novo igualitarismo muito relativo que destruía a vitalidade da concorrência, além de um inchaço e de um endividamento da máquina pública diante dos elevados gastos públicos.

Desde a Idade Média, o papel essencial do Direito foi fixar a legitimidade do poder, tendo como problema central a soberania. A teoria do Direito se concentrou, desde então, em dissolver no interior do poder a dominação para fazer aparecer em seu lugar os direitos legítimos de soberania e a obrigação legal da obediência. Neste sentido, a norma representava o discurso verdadeiro que decide que veicula, ele próprio, os efeitos de poder. E os cidadãos são submetidos a essa verdade ao serem julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a certa maneira de viver ou de morrer, em função de discursos normativo-verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder.

Mas para Foucault, a dominação veiculada pelas regras de direito não estabelecem apenas relações de soberania, mas múltiplas formas de dominação que podem ser exercidas no interior da sociedade nas relações recíprocas entre os indivíduos; não somente a soberania em seu efeito único, mas as múltiplas sujeições que ocorrem e funcionam no interior do corpo social. A analítica do poder ultrapassaria a análise jurídica de legitimidade do poder para alcançar o poder em suas formas e em suas instituições mais locais, sobretudo no ponto em que esse poder, indo além das regras de direito que o organizam e o

delimitam, se prolonga além dessas regras, investe-se em instituições e se consolida em técnicas, em práticas reais e efetivas (FOUCAULT, 2005, p. 32).

Ao lado da ficção jurídica do contrato em que se encarna a figura do príncipe pacificador ou do ente a quem cabe o exercício de uma soberania gerada a partir da cessão individual de poder, opera uma mecânica de poder sob a forma de infradireito ou de um “direito não tradicional”, que não diz mais respeito exclusivamente à lei, à repressão, em que a noção de poder é uma entidade localizável e possibilita identificar focos centralizadores de sua atuação, mas diz respeito a estratégias múltiplas que investem sobre o corpo humano também para adestrá-lo e para potencializá-lo, tornando-o politicamente produtivo e economicamente dócil (ADORNO, 2006, p. 58).

A constatação desse infradireito suspenderia a idéia mesma de direito enquanto conjunto de regras universais e abstratas que circunscrevem o poder e o Estado. Assim como o Estado é uma das partes que se disseminam onde o poder é exercido, o direito não existiria em si, mas definir-se-ia por seus *usos*, chamadas de práticas jurídicas: direito como lei, direito como disciplina, direito como normalização, direito como ilegalismos. O que preside todos esses mecanismos não é o funcionamento unitário de um aparelho ou de uma instituição, mas os conflitos.

O desenvolvimento das tecnologias de poder, na Idade Moderna, levou a um grau de intervenção ímpar sobre o ser humano: o poder se exerce sobre cada indivíduo, do mesmo modo que é exercido sobre as massas e converte-se num controle que nos fabrica, impondo a todos e a cada um de nós uma individualidade, uma identidade (BRANCO, 2008, p. 10).

O controle é menos severo e mais refinado que a tradicional punição jurídica, sem, contudo, provocar menos medo. Todos são capturados em diversos sistemas que exercem autoridade (escola, trabalho, lazer), de forma que cada indivíduo é *normalizado* e transformado em um caso controlado. O encadeamento desses sistemas continua a impor esse esquema até fazê-lo ser aceito pela geração atual como uma forma de *normalidade*. O controle contínuo dos indivíduos conduz a uma ampliação do saber sobre eles, que produz hábitos de vida refinados (FOUCAULT, 2006, p. 307). Para Foucault, o controle estabelecido pelo poder poderia se estabelecer: (a) pelo mecanismo legal ou jurídico; (b) pelas técnicas

disciplinas (disciplina); (c) pelas técnicas normalizadoras ou de segurança; (d) pelo biopoder (biopolítica).

As técnicas de controle da biopolítica são desenvolvidas a partir do final do século XIX e início do século XX para controle das populações e grupos sociais em relação à continuação (ou não) de sua vida biológica. É o poder sobre a vida que se dirige à multiplicidade dos homens não enquanto portadores de corpos individualizados, mas como massa global, ou seja, à população enquanto problema político e de gerenciamento estatal tendo em vista um “novo direito”, de *fazer viver* ou *deixar morrer*. Sob essa perspectiva, o direito é uma possibilidade, um mecanismo de regulamentação. Segundo Foucault (2008a, p. 3), biopoder remete ao conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa estratégia geral de poder.

Essa técnica não se dirige ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem-espécie. A disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. Já o biopoder se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que essa nova tecnologia forma uma massa global, afetada por processos que são próprios da vida, como o nascimento, a morte, a produção, a doença. Trata-se de uma tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo de massificação (FOUCAULT, 2005, p. 289).

Para a teoria clássica da soberania, o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais. O soberano podia fazer morrer e deixar viver, descaracterizando a vida e a morte como fenômenos naturais, incluindo-as no campo do poder político. Por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo ou tem direito de estar morto, ou seja, a vida e a morte dos súditos apenas se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana. As transformações do direito público do século XIX consistiram em completar o velho direito de soberania com outro direito, que vai perpassá-lo, modificá-lo; um poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer (FOUCAULT, 2005, p. 287).

O biopoder não exclui a técnica disciplinar, mas a embute, a integra, modificando-a parcialmente e, de certa forma, se implanta, graças a essa técnica disciplina prévia. Mas é de outro nível, tem outra superfície de suporte e é auxiliada

por instrumentos totalmente diferentes. Não se trata de considerar o indivíduo no nível do detalhe, mas por meio de mecanismos globais e de regulamentações para se obter estados globais de equilíbrio. Enquanto a teoria clássica do direito lidava com o indivíduo contraente e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário e as disciplinas lidavam com o indivíduo e com seu corpo, a biopolítica lida com um corpo múltiplo, com a *população* como problema político: como problema biológico e como problema de poder. Problemas como velhice, acidentes, enfermidades, anomalias diversas, endemias, morbidade são tratados por meio de instituições de assistência e de mecanismos mais sutis de poupança individual e coletiva, de seguridade, de previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais, etc.

No cruzamento de poder pastoral e biopoder em que se dá ao mesmo tempo um controle individualizante e totalizante, surge a polícia. E no prolongamento final dessa lógica com dupla face, cuja temporalidade se desdobra em séculos, está o Estado de bem-estar social que se preocupa ao mesmo tempo com a prosperidade e quantidade da população, com a saúde e a longevidade dos indivíduos. Esse cruzamento sugere que o poder não é onipotente e onisciente. O desenvolvimento de tantas relações de poder, de tantos sistemas de controle, de tantas formas de vigilância, é justamente porque o poder sempre foi impotente (FOUCAUT, 2006, p. 274).

Essa impotência sugere a imagem dos ilegalismos, isto é, de um direito liberto da soberania, mas também antidisciplinar. Quer dizer que, no interior da perpétua luta contra o poder, das infinitas resistências, não há privilégio na luta contra o poder, mas uma situação de igualdade em que as formas de rebelião e revolta se difundem lateralmente, possibilitando uma confraternização no interior das resistências ao poder. “Estabelecem-se redes, substituições, retiradas, e retomadas entre as ilegalidades, de tal modo que as respostas do poder se dirigirão sempre ao conjunto do corpo social seguindo táticas de ‘gestão’” (EWALD, 1993, p. 372)

O poder que tinha como esquema organizador a soberania tornou-se inoperante para reger o corpo econômico e político de uma sociedade em via de explosão demográfica e de industrialização, deixando escapar muitas coisas no nível do detalhe e no nível da massa. No século XVII e início do século XVIII e para recuperar o detalhe acomodou-se, no âmbito limitado de instituições como escola, hospitais, quartéis, oficinas, os mecanismos de detalhe sobre o corpo individual com

vigilância e treinamento, com a disciplina. Já no final do século XVIII acomodaram-se os processos bio-sociológicos das massas humanas em uma implicação de órgãos complexos de coordenação e de centralização

As disciplinas sempre tendem a ultrapassar o âmbito institucional e local em que são consideradas, adquirindo facilmente uma dimensão estatal em certo aparelhos como a polícia, que é a um só tempo um aparelho de disciplina e um aparelho de Estado. Da mesma forma, grandes regulações globais que se proliferaram no século XIX em nível do Estado, mas também abaixo desse nível, com toda uma série de instituições subestatais, como instituições médicas, caixas de auxílio, seguros, etc. (FOUCAULT, 2005, p. 298-299).

2.3 O PROCESSO ECONÔMICO NA ERA GLOBAL E A CRISE DO ESTADO SOCIAL. AS TÉCNICAS DE SEGURANÇA E A GOVERNAMENTALIDADE MODERNA

A partir da década de setenta, cresce a instabilidade das variáveis macroeconômicas e o ritmo de crescimento é reduzido porque a capacidade de financiamento dos gastos sociais e do equilíbrio do mercado por parte do Estado foi comprometida. Diante desse cenário, o chamado programa neoliberal foi adotado, primeiramente na Inglaterra e nos EUA, disseminando-se pelo norte europeu já durante os anos setenta com a plataforma da estabilidade monetária, da redução drástica dos gastos públicos, principalmente por meio de programas de privatização, diminuição das intervenções econômicas, mas abolição dos controles sobre os fluxos financeiros, reformas fiscais para incentivar os agentes econômicos e até mesmo a restauração da “taxa natural de desemprego”.

No sul europeu chegaram ao poder pela primeira vez governos de esquerda de vertentes socialistas que se esforçaram por realizar uma política de deflação e redistribuição, de pleno emprego e de proteção social, mas que se verteram em projetos fracassados na década de oitenta (ANDERSON, 1995, p. 9-13). Dá-se, então, a hegemonização do neoliberalismo em escala verdadeiramente mundial. No início desse período, somente governos explicitamente de direita colocaram em prática as políticas neoliberais; depois, qualquer governo, inclusive os que se autoproclamavam de esquerda, em movimento que se aprofunda atualmente.

A partir da dissolução das economias socialistas quando o capitalismo pôde se afirmar como modos de produção mundial desenvolveram-se condições no espaço do globo para que também predominassem os movimentos e as formas de reprodução do capital em escala internacional, tais como industrialização voltada para exportação, nova divisão internacional do trabalho e flexibilização e internacionalização dos processos produtivos.

Mesmo antes da Guerra Fria essas modalidades de ação já eram efetivas. Durante a Segunda Guerra Mundial foram acionados vários meios de intercâmbio. A aliança de fato e de direito entre Estados Unidos e União Soviética na luta contra o nazi-fascismo alemão, italiano e japonês beneficiou as forças produtivas organizadas com base nos capitalismo norte-americano e inglês. Após a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria revelou-se uma imensa e complexa operação de diplomacia total, não só contra-revolucionária, mas de dinamização e generalização das atividades produtivas, principalmente na Europa e no Pacífico, destacando-se os Tigres Asiáticos e o Japão, por um lado, e a União Européia a Alemanha Federal de outro.

Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial criaram desafios para as economias socialistas, oferecendo-lhes negócios, possibilidades de comércio e intercâmbio de tecnologias, além de mercados e possibilidades de exportação para as economias capitalistas. A crescente industrialização dos países socialistas foi substituindo as importações pelas exportações. Cabe lembrar que uma parte importante do desenvolvimento industrial ocorrido em países do “Terceiro Mundo” realizou-se à sombra da Guerra Fria, com apoio mais ou menos ostensivo de governos dos países do “Primeiro Mundo”, do Banco Mundial e do FMI.

Quando termina a Guerra Fria, inclusive como decorrência do modo pelo qual o capitalismo estava bloqueando e penetrando o mundo socialista, outros espaços se abrem. Sob vários aspectos, é como se o mundo todo se tornasse o cenário das forças produtivas acionadas e generalizadas pelas corporações transnacionais, conjugadas com ou apoiadas pelos governos dos países capitalistas dominantes (IANNI, 2004, p. 60-61).

No início dos anos setenta transparece uma nova liberalização do mercado mundial a partir da modificação de um sistema industrial pós-fordista. O modo de produção industrial passa do modelo *fordista* ao *toyotista* ou *pós-fordista*, baseado na empresa transnacional ou supranacional, que fragmenta e especializa a

produção, de maneira descentralizada, visualizando uma internacionalização da organização industrial de forma a prescindir da necessidade de estruturação da cadeia produtiva num dado local porque dispensa grande concentração de mão de obra ou grande mobilidade de recursos. As unidades de produção passam a se desenvolver em diversos países em termos de flexibilização, terceirização ou subcontratação da força de trabalho.

Como conseqüências da internacionalização do sistema produtivo tem-se a padronização do consumo em escala mundial e a transposição dos limites geográficos das economias nacionais. Essa reprodução em escala internacional se dá em termos financeiros, isto é, o dinheiro deixa de ser um mero intermediário na troca entre valores, exercendo uma função própria (GRAU, 2008, p. 53), alterando necessariamente as condições dos movimentos e das formas de reprodução do capital em âmbito nacional.

As condições materiais que circundam os Estados Nacionais pressionam as próprias estruturas de organização interna desses Estados. Com a disciplina que os mercados transnacionalizados exercem sobre as políticas econômicas nacionais, ainda que os Estados não percam a capacidade de ação, passam a navegar no sistema financeiro global e adaptar suas políticas, em primeiro lugar, às exigências desse sistema (CASTELLS apud COSTA, 2004, p. 47). Como as novas condições de reprodução do capital passam a ser organizadas e dinamizadas em âmbito mundial, o aparelho estatal é levado a se reorganizar segundo as exigências desse âmbito alargado de prática das ações.

As forças produtivas e as relações de produção constituem facetas relevantes de uma organização política e por isso foram alvo de ações diretas ou indiretas do Estado ao longo da história. O Estado transitou de um modelo de intervenção mínima no âmbito econômico, no final do século XIX e início do século XX, passando por um modelo em que se responsabilizou pela distribuição de renda, participando do processo de produção de bens de consumo e regulando a atividade social após as grandes guerras. O trunfo do capitalismo nacional exigiu maior intervenção estatal na tentativa de pelo menos minimizar os efeitos danosos de uma economia puramente de mercado. Em uma sociedade em pleno desenvolvimento em que as mudanças são aceleradas, a intervenção estatal é imprescindível porque o desenvolvimento requer planejamento, recursos financeiros e econômicos e investimentos que ultrapassem a capacidade econômica dos indivíduos.

Quando os processos de globalização atingem as searas econômica e política tomadas em sua inter-relação, estabelecendo uma relação de implicação necessária entre elas, produzem alterações profundas no padrão de intervenção estatal no domínio econômico. Nos últimos vinte e cinco anos, criticado por sua morosidade, burocracia e desperdício de recursos, o Estado se obriga a redefinir seu modelo de ação diante da sociedade. As falhas de um mercado auto-regulável contidas pelas democracias sociais ou por Estados intervencionistas retornam acompanhadas de uma tendência político-econômica voltada para a oferta, desregulamentação dos mercados, redução dos serviços públicos e privatizações em sentido amplo¹³ porque os Estados constatam que os custos de um reforço contínuo do controle estatal do mercado excedem os benefícios e utilidades que esta postura possa acarretar.

Do âmbito internacional seguem orientações voltadas para a estabilização macroeconômica, controle inflacionário e renegociação da dívida externa, enfim, uma pressão sobre os Estado no sentido de uniformização e normalização. “Dado que estas mudanças têm lugar no fim de um período mais ou menos longo de intervenção estatal na vida econômica e social (...), o retraimento do Estado não pode ser obtido senão através de forte intervenção estatal” (SANTOS, 2002, p. 35).

Situação aparentemente contraditória, a “diminuição” do Estado implica uma intensa atividade regulatória deste para diminuir o grau de intervenção estatal, criando-se normas para se estabelecer um novo modelo de regulação social. Neste sentido, o “encolhimento” do Estado, além de discutir seu papel no âmbito econômico, discute o papel do Estado na organização da sociedade. A única instituição que tem capacidade de reorganizar a atuação do Estado é o próprio Estado.

¹³ Equivale à ampliação das parcerias público-privado, à quebra total ou parcial dos monopólios estatais (privatização em sentido estrito), à aceleração da descentralização na prestação de serviços públicos sob a forma de concessões, permissões e autorizações e à regulação desses setores privatizados em sentido amplo, sobretudo mediante a ação de agências reguladoras. Esse tipo de imposição ocorre quase meio século de intensa regulação estatal da economia e por isso também se faz necessário impor, em escala global, políticas de ajustamento estrutural. A reconfiguração da intervenção do Estado no domínio econômico provoca o que Marçal Justen Filho (2002, p. 42-45) denomina processo de desregulação e re-regulação em que cada setor regulado deve se sujeitar à intervenção estatal em níveis correspondentes às peculiaridades apresentadas, inadmitindo-se políticas desregulatórias para todos os setores em termos absolutos.

Na história do mundo atual, é sobretudo o Estado que tem condições de assumir a empresa do desenvolvimento global, integral, racionalizado. Pois o desenvolvimento implica uma política do desenvolvimento que é uma mudança no processo de poder, uma política em termos nacionalistas ou de cooperação mundial. (VILANOVA, 2003, p. 469).

As técnicas normalizadoras ou de segurança foram inicialmente utilizadas no século XVIII e provieram do poder pastoral praticado pelas Igrejas Católicas. Até hoje são utilizadas pelas famílias, pelas escolas, pelos hospitais, os quais, por meio de normas de conduta e padrões morais, têm por objetivo a constituição de comportamentos adequados. As relações de poder ante a segurança vão ser inseridas num cálculo de custo. Em vez de instaurar uma divisão binária entre o permitido e o proibido, vai-se fixar de um lado uma média considerada ótima e, depois, estabelecer os limites do aceitável, além dos quais as coisas não devem ir (FOUCAULT, 2008a, p. 9).

Trata-se de nem adotar o ponto de vista do proibido nem o ponto de vista do que é obrigatório, mas afastar-se suficientemente para poder apreender o ponto em que as coisas vão se produzir, sejam desejadas ou não, ou seja, vai-se procurar reaprendê-las no plano de sua natureza. A segurança trabalha, na realidade, fazendo seus elementos atuarem uns em relação aos outros por meio de toda uma série de análises e de disposições específicas com o fim de “deixar fazer”, ou seja, *laisse faire*, princípio geral do que se chama de liberalismo. Com isso pretende fazer com que a realidade se desenvolva e siga seu caminho de acordo com as leis, princípio e mecanismos que são os detalhes da mesma (FOUCAULT, 2008a, p. 63), possibilitando o movimento, o deslocamento e a circulação tanto de pessoas como de coisas, mas de maneira tal que os perigos inerentes a essa circulação sejam anulados.

Considerar os dispositivos de segurança contemporaneamente não quer dizer anular as estruturas jurídico-legais ou os mecanismos disciplinares. Da mesma forma, quando o sistema jurídico-legal funcionava, não estava ausente o aspecto disciplinar, o qual também comportava uma série de dimensões que são da ordem de segurança. Na contemporaneidade, o conjunto das medidas legislativas, cada vez volumoso, é que permitem implantar os mecanismos de segurança. Por exemplo: não existe somente um conjunto normativo que se relaciona ao roubo, mas que respeita ao roubo cometido pelas crianças, ao estatuto penal das crianças, às

responsabilidades por razões penais, enfim, todo um conjunto legislativo denominado de *medidas de segurança*. Há uma inflação dos códigos legais para, estabelecendo técnicas de vigilância dos indivíduos, de diagnósticos, de classificações, etc., operar esse sistema de segurança. Os mecanismos de segurança não tomam o lugar dos mecanismos disciplinares, os quais teriam tomado o lugar dos mecanismos jurídico-legais, pois são as próprias técnicas que vão se aperfeiçoar (FOUCAULT, 2008a, p. 11).

Os mecanismos de segurança tentam fazer uns e outros agirem, mas sem que se trate de uma relação de obediência entre uma vontade superior do soberano, e as vontades que lhe seriam submetidas. Trata-se de fazer os elementos de realidade funcionarem uns em relação aos outros, delimitar os fenômenos em marcos aceitáveis em vez de impor-lhes uma lei e seu mecanismo de proibição. Os mecanismos de normalização agem no sentido de fazer surgir certo nível em que a ação dos que governam é necessária e suficiente.

Nessa orientação que Foucault concebe a noção de *governamentalidade*, deslocando suas investigações para o eixo do governo dos homens. “Não se trata mais de mostrar *como* as formações de saber e as formas de subjetivação são produzidas pelos mecanismos de poder, mas sim pensá-los como três domínios que se articulam que se articulam no interior de uma determinada ‘arte de governar’”. (FONSECA, 2006, p. 157, grifos do autor). O poder não seria responsável somente por distribuir, vigiar e adestrar os indivíduos no interior de determinados espaços, mas regularia os processos de vida, como nos controles de natalidade, de moralidade ou de deslocamentos, segundo o princípio da *segurança*.

A nova história, inaugurada com a emergência do mundo moderno, produz uma acentuada ruptura: em lugar do discurso histórico das virtudes da soberania, emerge o discurso das raças por meio das guerras entre as nações, o que fez diluir a tradicional identidade entre povo e monarca. Daí em diante, a soberania terá precípua função: não mais o que une, porém o que subjuga. A história de uns não é mais a história de todos. A lei vai aparecer como dupla face: “triunfo de uns, submissão de outros” (ADORNO, 2006, p. 59).

A população deixa de significar uma coleção de sujeitos de direito ou de vontades que devem obedecer à vontade do soberano pelo intermédio de leis e regulamentos, um conjunto de processos aos quais é preciso gerir naquilo que têm de natural e a partir daquilo que têm de natural.

O governo dos homens pelos homens, os quais se estabelecem em pequenos grupos, numa relação conjugal, numa família, nas relações de classes, na relação entre burocracia e população, supõe uma forma de racionalidade e não a violência. Então, em relação aos governos, a questão a se investigar é como são racionalizadas as relações de poder, ou, em outros termos, qual a racionalidade política de dado governo.

A *arte de governar* ou *prática governamental* é o estabelecimento do domínio das práticas concretas do governo dos homens, seus objetos, suas regras e seus objetivos, isto é, o estudo da racionalização da prática governamental no exercício da soberania política, deixando de lado, como objeto primeiro, o soberano, a soberania, o povo, os súditos, o Estado, a sociedade civil, ou seja, os universais utilizados pela filosofia política para explicar a prática governamental.

Um dos episódios da história do governo foi nascimento e instauração da *razão de Estado*, um tipo de racionalidade utilizada na prática governamental que organiza a maneira de governar com base no que se denomina Estado que, ao mesmo tempo, existe, é dado e também não existe suficientemente ou é apresentado como a construir e a edificar. O Estado é uma realidade que só existe para si mesmo e em relação a si mesmo, qualquer que seja o sistema de obediência que ele deve a outros sistemas como natureza, moral, Deus.

A racionalidade política se desenvolveu e se impôs ao longo da história das sociedades ocidentais, inicialmente na forma de poder pastoral, depois, na da razão de Estado (FOUCAULT, 2006, p. 385), São exemplos de razão de Estado: 1) *mercantilismo*, uma forma de organização da produção e do comércio que segue as orientações de que o Estado deve se enriquecer pela acumulação monetária, deve se fortalecer pelo crescimento da população e deve estar e deve manter um estado de concorrência permanente com as potências estrangeiras; e 2) a *polícia*, a regulamentação indefinida do país de acordo com o modelo de uma organização urbana densa. (FOUCAULT, 2008, p. 8).

Ao analisar a arte de governar de acordo com o tipo de racionalidade utilizada em sua prática, não se elimina das análises a respeito do Estado a presença e o efeito dos mecanismos estatais, mas não se começa por analisar em si e por si mesma a natureza e as funções do Estado, não se procura deduzir o objeto de estudo a partir do que é o Estado como uma espécie de universal político, mas investigar o problema do Estado a partir das práticas de governamentalidade. O

Estado não é em si uma fonte autônoma de poder, mas o efeito de transações incessantes que modificam, que deslocam, que subvertem. O Estado é o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas.

As relações de poder existem entre um homem e uma mulher, entre aquele que sabe e aquele que não sabe, entre os pais e as crianças, na família, em toda sociedade. Essas pequenas relações de poder são freqüentemente comandadas do alto pelos grandes poderes de Estado ou pelas grandes dominações de classe, mas também estes últimos dependem dessas pequenas relações de poder para funcionarem bem. O poder do Estado que impõe o serviço militar depende de todo um feixe de relações em torno do indivíduo que o liga a seus pais, a seu patrão, a seu professor. A estrutura abstrata do Estado se mantém sob sua influência todos os indivíduos contínua e cautelosamente porque se utiliza, na forma de uma grande estratégia, de todas as pequenas táticas locais e individuais que encerram cada indivíduo entre os demais (FOUCAULT, 2006, p. 232).

O Estado sempre é correlato de uma maneira de governar. Governar, segundo o princípio da razão de Estado, é fazer que o Estado possa se tornar sólido e permanente, rico, forte diante de tudo o que possa destruí-lo (FOUCAULT, 2008, p. 6). Num Estado de política, portanto, governar no plano externo, ou seja, nas relações do Estado com outros Estados, significa levantar os interesses de cada Estado, assegurar sua independência e autolimitar seus próprios objetivos. Já na ordem interna, o governo deve se encarregar das atividades dos grupos e dos diferentes indivíduos em suas mais particulares características: sua atividade econômica, sua produção, o preço das mercadorias.

Estes objetivos do governo sofrem tentativas de limitação de diversas naturezas, como a teológica e a jurídica. As reflexões jurídicas a respeito da prática governamental sempre se localizam do lado da oposição que se faz a determinada razão de estado. Do início do século XVII até o século XVIII, a prática governamental estabelecida a partir da razão de Estado de polícia foi contestada com o objetivo de limitá-la por meio de objeções jurídicas externas (porque provenientes de Deus, da história ou de uma origem remota.), que existiam antes do Estado e objetavam a razão de Estado quando esta ultrapassava os *limites de direito* estabelecidos, tornando o governo ilegítimo. As limitações jurídicas à razão do Estado de polícia foram as leis fundamentais do reino, a teoria do direito natural e a teoria do contrato.

Em meados do século XVIII ocorre uma importante transformação na razão governamental. A *razão governamental moderna* passa a operar intrinsecamente aos objetivos do próprio governo, possibilitando que pudesse ser calculada de fato pelo próprio governo como meio de se atingir esses objetivos. Esse cálculo é uma forma de regulação sob a forma de uma limitação *de fato* porque, ainda que vertida sobre a forma de regras jurídicas que não devem ser transgredidas, acaso transgredida, não interroga se as práticas governamentais são legítimas ou não em termos de direito, mas aponta um governo inábil, inadequado, ignorante, equivocado. A razão governamental moderna ressalta como *não governar demais* e não como governar legitimamente. Além disso, é uma limitação que não é decidida racionalmente pelos governos no gozo de sua soberania, atingindo os súditos e demarcando, assim, sua esfera direitos fundamentais, mas atinge a própria esfera da prática governamental.

O direito, neste sentido, não constitui a ordem da superestrutura, ou seja, não é concebido como uma relação de pura e simples expressão com respeito à economia. Não é a economia que determina a ordem jurídica. O jurídico dá forma ao econômico. Deve-se na realidade falar de uma ordem econômico-jurídico e não em uma ordem econômica da ordem do ser e uma ordem econômica da ordem do dever-ser¹⁴. Direito e economia situam-se no nível das relações de produção: o econômico é um conjunto de processos a que viria se somar um direito que seria, em relação a esses processos, mais ou menos adaptado. O econômico deve ser entendido, logo de saída, como um conjunto de atividades reguladas cujas regras têm níveis, formas, origens, datas e cronologias totalmente diferentes, como prescrição religiosa, prescrição ética, regulamento corporativo e a lei (FOUCAULT, 2008, p. 225-26)

¹⁴ Segundo Eros Grau (2008, p. 65-66), a “ordem econômica” pode indicar uma parcela da ordem jurídica, mas isso nem sempre ocorre. No Art. 170, CF, a expressão seria usada para indicar *o modo de ser* da economia brasileira, a articulação do econômico como fato, como conjunto das relações econômicas. Mas, ressalta que, o mesmo enunciado seria normativo, podendo ser utilizado para preceituar normas que estão integradas à parcela da ordem jurídica que se refere à ordem econômica. Neste sentido, as Constituições Liberais não necessitavam, no seu nível, dispor explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional, pois a ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos, bastando a proteção da propriedade privada e da liberdade contratual. Ainda para o autor, bem distinguida a ordem econômica do mundo do ser da ordem econômica do mundo do dever ser, seria nítida a qualificação desta última como parcela da ordem jurídica, como conjunto de normas e princípios jurídicos de conformação institucional do processo econômico.

A razão governamental moderna é instrumentalizada com o aparecimento da economia política, que se formou no próprio âmbito dos objetivos que a razão de Estado propõe na busca do enriquecimento do Estado¹⁵, quais sejam, o crescimento equilibrado da população, dos meios de subsistência, a manutenção da concorrência e do equilíbrio entre os Estados. A economia política interroga as práticas governamentais sob o prisma de seus efeitos, de fenômenos, de processo e de regularidades, e não em função do que poderia fundá-la em direito¹⁶. Neste sentido, as práticas governamentais podem contrariar tais efeitos, mas não será possível evitá-los, não será possível suspendê-los definitivamente porque constituem uma *naturalidade* própria da prática mesma do governo, algo próprio da natureza do exercício da governamentalidade (FOUCAULT, 2008, p. 21-22).

A economia assume o papel de “produzir” a soberania política a partir do jogo institucional que deveria fazer o Estado funcionar e a liberdade de mercado aparece como princípio organizador e regulador do próprio Estado. O mercado não é apenas um princípio de auto-limitação do governo, mas um princípio *normativo* que é invocado constantemente diante dele, tornando-se um “tribunal econômico permanente” perante as práticas políticas governamentais. O governo ou governamentalidade seria o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer essa forma bem específica, bem complexa de poder, que tem como alvo principal a população, como forma mais importante de saber, a economia política, como instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança (FOUCAULT, 2006, p. 303).

Diante dessa razão moderna de Estado denominada liberalismo, caberia aos governos, em atitude de limitação intrínseca de sua ação, abandonar as

¹⁵ A primeira economia política seria a dos fisiocratas que concluíram que o poder político deveria ser um poder sem limitação externa, sem fronteira vinda de outra coisa que não ele próprio, um governo econômico que não é desenhado em suas fronteiras por nada além de uma economia que ele próprio definiu e ele próprio controla totalmente (FOUCAULT, 2008, p. 20).

¹⁶ Segundo Foucault, as relações de força agem por meio de mecanismos estratégicos sutis que expressam um poder característico de uma época, culminando na produção de um tipo específico de indivíduo. Assim o foi na sociedade burguesa ocidental a partir do século XIX, quando o *poder disciplinar* serviu de instrumento para constituição do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe correspondia. “Apesar de a concepção de poder disciplinar se opor a uma teoria do poder que o identifica a formas concretas e privilegiadas de sua manifestação, como a figura de um soberano ou um aparelho de Estado, seus mecanismos podem ser identificados como organizadores dos códigos jurídicos. Isto permite a sobreposição de um ordenamento jurídico sobre os mecanismos de poder disciplinar, acarretando a ocultação de seus procedimentos e técnicas de dominação, graças à idéia de garantia e respeito aos direitos dos indivíduos reconhecidos pelos aparelhos do Estado” (FONSECA, 1995, p. 36)

práticas tradicionalmente utilizadas no final da época feudal e na vigência do mercantilismo, de cobrança de impostos, tarifação aduaneiras, regulamentação da produção e codificação das práticas de mercado, pensados como exercício de direitos soberanos com o fim de enriquecer o Tesouro. O governo deveria estabelecer uma coerência pensada e racionalizada que relacionasse essas diferentes práticas e seus efeitos uns aos outros para que fosse possível julgá-las como boas ou ruins, não em função de uma lei ou princípio moral, mas pela demarcação do verdadeiro e do falso, da verdade econômica no interior da razão governamental. Dessa maneira, a economia de mercado funciona como um princípio de inteligibilidade das relações sociais e dos comportamentos individuais, bem como da análise da programação estratégica das atividades dos indivíduos.

Mas não é a teoria econômica que vai estabelecer o mecanismo de formação da verdade. Dessa conexão entre prática de governo e regime de verdade seria constituído um objeto privilegiado de vigilância, de intervenção e de regulamentação governamental, o *mercado*, que deixa de ser saturado por uma governamentalidade regulamentar indefinida e passa a agir com o mínimo possível de intervenção para que *ele* possa formular a sua verdade e propô-la como regra e norma à prática governamental (FOUCAULT, 2008, p. 42).

O mercado deixa de ser um lugar de jurisdição em que deveria ser mantida, por via da regulamentação, certa relação entre preço da mercadoria e trabalho realizado e a justa distribuição das mercadorias em detrimento de fraudes, para passar a obedecer a mecanismos espontâneos, ainda que não seja possível apreendê-los em sua complexidade. Estes mecanismos naturais do mercado e a formação de preços constituem um padrão de verdade que deve ser buscado pelos governos em sua prática governamental, sem que isso signifique que a economia política tenha o papel privilegiado de ditar ao governo um bom tipo de conduta.

O problema já colocado no século XVII pela questão do mercado pode ser formulado da seguinte forma: como, no interior de um Estado dado, cuja legitimidade não podia ser posta em questão, pelo menos a partir daí, era possível abrir espaço para uma liberdade de mercado que também era juridicamente algo novo, na medida em que, até então, a liberdade se definia apenas como liberdade de privilégios, liberdade reservada, liberdade ligada a um estatuto, liberdade ligada a uma profissão, liberdade ligada a uma concessão de poder. O que vai possibilitar inserir uma liberdade de mercado no interior da razão de Estado e no interior do

funcionamento do Estado de polícia no século XVIII é esse mercado regido pelo *laissez-faire*, ou seja, vai ser um princípio de enriquecimento, de crescimento e de poder para o Estado (FOUCAULT, 2008, p. 140).

A arte de governar liberal ou razão do governo mínimo não significa supressão da razão de Estado, nem um elemento externo e negador de si, mas um princípio de organização própria da razão de Estado em uma época, *na qual ainda estamos mergulhados*, em que o governo que “se contenta com pouco”, mas em que se desenvolve uma prática governamental ao mesmo tempo extensiva e intensiva, assediada de dentro e de fora pela questão do demais e do pouco demais, com efeitos negativos, com as resistências, com as revoltas, etc. (FOUCAULT, 2008, p.40).

2.3.1 A Particularidade da Implicação Necessária entre Dimensão Econômica e Política da Globalização: Autolimitação da Governamentalidade

A limitação interna da razão de Estado ou autolimitação da governamentalidade é uma limitação de fato, mas sempre vertida na forma do direito. Por razões de verdade, a região do mercado deve estar livre do exercício do poder político e é o direito que vai instrumentalizar aos governos esse respeito à verdade em termos de lei a se respeitar, isto é, o problema da limitação jurídica de um exercício do poder político passa a ser o problema essencial do direito público. Nos séculos XIX e XX esta questão toma a forma da legislação econômica, da separação entre Governo e Administração e da constituição de um Direito Administrativo.

A partir dos próprios objetivos das governamentalidade, quais sejam, prover recursos ao país e prover a população em si, deduz-se sobre o que seria inútil o governo atuar ou intervir. Neste contexto, a lei é concebida como efeito de uma transação entre a esfera de intervenção do poder público e a esfera de independência dos governados, a esfera da liberdade econômica. Essa concepção de regulação do poder público e da própria formação da lei diverge da concepção contratualista ou tradicional do direito público segundo a qual se deve procurar definir quais são os direitos naturais ou originários que pertencem a todos os

indivíduos, os direitos cuja cessão se aceitou e os direitos para os quais nenhuma cessão foi acordada. Em seguida a essa “classificação” de direitos, deveria ser identificada a esfera de soberania e os limites dos direitos a ela relacionados, bem como as fronteiras de competência do governo. Esse procedimento consiste em partir dos direitos do homem para chegar à delimitação da governamentalidade, passando pela constituição do soberano (FOUCAULT, 2008, p. 54).

A instituição da liberdade econômica contribui para a formação de uma soberania política. A boa gestão econômica tem como efeito direto assegurar a prosperidade de todos e de cada um, produzindo soberania política pela instituição e pelo jogo institucional que faz funcionar a economia. A economia produz legitimidade para o Estado e é criadora do direito público; cria estrutura jurídica e legitima direitos e, mais importante, produz um consenso permanente de todos os que podem aparecer como agentes no interior desses processos econômicos, investidores, operários, empresários, sindicatos, na medida em que aceitam esse jogo econômico de liberdade. O crescimento econômico e a produção de bem-estar produzem a adesão global da população ao sistema econômico e ao Estado e permitem funcionar as estruturas, pois produzem os mecanismos e as justificativas de poder.

O estabelecimento do planeta como âmbito espacial das práticas capitalistas entre os agentes e o fluxo transfronteiriços de pessoas, de culturas, de comunicação, tecnologia e informação em escala mundial anunciam o fim do sistema político nacional enquanto núcleo central das atividades estratégicas humanas organizadas. Isso não significa exatamente o fim do campo de influência do Estado, “soberano em certo grau”, mas um novo delineamento de seu papel na contemporaneidade. Segundo José Eduardo Faria (2002, p. 23), há um rompimento entre a soberania formal do Estado e sua autonomia decisória substantiva, recompondo-se o *sistema de poder*.

Estampa-se a *centralização* do poder econômico não em um ou em um conjunto de Estados, mas naqueles agentes que, direta ou indiretamente estão ligados à estrutura estatal e têm maiores condições de se adequar ao novo regime global de acumulação de capital. O Estado tende a atuar como poder público que capacita essas “comunidades paralelas” a coexistirem e a resolverem conflitos.

O Estado-nação que se definiu, quanto ao seu conteúdo, como organização politicamente soberana em um território determinado, parece ultrapassado enquanto forma de organização, pois as decisões mais importantes

para aqueles que ainda sofrem sua influência não podem mais ser limitadas em termos territoriais ou materiais (MÜLLER, 2002, p. 28).

Entretanto, o Estado ainda dispõe de margens de regulação do desenvolvimento da economia nacional na forma de uma gestão que define patamares mínimos a respeitar, como por exemplo, níveis de salários e empregos, apesar de deixar à economia suas escolhas máximas (VERGOPOULOS, 2005, p. 216). Os Estados não perdem os instrumentos de governo da economia que sempre detiveram porque não existe o desenvolvimento das tecnologias, das finanças e da economia em si sem uma ordem jurídica do mercado estabelecida por políticas públicas internas que tornem possíveis, por exemplo, a implantação de estabelecimentos industriais e a movimentação de capitais em território transnacional.

O Estado, como fonte de ordenação constitucional, limitando seus próprios poderes e os de outros e dirigindo a ação através dos direitos e das regras, é central para a lei. As sociedades comerciais requerem um mínimo de certeza e constância na ação de administradores e de atores econômicos que o domínio da lei implica (HIRST; THOMPSON, 2002, p. 298).

Mas os Estados Nacionais já não são capazes de enfrentar a totalidade das conseqüências sociais e políticas de um trânsito comercial transnacionalizado mediante a utilização da estrutura administrativa com que contam em âmbito interno. O capital é móvel e não tem qualquer ligação nacional, instalando-se onde imperam as vantagens de mercado enquanto o trabalhador é tanto nacionalmente localizado quanto relativamente estático e deve adaptar suas expectativas políticas para enfrentar as novas pressões da competitividade internacional. O mesmo acontece com as políticas monetárias e fiscais contrárias às expectativas dos mercados globais e das empresas transnacionais. O Estado deixou de ser um administrador econômico efetivo para se tornar autoridade local do sistema global com a tarefa de fornecer infra-estrutura e os bens públicos que os negócios necessitam (HIRST; THOMPSON, 2002, p. 271-72).

A partir do momento em que não é possível controlar os movimentos de capital sob condições econômicas internacionais, a anterior proteção da economia nacional de cunho intervencionista exige uma soma estatal irrealizável que compromete os programas sociais do Estado. Por isso, este passa a encolher sua

atuação no âmbito econômico como agente econômico direto e o mercado retoma, em formas qualitativamente diversas, a livre alocação dos fatores de produção para o benefício econômico máximo e sem os “obstáculos” da intervenção do Estado. Neste contexto, algumas funções do Estado Social só poderão continuar a se aperfeiçoar se passarem do Estado Nacional para organismos políticos que assumam tal papel em uma economia transnacionalizada:

É mais promissora uma política antecipadora, inteligente e cuidadosa de adaptação das condições nacionais à competição global. Fazem parte dessa política as conhecidas medidas de uma política industrial prospectiva [...] como qualificação da força de trabalho com base em uma melhor formação e especialização, bem como uma “flexibilização” refletida no mercado de trabalho. Essas medidas trazem a médio prazo vantagens para a posição, no entanto, não modificam em nada o modelo de concorrência internacional por posições. Não importa o que se faça com a globalização econômica, ela destrói uma constelação histórica que havia provisoriamente permitido o compromisso do Estado Social (HABERMAS, 2001, p. 68).

Desenvolve-se um setor híbrido não mais regido pelos tradicionais institutos jurídicos, mas disciplinado por sistemas reguladores globais, inspirados, mormente, na concepção pluralística e liberal do Estado e pelo primado da esfera econômica sobre a política. Somado a isso o quadro em que a vida econômica e social internacionaliza-se, exercendo uma pressão sobre o quadro institucional do Estado Nacional, impõe-se a constituição de coalizões, de regimes, de procedimentos e de formas de organização diversas daqueles tradicionais organismos de cunho internacional ou das instituições internas dos Estados.

Em âmbito nacional, há a tendência em substituir a atuação direta do Estado pelo princípio de mercado, passando este, por meio de suas empresas multinacionais, a exercer papel de pressionar os países periféricos a adotarem transformações jurídico-institucionais que condigam com o sistema econômico mundial. Vincula-se a interface econômica do processo de globalização à sua interface política por meio de um sistema legal que preserve a economia de mercado e a liberalização dos investimentos e do sistema financeiro, uma preservação não mais no sentido de recomendação, mas garantidora da ordem e previsibilidade de condutas notadamente dirigida à preeminência da propriedade individual e às “novas” formas de propriedade, como a propriedade industrial, os novos contratos, o consumo e o crédito.

Os processos de globalização levam à desconstrução das bases e da autonomia dos centros de referência social, notadamente, do centro mais influente dentre eles, que é o Estado. A universalização da técnica enquanto lógica econômica condiciona necessariamente a materialidade dos anseios da sociedade. Com isso, no campo político, a democracia liberal é proclamada como regime político universal e passa a orientar no campo econômico o modelo de desenvolvimento estatal para o mercado como sendo o único modelo compatível com o novo regime global de acumulação e excluindo de seu campo de consideração quaisquer ponderações extra-econômicas¹⁷.

2.4 AS NOVAS CARACTERÍSTICAS DO PLANO INTERNACIONAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO

Nas relações entre Estados Nacionais, desde o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados não são mais concebidos como atores autônomos, livres para perseguirem qualquer política externa na sociedade dos Estados, pois a ampla maioria dos Estados se submete a inúmeras formas institucionalizadoras de uma sociedade política internacional enquanto uma associação de Estados com suas próprias regras e condutas de decisão.

Além disso, os demais agentes internacionais continuam a se estabelecer para além das fronteiras nacionais. São afirmados organismos multilaterais como BIRD, FMI, Banco Mundial, os quais se tornam verdadeiros centros de interesses e titulares de um poder próprio e autônomo, com o intuito de tratar os problemas já encarados pelos Estados internamente em dada época, como ambiente, minorias e terrorismo, mas sob uma perspectiva totalizadora no universo do planeta. Estes agentes constituem uma rede de organismos de cooperação,

¹⁷ As restrições no funcionamento da democracia política durante os séculos XIX e XX sempre emanavam da preocupação de manter a rigidez das taxas de câmbio e a mobilidade mundial dos capitais. As ditaduras da América Latina e Ásia, após a Segunda Guerra Mundial, se justificaram pela preocupação de proteger a mobilidade internacional dos capitais. Já a experiência histórica do século XX consistiu essencialmente na consciência popular e democrática que afinal rejeitou a rigidez das taxas de câmbio e impôs limites e controles à mobilidade internacional dos capitais, mas, já no final deste século, houve sinais de um possível retorno às políticas que eram vigentes há cem anos: mobilidade ilimitada de capitais, taxas de câmbio sustentadas e política econômica única. (VERGOPOULOS, 2005, p. 196-97)

coordenação e fomento para atuar *sobre* os Estados Nacionais, passando a exercer enorme influência principalmente na definição de políticas econômicas e monetárias, valendo-se tanto do suporte financeiro das grandes potências quanto da preservação das condições existentes de reprodução do capitalismo financeiro.

Os países periféricos ou semiperiféricos, mais sensíveis ao poder econômico, são os que mais estão sujeitos à imposição desses critérios, transformados pelas agências financeiras multilaterais em condições para renegociação da dívida externa por meio dos programas de reajustamento estrutural (SANTOS, 2002, p. 31). Essa interface da transnacionalização do capital financeiro é bem visualizada no processo de integração entre os países com a formação dos blocos econômicos e políticos.

Já não sobrevive a imagem do Estado Nacional que atua independentemente, tomando decisões segundo suas preferências no sentido da manutenção do poder ou sua expansão, mas não se transforma muito a imagem de interação estratégica de poder político e econômico. A dificuldade reside em criar uma coordenação para preencher uma função reguladora e integradora em âmbitos relevantes de política econômica e social, refletida diretamente na capacidade de promoção de bem-estar das populações.

O movimento em direção a uma sociedade mundial não eliminará sua estratificação da qual surgirão inevitavelmente oposições de interesses inconciliáveis a partir das interdependências assimétricas entre países desenvolvidos, os recentemente industrializados e os subdesenvolvidos. Soma-se a isso as realidades internas de cada Estado, fragmentados em centros de referência e interesses diversificados entre si e reconduzíveis a um espaço jurídico global dentro do qual conseqüentemente se formará um ordenamento jurídico global (BELLA, 2007, p. 168)

Neste cenário é inevitável que os Estados Nacionais cedam parte do espaço em que atuavam com exclusividade a novas formas de organização de caráter local, setorial, regional¹⁸, mas principalmente àquelas que se caracterizam

¹⁸ Os interesses sociais são fragmentados ou setorializados segundo necessidades específicas de determinados grupos. O desenvolvimento tecnológico provoca uma diversificação dos padrões de consumo e um incremento extremo de seus itens de forma que se torna difícil identificar homoganeamente o bem comum ou vontade geral. Tais grupos passam a atuar como espaços legítimos de aglutinação de interesse coletivos e a instrumentalizar efetivamente o atendimento de suas necessidades específicas, porém fracionam a idéia de universalidade e homogeneidade de interesses sociais (MARQUES NETO, 2002, p. 120). Tendo por finalidade reivindicar esses interesses

por sua macro-atuação em relação aos Estados constituídos e que, em conjunto, formam regimes de governança sem governo (ROSENAU apud COSTA, 2004, p. 48). A política vem se tornando mais policêntrica e os Estados constituem um nível em um sistema complexo de agências de governabilidade sobrepostas e freqüentemente competentes, função que não é mais simplesmente incumbência do Estado, mas pode ser desempenhada por uma ampla variedade de instituições de práticas públicas e privadas, estatais e não estatais, nacionais e internacionais. Essa complexidade e multiplicidade de níveis e de tipos de governabilidade implica um cenário em que não há um lugar distinto, significativo e contínuo para o Estado-nação (HIRST; THOMPSON, 2002, p. 283-84).

Mas esta governança estabelecida graças à capacidade integrativa do mercado transnacionalizado não é capaz de manter a integração das sociedades nacionais ou, em outra perspectiva, de dar coesão a uma sociedade global em formação para cuidar de suas específicas demandas, o que constitui inclusive relevante condição para o desenvolvimento da economia capitalista:

A globalização pode ser a expressão do reconhecimento da existência de inovações importantes no relacionamento entre os Estados e as instituições econômicas e financeiras, mas está bem longe de significar a integração mundial das sociedades humanas e dos grupos nacionais, como se toda a população do mundo fizesse parte do povo de um único Estado (DALLARI, 2007, p. 286).

Os diferentes níveis e funções da governabilidade precisam ser ligados, coordenados e homogeneizados. Somente os mercados não podem suprir esta interconexão ou só podem fazer isso se forem governados apropriadamente e se os direitos e expectativas dos diferentes participantes desse processo forem garantidos e sustentados. Em termos estritamente jurídicos: ainda não é possível afirmar a constituição de um ordenamento jurídico global a partir da existência de uma autoridade superior aos Estados com poderes de soberania que proporcione ao conjunto de organizações gerais e setoriais já existentes um fundamento último e único.

por meio de mecanismos próprios de pressão ao Estado, estes grupos desenvolvem estruturas associativas que podem ser expressas na forma de neocorporativismos, de certo grau de institucionalização, movimentos sociais, de baixa institucionalidade, e pluralismos, que atuam como centros não estatais. Essas estruturas associativas passam a substituir o Estado na definição dos interesses gerais e se tornam interlocutoras obrigatórias do Poder Público no processo decisório, sem o que resta ameaçada a efetividade das decisões estatais.

2.4.1 Globalização e Seus Reflexos Sobre o Exercício da Soberania: As Transformações do Direito na Busca de um Espaço Jurídico Integrado e o Poder Disciplinar

A intensificação da interdependência entre os Estados nacionais provocada pelos processos de globalização, principalmente depois do período das duas grandes guerras mundiais, vem pressionando o sistema de soberanias desiguais de países assimetricamente postos no globo e da equivalente separação estanque entre ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Os objetivos universalizantes de paz, igualdade, desenvolvimento e direitos humanos constituídos pela Carta da ONU e legitimadores da ordem político-jurídica de cada Estado soberano são sublevados pela dinâmica da mundialização econômica porque estes não são objetivos perseguidos por um mercado global.

A política continua sendo reconhecida como subproduto derivado da economia e seu campo de atuação, contestado por critério economicistas e vulnerável às flutuações da conjuntura macroeconômica. Ao mesmo tempo, estas promessas obstaculizam a constituição de uma sociedade mundial sujeita ao direito porque foram geridas e continuam a serem perseguidas com base na figura do Estado enquanto ente aglutinador da autoridade exercida. Com a globalização, os sistemas sociais dos Estados perderam este vértice único e, conseqüentemente, multiplicaram-se as fontes tradicionais do direito¹⁹ e as formas de autoridade:

¹⁹ O ativismo do Estado intervencionista avançou em praticamente todas as áreas da sociedade. Multiplicaram-se as matérias reguladas e com isso também os textos legais, rompendo-se a unidade lógico-formal e a racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por conseqüência, a própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo em favor do pragmatismo e casuísmo da atividade legislativa para dar resposta às contingências (FARIA, 2002, p. 117). Por mais que inúmeras leis sejam editadas para coordenar, gerir, induzir, balizar, controlar, disciplinar e planejar o comportamento dos agentes produtivos, esse instrumental normativo não consegue mais “penetrar” os sistemas sociais. Do excesso de instrumentalização do sistema normativo tradicional evoluiu-se para sua indeterminação que contribui para o menor acatamento das prescrições normativas por aqueles que a elas se sujeitam. Em plano interno o resultado se dá na forma de privatizações em sentido amplo e, numa fase mais aprofundada o processo, deslegalização e desconstitucionalização.

[...] a multiplicação dessas normas de natureza técnica e dos organismos responsáveis por sua formulação, positivação, interpretação e aplicação, a proliferação das regras de funcionamento, padrões organizacionais e códigos de conduta impostos pelos grandes conglomerados empresariais e financeiros transnacionais às suas unidades produtivas no plano internacional [...] e esse processo de “internacionalização” harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica (FARIA, 2002, p. 148)

O princípio da soberania ainda é condição epistemológica da teoria jurídica, segundo qual o Estado é tido como uma instância jurídica neutralizadora dos conflitos, monopolizando a produção legislativa. O produto desta constitui-se um conjunto de normas genéricas, impessoais e hierarquicamente dispostas em ordenamentos completos, sem lacunas ou antinomias, as quais prescrevem sanção de modo organizado diante de sua violação, tudo para permitir a coexistência de uma pluralidade de valores que são reduzidos a uma unidade lógico-formal.

A partir dessa redução passa a ser valioso aquilo que corresponder às condutas atribuídas pelas normas. José Eduardo Faria (2002, p. 39) aponta que a globalização tende a provocar uma exaustão paradigmática do pensamento jurídico, de seus esquemas cognitivos e modelos interpretativos, esvaziando-se categorias fundamentais da teoria jurídica atual como os conceitos construídos em torno do princípio da soberania como norma fundamental, poder constituinte, hierarquia das leis e segurança do direito.

Essa construção de um novo paradigma de direito que tem necessariamente o plano internacional como pano de fundo e não estuda singularmente os vários ordenamentos jurídicos nacionais, mas considera os vários sistemas jurídicos, objetiva garantir as promessas que já eram proclamadas pela comunidade internacional erguidas sob a égide de ONU, mas por meio de efetivos instrumentos jurisdicionais globais contra sua violação ainda não construídos. Segundo Ferrajoli (2002, p. 60). Estes instrumentos são influenciados pelo modelo garantista do Estado constitucional de direito²⁰, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com valores nela positivados e cuja violação por parte dos Estados seja

²⁰ A experiência do Estado de bem-estar social converteu seus programas sociais em verdadeiros direitos sociais que não podem mais ser suprimidos sem o risco de grandes tensões, pois sustentam a própria legitimidade do sistema político (FARIA, 2002, p. 120).

sancionada como uma antijuridicidade em sentido processual. Até hoje, somente este sistema rígido foi capaz de promover direitos cuja consecução o estágio da humanidade não abre mão atualmente.

Obviamente não se anuncia aqui o fim da concepção tradicionalmente difundida de direito internacional. Ao contrário, com a difusão governabilidade social, há uma valorização do Direito Internacional Público porque essa governabilidade é exercida por agências internacionais inseridas em regimes internacionais baseados em tratados e acordos entre os Estados. A debilidade do poder de coerção organizada e das técnicas legislativas do direito internacional voltadas à composição dos interesses, à garantia da coexistência e à estratégia de cooperação mais do que à imposição de uma determinada vontade vem dando lugar à internacionalização de ramos do direito nacional estatal (FARIA, 2002, p. 151).

Fora do plano internacional nenhum dos valores de nosso tempo como paz, igualdade, liberdade, sobrevivência, ambientalismo, etc., pode ser realizado já que não depende apenas do caráter global desses problemas, mas se liga a uma integração do mundo que já se realizou em todas as esferas da vida. É preciso imprimir uma “artificialização das condições de vida”, equivalente a novas formas jurídicas – e de âmbito global - de intervenção na sociedade:

[...] acreditamos que cabe à cultura jurídica e política apoiar-se naquela “razão artificial” que é o direito, e que já no passado moldou o Estado em suas relações internas, para indicar as formas e os percursos: os quais passam, evidentemente, através da superação da própria forma de Estado nacional e através da reconstrução do direito internacional, fundamentado não mais sobre a soberania dos Estados, mas desta vez sobre as autonomias dos povos. (FERRAJOLI, 2002, p. 52)

A difusão da atuação política pelas diferentes formas de ordenação da vida econômica modifica o perfil das regulações institucionais. Se no âmbito interno dos Estados passam a predominar a intervenção econômica indireta e regulamentação por parte do Estado e a substituição do direito positivo por sistemas normativos de funcionalidade diferenciada ou em outros termos, um pluralismo das fontes normativas, no âmbito internacional ganham terreno as formas não jurisdicionais de solução de conflito e, mais recentemente, auto-resoluções de conflito que comprometem diretamente a sistemática legislativo-institucional dos Estados. A partir da segunda metade do século XX, diante das várias modalidades

de regulação e desregulação, emerge um poder arbitral internacional compartilhado em diferentes níveis por inúmeros organismos e entidades dotados de competências móveis e fluidas, com marcante comprometimento das soberanias nacionais :

[...] cada vez mais esse direito tem sido obrigado a assumir feições de um ato multilateral cujo conteúdo, exprimindo vontades concordantes em torno de objetivos comuns, resulta de intrincados processos de entendimento que se iniciam antes de sua propositura parlamentar ou de sua edição pelo Executivo e terminam, muitas vezes, no momento de sua aplicação (FARIA, 2002, p. 154).

Este modelo traçado necessariamente gravita entre duas alternativas: um indesejado governo mundial ou o improvável fim da soberania. Elidindo a possibilidade de um sistema político-jurídico global em prevaleça uma entidade superior as outras, não é possível estabelecer relações de submissão entre os Estados baseadas no direito, ou o exercício da soberania nas relações entre Estado, mas sim uma relação de colaboração espontânea entre Estados. Tal forma de relacionamento certamente apresenta vários inconvenientes como a possibilidade de se alterar com mais facilidade e freqüência as regras de funcionamento.

Sendo possível vislumbrar o início da formação de um ordenamento jurídico global na atualidade, este ainda se revela fortemente respeitoso das diferenças dos ordenamentos nacionais, assumindo uma posição estática²¹ porque não impõe as próprias determinações de forma traumatológica (BELLA, 2007, p.172). A política ainda não conseguiu oferecer ao direito conceitos que reiterem as possibilidades de governabilidade econômica e o exato papel do Estado contemporâneo nessa governabilidade, exceto se colocado em termos de “locais a partir dos quais formas de governabilidade podem ser propostas, legitimadas e monitoradas cuja centralidade se dá apenas em relação a seu território e população” (HIRST; THOMPSON, 2002, p. 294) . É o que se pode aferir das colocações de Vergapoulos (2005, p. 202-204), influenciadas pelo marxismo:

²¹ Regras de comércio presumíveis, direitos de propriedade estabelecidos e internacionalmente comuns e estabilidade de taxa de câmbio são condição de investimento e crescimento contínuo do atual sistema econômico globalmente concebido. As empresas não podem, por si só, criar essas condições, mesmo quando são transnacionais. A estabilidade na economia internacional só pode ser obtida, se os Estados combinam regulá-la e concordam com objetivos comuns e padrões de governabilidade (HIRST; THOMPSON, 2002, p. 288).

[...] o Estado capitalista procede não apenas da classe burguesa e de seu arsenal, mas do conjunto da sociedade, assim como da correspondência específica entre o Estado e a nação. A emergência da noção de Estado-Nação se dá exatamente nesse período: tratava-se de substituir por ela a noção de Estado sem nenhum, predicado, considerada na época como unilateralmente marcada por uma característica de classe [...].

[...] as mutações do capital [...] não são de natureza a modificar as características fundamentais da sociedade, do Estado-Nação e da política, que conservam sua natureza especial, [...], correspondem ao domínio e às condições do conjunto social e conservam, em todos os casos, um grau de autonomia relativa. O Estado-Nação não é determinado pela simples relação econômica nem também por sua forma internacionalizada por causa da internacionalização do capital [...]

Mesmo na hipótese pouco verossímil de uma completa globalização do capital, as noções de sociedade e de Estado conservam seu caráter nacional, local e regional, em virtude das determinações sociais que constituem essas noções, em virtude da centralidade do domínio das relações sociais.

Com isso continuam a conviver os vários ordenamentos nacionais, com a diferença de que, não se garante mais com grau de certeza a aplicação de determinado ordenamento a determinado território, transferindo a agentes não institucionalizados nacionalmente o poder de, dada a interferência e ligações mútuas entre os ordenamentos nacionais, escolher qual ordenamento que melhor atende às suas exigências em dada situação de fato, cabendo a uma ordenação global ainda em construção somente o papel de estabelecer critérios para isso.

A possibilidade de articulação dos sistemas normativos altamente diferenciados ainda não é visualizada com precisão. O papel fundamental dessa integração não é a regulação do mercado globalizado, mas o equilíbrio das diferentes organizações complexas que convivem mediante a coordenação de seus processos decisórios no âmbito do procedimento-institucionalizado do Estado-nação a partir de premissas para decisões e não de prescrições comportamentais²².

O campo de aplicação da lei internacional se ampliará assim como se ampliarão os instrumentos jurídicos – de natureza diversa da lei internacional – que também exercerão influência sobre esse campo. O Direito Internacional exerce um importante papel na constituição e na compreensão das instituições jurídicas da economia globalizada, mas não de todas, pois se concentra basicamente sobre o “direito institucional” dos códigos, leis, regulamentos, convenções, acordos e

²² José Eduardo Faria (2002, p. 186-188) aponta como características desse direito a função de neutralizar propensões colonizantes das organizações, um ordenamento jurídico que trata basicamente situações-limites.

tratados internacionais. Por isso permanecem sem uma definição propriamente jurídica o desenvolvimento dos processos decisórios e os mecanismos de justiça que se dão principalmente em âmbito empresarial nas formas de coordenação, administração e controle.

A diversificação dos instrumentos normativos resulta da dispersão do poder articulado autonomamente e de maneiras específicas entre governos nacionais, organismos multilaterais e transnacionais e instituições financeiras e internacionais, mas com um objetivo principal: a gestão, planejamento e controle de seus próprios interesses fragmentados. Estes agentes transcendem a figura do indivíduo como única unidade relevante de ação e contribuem para a construção de formas discrepantes de sociabilidade porque não são capazes de estabelecer um consenso em torno de determinados valores mínimos para a ordenação de uma sociedade, dada a ausência de uma instituição aglutinadora em nível global.

A forma de controle disciplinar retratada por Foucault é refletida em tais processos decisórios e instrumentos normativos cuja dinâmica não é compreendida pela tradicional teoria do direito. As técnicas disciplinares são iniciadas no século XVII nas fábricas, nas escolas, etc., tendo como foco o corpo, sua separação, seu adestramento, sua inspeção, sua colocação em serie, tudo para atingir o objetivo último de ampliação de suas forças, num processo que vai do controle e disciplinarização em espaços fechados até o controle, na atualidade, do comportamento e das ações em espaços abertos.

Nos séculos XVII e XVIII se estabelece uma nova mecânica do poder que tem procedimentos bem particulares, incompatível com as relações de soberania, incidindo primeiro sobre os corpos e sobre o que eles fazem e extraindo deles tempo e trabalho, mais do que bens e riquezas ou qualquer produto da terra. Esse tipo de poder não pressupõe a existência física de um soberano, mas uma trama de coerções materiais permanentes de vigilância.

No final do século XVIII a sociedade instaurou um modo de poder que não se fundamenta sobre a exclusão, mas sobre a inclusão no interior de um sistema no qual cada um deveria ser *disciplinado* (FOUCAULT, 2006, p. 255). As disciplinas conteriam o mesmo tipo de “direito tradicional”, mudando-o de escala e tornando-o por isso mais minucioso e mais indulgente. No interior do sistema binário do código transparece um terceiro personagem que é o culpado e além do ato legislativo que cria a lei e do ato judicial que pune o culpado, aparece toda uma série

de técnicas adjacentes, policiais, médicas, psicológicas, que são o domínio da vigilância, do diagnóstico, da eventual transformação dos indivíduos (FOUCAULT, 2008a, p. 8)

Aqui se mostra explicitamente a função produtiva do poder, pois sua tecnologia é somada as outras tecnologias produtivas. O poder se exerce sempre em vista dos efeitos de poder que poderá tirar de seu exercício e efeitos de poder são obtidos por investimento ou submissão de corpos, isto é, produção de corpos, almas, idéias e saber (EWALD, 1993, p. 365).

Se a lei define um espaço de liberdade, traçando seus limites na divisão entre permitido e proibido, o regulamento disciplinar toma os homens a seu cargo dentro desse espaço deixado vazio, interessando-se pelo sutil do comportamento, distinguindo, hierarquizando, diferenciando, individualizando. Com isso, também impõe gestos, atitudes e hábitos, ao invés de sanção; impõe a obrigação contínua e minuciosa dessas prescrições ao longo da existência (EWALD, 1993, p. 370). O direito se opõe ao contradireito (infradireito) dos mecanismos disciplinares integrados ao conjunto dos dispositivos que nos disciplinam (escola, hospitais, prisões, etc.), mas o poder se exerce, nas sociedades modernas a partir do e no próprio jogo dessa heterogeneidade entre um direito público da soberania e mecânica polimorfa da disciplina (FOUCAULT, 2005, p. 45).

Isso não impede que o poder seja exercido em nossa sociedade disciplinar seguindo o princípio da *junção* de direito e infradireito. Em *Vigiar e Punir*, o panóptico descrito foi uma utopia, pois nunca funcionara tal como ela fora descrita; uma espécie de forma pura elaborada no final do século XVIII para fornecer a fórmula mais cômoda de um exercício constante do poder imediato e total (FOUCAULT, 2006, p. 273).

Durante o século XVIII e ainda no século XIX, a teoria da soberania persistiu como instrumento contra a monarquia e contra os obstáculos que podiam se opor ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Por outro lado, os códigos jurídicos centrados na idéia de soberania sobrepuseram aos mecanismos da disciplina um sistema jurídico que mascarava os procedimentos e técnicas de dominação da disciplina, garantindo direitos soberanos e a democratização da soberania com a implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva.

3 O EXERCÍCIO DO PODER E A COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E ECONOMIA: A NOVA INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O desenvolvimento e propagação do modelo liberal de Estado mostraram que a plenitude de concorrência que proporcionava um mercado livre promovia a sobrevivência dos melhores, mas a exclusão de grande parte da população. O livre estabelecimento do mercado que servia de base para o sistema capitalista não produziu as virtudes propagandeadas porque não seria possível se atingir as condições ideais de concorrência, como o pleno emprego.

O modo de produção capitalista é a configuração mais usual do *sistema econômico da autonomia* baseado na capacidade coordenadora do mercado e separação total dos planos decisório-político - a cargo do Estado - e econômico - a cargo dos particulares - em centros decisórios independentes e autônomos. Baseia-se na crença no princípio hedonista em que o homem visa sempre maximizar resultados de suas ações e iniciativas diante de um menor esforço. Houve e há uma infinidade de sistemas vigentes no mundo ao longo da história, entre os quais têm destaque o sistema da autoridade e o sistema da tradição.

Daí a dificuldade em defini-los precisamente, o que se verifica também pelo emaranhado de detalhes, leis, usos, costumes que convivem com cada sistema em dado lugar e tempo.

A vivência concreta dos vários povos mostra que, historicamente tem havido combinações em proporções diversas destes três modelos, organizando-se família de sistemas, conforme a predominância de cada um daqueles modelos no conjunto institucional de cada país em épocas determinadas (NUSDEO, 2005, p. 125).

A prática do sistema de autonomia, a par do grande desenvolvimento em termos de disponibilidade crescente de bens e serviços, gerou uma série de conseqüências negativas, chamadas falhas de mercado ou

externalidades em que se dá a não verificação dos pressupostos de funcionamento da economia de mercado.

As modificações sociais por que passou o Estado no início do século XX ressaltavam a necessidade de uma ação que objetivasse a consecução de bens, direitos, utilidades, benefícios, aos indivíduos que não conseguiam se beneficiar do sistema econômico vigente, considerando-se em suas particularidades e enquanto membros de uma estrutura social. O próprio desenvolvimento do capitalismo em sua orientação original levou a um desgaste do modelo econômico inicialmente concebido. Neste momento há um visível desequilíbrio econômico, social e político das relações regidas apenas pela autonomia da vontade das partes.

Inicialmente, o Estado julga que é competente para sanar as imperfeições do sistema econômico ou os efeitos prejudiciais da imperfeição do capitalismo enquanto sistema autônomo. A partir da década de trinta do século passado o Estado foi incumbido de intervir na própria dinâmica da sociedade, fazendo-o principalmente no âmbito econômico, mas sem alterar a estrutura da dinâmica capitalista que tem como cerne a propriedade privada e a liberdade contratual. Sob outro viés: o Estado chama para si a efetivação de direitos sociais como forma de amenização dos efeitos danosos da economia de mercado.

O Estado se coloca como parte indispensável ao funcionamento do mercado, afastando a crença inabalável no poder do mercado em gerenciar com máxima eficiência e por si só os recursos disponíveis. Como agente econômico, o Estado não nega o modo de produção capitalista, mas responde à necessidade de sua lógica interna de expansão, garantindo e equilibrando as relações econômicas. Estabelecia-se a partir de então um quadro de desenvolvimento de economias mistas que conjugam as concepções liberal e socialista de Estado²³.

O Estado já não busca somente garantir liberdades individuais ou remover os obstáculos para que cada um, numa coexistência de indivíduos e

²³ É com ressalva que se utiliza a terminologia *economia mista*. As políticas econômicas empreendidas pelos Estados que adotaram posturas intervencionistas não podem ser simplesmente reduzidas a um misto de liberalismo e socialismo. O modelo social de Estado está longe de ser um modelo intermediário, parecendo mais uma tentativa de autocorreção por parte de Estados de economias capitalistas. O Estado Social preconizava maior intervenção do Estado no âmbito econômico e prosperou no capitalismo, pois não defendia a mudança na base da sociedade com a extinção da propriedade privada. A visão ampliada das funções do Estado não significou a irrelevância da participação do particular para promover seu bem-estar. A afirmação de um Estado Social não trouxe consigo a transferência da responsabilidade social do indivíduo para o Estado justamente porque combateu a concepção do socialismo clássico de que o Estado é capaz de resolver todos os problemas no âmbito do indivíduo e no âmbito da sociedade.

segundo suas capacidades individuais, alcance seu bem-estar por meio da instituição e manutenção da ordem jurídica. O Estado passa a atuar em todas as atividades, inclusive na economia, com finalidades próprias, mesmo que distintas das dos indivíduos, com o fim de realizar valores como justiça social e solidariedade e impondo limites à autonomia da vontade das partes. Nesta primeira etapa, as democracias ricas e pacíficas da Europa Ocidental e, em menor escala, os EUA estabilizam internamente suas economias e obtêm níveis de desenvolvimento relativamente altos.

Mas a adoção de um modelo intervencionista de Estado não atendeu integral e satisfatoriamente as necessidades básicas de todo indivíduo, mas somente fez atingir um estágio mais evoluído no processo de aperfeiçoamento da vida comunitária regida pelo sistema econômico capitalista (JUSTEN FILHO, 2002, p. 18). As conquistas das políticas sociais angariadas pelos Estados que adotaram o modelo social, com menor ou maior veemência, resignaram-se, primeiramente a um capitalismo domesticado de modo social e posteriormente a um neoliberalismo indiferente ao social.

Por volta das décadas de 50 e 60 do século passado, quando os modelos estatais de intervenção apresentaram às comunidades elevados índices de crescimento, o igualitarismo deste período, também promovido pelo Estado interventor, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos (ANDERSON, 1995, p. 10). O Estado, ao mesmo tempo provedor e agente econômico, ao ser pressionado cada vez mais por realizar investimentos sociais, não teve condições de competir num mercado em que se colocou como agente econômico em pé de igualdade com particulares nacionais e internacionais.

Os efeitos dos processos da globalização que perduram até hoje, em que o surgimento de novas tecnologias permite a comunicação instantânea, alteraram profundamente as relações econômicas e a relação entre economia e política. Na década de 70 estas transformações refletiram os próprios índices econômicos, quando todo o planeta enfrentou uma profunda recessão que combinava baixas taxas de crescimento e altas taxas de inflação.

No final do século XX, principalmente os Estados que não tinham atingido certo grau de desenvolvimento econômico, mostraram-se ineficientes, apresentando índices elevados de pobreza, corrupção, atraso social, concentração

de renda, endividamento público e redução da capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira, apesar de poderem ser destacados ativos no campo econômico.

A possível solução para o embate foi proposta pelos defensores do neoliberalismo. Para eles, a equação ação estatal / benesses conseqüentes tem sido menos produtiva que a equação inação estatal / resultados obtidos por uma dinâmica econômica livre de intervenção. Para reanimação do capitalismo avançado mundial, propuseram uma receita que conjugava estabilidade monetária, taxa natural de desemprego, elevação da taxa de juros, redução de impostos sobre altos investimentos, redução do controle financeiro por parte do Estado, controle dos gastos sociais e implementação de programas de privatização em sentido amplo. Diante dessas propostas o Estado é obrigado a reorganizar sua intervenção no domínio econômico, colocando-se diante da economia com o propósito de *regulá-la*.

3.1 A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONCEITO REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA: O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIROS DIANTE DO PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO

A regulação da atividade econômica em sentido amplo remete a duas funções a cargo do Estado aparentemente opostas, que continuam sendo exercidas contemporaneamente: a ingerência direta na economia em que o Estado atua como agente econômico e as formas de controle das atividades econômicas desempenhadas pelos agentes particulares.

Até a década de oitenta do século passado, as intervenções direta e indireta do Estado na atividade econômica conviviam sob uma determinada dinâmica, compondo um conjunto de atividades que pode ser denominado de regulação da economia em sentido amplo. É importante salientar que o uso do vocábulo “intervenção” só tem sentido numa sociedade que adote o modo de produção capitalista. Isto quer dizer que, de pronto, está excluída uma interpretação marxista da sociedade, que exigiria uma estatização monopolista e que apregoa direção total da economia pelo Estado e não uma intervenção estatal (FERRAZ JR., 1978, p. 265). Restaria, então, medir a extensão da intervenção.

Como forma de intervenção direta, o Estado brasileiro atuava como agente econômico por meio das empresas estatais que desempenhavam atividades privadas de interesse público para atendimento de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do Art. 173 *caput* da Constituição Federal brasileira de 1988 (atividades econômicas em sentido estrito). É o caso em que o Estado atua como empresário no lugar ou junto com a iniciativa privada em regime de competição. Também o Estado intervém diretamente na economia quando desempenha atividades tipicamente privadas que exerce em regime de monopólio (Art. 177, CF/88) e quando presta serviços públicos, de acordo com a delimitação conceitual da Constituição Federal de 1988 (Arts. 21 e 175), a qual pode ser considerada uma forma de intervenção direta do Estado porque sua execução pode ficar a cargo do Estado, que executa os serviços diretamente e, ao mesmo tempo, acarreta efeitos diretos e indiretos para a economia.

A intervenção indireta no domínio econômico apresentava como principal via de ação o controle estatal das formas de delegação de atividades desenvolvidas anteriormente pelo Estado e executadas, em grande parte, por particulares (serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito), aliado às tarefas regulatórias em sentido estrito que também competiam diretamente aos próprios entes estatais, que muitas vezes detinham poderes de monopólio.

No Brasil, a reforma administrativa empreendida a partir das Emendas Constitucionais n.ºs. 5/95, 8/95 e 9/95 flexibilizaram os monopólios estatais e transferiram à iniciativa privada a exploração de determinados serviços públicos, além de possibilitarem aos Estados-Membros que concedessem às empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens e petróleo. A Lei 9491/97 (Lei das Privatizações) também cumpriu importante papel neste movimento.

O direito administrativo brasileiro é orientado de forma marcante pelo modelo tradicional de direito administrativo continental europeu que, em linhas gerais, atrela o regime de direito público à noção de serviço público. Sob essa orientação, os serviços públicos consistiriam nas atividades prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, sob o regime de Direito Público e a regulação da economia pelo Estado não teria por objetivo primordial a preservação do mercado, mas a busca do bem público. Essa atividade regulatória se resumiria às formas de

delegação de serviços públicos à execução por parte dos particulares: concessão, permissão e autorização²⁴. Mesmo segundo essa linha doutrinária, a relação direta e necessária entre serviço público e regime de direito público não é perfeita porque nem sempre e não necessariamente em todos os sistemas a preocupação com o interesse público se traduz juridicamente na submissão da atividade a um regime de serviços públicos (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 17), podendo ser manifestada, por exemplo, sob a forma de auxílios financeiros, financiamentos, incentivos fiscais, etc. Mas, pela forma como essa relação se estabelece no atual texto constitucional brasileiro²⁵, principalmente na conjugação dos Art.s 21 e 175, CF/88, a equivalência pode ser afirmada.

As duas formas por meio das quais o Direito Econômico pode atuar no sistema jurídico são a instrumentalização da intervenção do Estado no domínio econômico e a implementação de políticas públicas. A adoção de uma ou outra atuação e a intensidade com que são efetivadas depende do sistema econômico adotados por cada Estado. A grande problemática enfrentada pelo Direito Econômico, ramo do direito que tem como centro emanador exclusivo o Estado soberano, é definir a fronteira entre *mercado* e *Estado* enquanto centros de decisão político-econômica. Esta questão inspirou algumas doutrinas políticas (comunistas, socialistas, de centro, liberais, de extrema direita) a proporem modelos econômicos para delimitar as funções do mercado e do Estado diante da economia. A implementação de políticas econômicas objetiva estabelecer fins ao sistema

²⁴ Concessão é a transferência a outrem da execução de um serviço público pela Administração Pública mediante contrato administrativo para que o execute em seu nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Permissão é o ato unilateral, discricionário e precário de natureza não contratual e que por isso não envolve qualquer direito do particular contra Administração Pública, mas apenas em face de terceiro, em que a Administração transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Autorização é o ato administrativo unilateral, discricionário e baseado em seu poder de polícia pelo qual o Poder Público delega ao particular, em seu exclusivo interesse a exploração de serviço público a título precário. Com a autorização, a atividade passa a ser exercida exclusivamente pelo autorizado por lhe faltar uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas. Por isso não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas, o que não impede que o Poder público estabeleça as condições em que a atividade será exercida e fiscalizada. Na autorização, há um ato liberatório par ao exercício de uma atividade econômica própria da iniciativa privada, mas que de alguma forma se relaciona com o interesse público, sem configurar um serviço público. A autorização configura um ato de fiscalização, de exercício do poder de política e não de delegação.

²⁵ Representando a melhor orientação da doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 620) considera que serviço público “é a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes sob um regime de Direito Público”.

econômico, impondo-lhe padrão de desempenho para viabilizar os objetivos desejados pela sociedade.

A própria noção de política econômica implica a existência de fins a cuja perseguição deverá se adaptar todo o sistema mediante distorções conscientemente impostas ao seu funcionamento, devendo entender-se aqui a palavra distorções como quando significar uma forma de operação diversa daquela normalidade ditada pelos padrões de mercado (NUSDEO, 2005, p. 171-72).

Por isso as políticas públicas, por se utilizarem geralmente de auxílios financeiros ou incentivos fiscais, tendem a ser mais utilizadas pelos governos de centro e em menor escala liberais e afastadas tanto por governos de esquerda como de direita. Entretanto, as economias capitalistas da atualidade, que se orientam pela escola econômica neoclássica, têm difundido em suas práticas, notadamente aquelas que se traduzem nas relações entre Estados, formas de regulação da economia que não tem por objetivo direto o interesse público, isto é, que não buscam a consecução do bem público em termos materiais.

A principal justificativa para essa postura seria a inaptidão do Direito Administrativo para transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento nacional, ou seja, transformar os agentes privados em persecutores do interesse público (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 57). Isso significa que o Estado reconhece a insuficiência do exercício passivo de um poder de polícia sobre os mercados, pessoas e bens, e daí a necessidade de regulação da economia, mas pensa a correção e a reprodução aperfeiçoada das condições de mercado, que não podem ser produzidas naturalmente, pela via do próprio mercado.

Neste sentido os instrumentos da autorização, permissão e, principalmente, da concessão não seriam os mais apropriados para a regulação porque, considerando os defeitos da reprodução artificial das regras de mercado, contrariariam a orientação de deixar com que o mercado funcionasse por si só. Tais institutos operam baseados na possibilidade de previsão dos fins da atividade econômica dos particulares pelo Estado e, a partir daí, a orientação para que esses fins atendam também os anseios públicos. Isso revela a tentativa de tornar vinculante o planejamento estatal para o setor privado, o que não se verifica em

sede constitucional²⁶. Mesmo dirigidos, contratos com o formato dos contratos de concessão terão sempre como fim o arbitramento de interesses diversos entre as partes (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 58). Princípios típicos desse formato de contrato como manutenção do equilíbrio econômico-financeiro são recorrentemente usados para justificar o descumprimento de fins públicos. O regime de tais contratos tem orientado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação que antecede a celebração contrato de concessão, torna-se praticamente monopolista daquela atividade.

A razão de estado liberal, enquanto racionalidade utilizada na prática governamental, se apresenta em nossa época sob a rubrica neoliberal contra o intervencionismo estatal keynesiano e os programas de assistência, alocação de recursos, equilíbrio de preços, nivelamento de poupança, investimento e política de pleno emprego, implantados pelas administrações democratas na segunda metade do século XX. Na Alemanha, se prende à República de Weimar, à crise de 29, à crítica ao nazismo e à reconstrução pós-guerra. Nos Estados Unidos, se refere à política do New Deal e à crítica à política de Roosevelt.

Mas o problema do neoliberalismo não se assemelha ao problema do liberalismo que era, como no interior de uma sociedade política já dada, recortar um espaço livre que seria o do mercado, organizando de fato o espaço concreto e real em que a estrutura formal da concorrência podia atuar. O problema do neoliberalismo é, ao contrário, saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado, sob o signo de uma vigilância, de uma intervenção permanente, concebida a concorrência não como um dado primitivo no fundamento da sociedade, mas como uma estrutura dotada de propriedades formais que podiam assegurar a regulação econômica pelo mecanismo de preços (FOUCAULT, 2008, p. 181-182). Os pontos de intervenção governamental para o neoliberalismo não são os efeitos destruidores do mercado sobre a sociedade, mas a própria sociedade em sua trama para que os mecanismos concorrenciais possam exercer o papel de reguladores de mercado geral da sociedade.

²⁶ Art. 174, CF/88. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este *determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*.

O governo que deve ser permanentemente vigilante deve intervir por ações reguladoras e por ações ordenadoras. As primeiras consistem em intervir não nos mecanismos da economia de mercado, mas nas *condições de manutenção do mercado*, tendo por objetivo principal a estabilidade dos preços, isto é, o controle da inflação, seguindo-se, secundariamente e como conseqüência, a manutenção do poder aquisitivo, a manutenção do pleno emprego e o equilíbrio da balança de pagamentos. Os instrumentos para a ação reguladora seriam a política de crédito, a redução moderada dos impostos para agir sobre a poupança e o investimento, mas nunca tabelamentos, subsídios a setores, investimento público direto, etc.

Já as ações ordenadoras são aquelas que têm por função intervir nas *condições de existência do mercado*, agindo-se sobre dados não diretamente econômicos que não tocam diretamente nos mecanismos específicos do mercado, mas dados condicionantes para uma eventual economia de mercado, como as condições da população, as técnicas, formação dos trabalhadores por meio da educação e o regime jurídico da intervenção.

Tanto a intervenção governamental deve ser discreta no nível dos processos econômicos propriamente ditos, como, ao contrário, deve ser maciça quando se trata desse conjunto de dados técnicos, científicos, jurídicos e demográficos, digamos, *grosso modo*, sociais, que vão se tornar agora cada vez mais o objeto da intervenção governamental (FOUCAULT, 2008, p. 194).

Para que as políticas sociais sejam integradas a uma política econômica, não operando destrutivamente em relação a essa última, não devem ser definidas como algo que *compensará os efeitos dos processos econômicos*, repartindo o acesso de cada um aos bens de consumo, porque num sistema em que a regulação econômica organizada por meio dos mecanismos de preços não se obtém por meio dos fenômenos de igualização, mas por um jogo de diferenciações próprio da concorrência. É preciso que a política social deixe a desigualdade agir. Não se trata de assegurar aos indivíduos uma cobertura social dos riscos, mas de conceder a cada um uma espécie de espaço econômico dentro do qual podem assumir e enfrentar os riscos (FOUCAULT, 2008, p. 198), seja diretamente e a título individual, seja pela intermediação coletiva de sociedades de ajuda mútua.

Em consonância com o pensamento de Marçal Justen Filho (2002, p. 24-40), rejeita-se a concepção da atuação direta do Estado que diz respeito

apenas às atividades econômicas privadas propriamente ditas, mas também inclui os serviços públicos cuja execução por parte do Estado acarretaria consequências perceptíveis para todo sistema econômico. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se somente a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou incongruência do modo de produção capitalista, limitando-se sempre pela garantia da propriedade privada e pelos princípios inerentes ao regime liberal. Caberia também ao Estado enquanto interventor o poder-dever de disciplinar as condições técnico-econômicas acerca da prestação de serviços públicos aos usuários.

O modelo regulatório atual também admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social, entretanto passa a contar também com a contribuição dos particulares, mesmo que de forma indireta, para satisfação das necessidades coletivas. Isso não significa que a regulação econômica tenha como principal objetivo ou fim imediato a realização do bem comum, mas que deve conduzir o mercado a fim de que, por meio de suas próprias estruturas, ou seja, autoregulando-se, contribua para a construção desse interesse público. No atual modelo de regulação da economia, o mercado ganhou foros de modelo geral de decisão econômica e as funções sociais do Estado devem ser equacionadas de modo diferente, ou seja, sem apostar na estatização da economia mediante entidades públicas de perto controladas (MONCADA, 2003, p. 44)

Em relação à forma de intervenção estatal, não se trata de privilegiar a lógica do capital, mas de estruturar um capitalismo singular constituído por um conjunto econômico-institucional. Então a intervenção não vai se dar do lado das leis do mercado porque o mercado deve agir de tal modo que seus mecanismos puros sejam em si reguladores do conjunto. A inovação jurídico-institucional deve ser a aplicação dos princípios do *Estado de Direito* à economia (FOUCAULT, 2008, p. 231).

A noção de Estado de Direito sedimenta-se na teoria política e na teoria do direito alemão no final do século XVII e início do século XIX e se opõe ao despotismo que fazia da vontade do soberano o princípio da obrigação de cada um e de todos em relação ao poder público e, ao mesmo tempo, se opõe ao Estado de polícia cujo sistema não diferenciava prescrições gerais e permanentes do poder público, ou seja, não distinguia leis que expressam atos de soberania dos atos do

poder público vertidos em decisões conjunturais, locais e individuais desse mesmo poder público, que são as medidas administrativas de regulamentação, conferindo-lhes mesmo tipo de valor coercitivo. No Estado de Direito²⁷ cada cidadão tem possibilidades concretas de recurso contra o poder público, existindo instâncias judiciárias que arbitram as relações entre os indivíduos e este (FOUCAULT, 2008, p. 233-234).

A configuração do Estado de Direito é marcadamente influenciado pelo modelo jusnaturalista-contratualista da filosofia política dos séculos XVII e XVIII. O direito, notadamente de origem natural, é preexistente ao Estado e espontaneamente formado e o próprio Legislativo está subordinado ao cumprimento de uma função governamental que tem como uma das funções garantir um direito que já foi concebido.

Configura-se aí uma concepção *antiestadista* do direito, o que não significa uma orientação contra-estadista, mas de um Estado mínimo em que os homens já gozam de certo número de vantagens às quais eles não poderiam renunciar. Um Estado “mínimo” tem o monopólio da força, *garante*, e não intervém ou planeja a fim de, a dinâmica econômica por meio do cumprimento dos contratos, da garantia da propriedade e da concorrência e presta poucos serviços públicos, que são financiados via tributação. Este Estado mínimo é o Estado que proporciona as garantias legais para que o indivíduo exerça sua *autonomia privada* já que a própria dinâmica do mercado garantiria as benesses econômicas.

²⁷ Repetindo o que já foi explanado no item 2.2 deste trabalho: em “roupagem jurídica”, no Estado de Direito, o Estado/governantes e o povo que o constitui se submetem à lei geral e abstrata, expressão da vontade geral destinada a reger a vida dos homens por meio de sua aplicação por juízes independentes, o que constitui a *superioridade/império das leis*. Além disso, uma mesma autoridade não é incumbida de, ao mesmo tempo, fazer a lei, aplicá-la e julgar eventuais irregularidades de sua aplicação, estabelecendo-se a divisão do exercício do poder entre órgãos independentes e harmônicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, que controlariam o exercício das atividades um do outro, sendo que um desses órgãos, o Judiciário, se incumbiria de velar pelo respeito dos demais órgãos à ordem jurídica. É o princípio denominado *separação dos poderes*. Para tanto, deve haver uma norma fundamental, anterior ao Estado, não formulada nem alterada por quaisquer dos órgãos estatais que exercem o Poder, que estabeleça o relacionamento entre tais órgãos e as autoridades que operam por meio deles e entre os indivíduos, de forma que a separação dos poderes não possa ser modificada pela atividade legislativa, nem seja possível suprimir alguns direitos dos indivíduos, considerados fundamentais. Essa norma seria fundamento de validade das normas do ordenamento jurídico. Trata-se da *supremacia da Constituição*. Por último, os referidos direitos dos indivíduos, devem ser reconhecidos “intangíveis” pela Constituição, sobretudo os direitos derivados da liberdade e da igualdade que deveriam ser titularizados aos indivíduos e oponíveis ao Estado, independentemente de outorga estatal. Trata-se da *garantia dos direitos fundamentais*.

O caminho adotado por este novo modelo regulatório tem sido o de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada sob a justificativa de que atividades privadas relacionadas com a satisfação de interesse público não podem ser tratadas como se envolvessem apenas uma questão de interesse econômico dos particulares. Por isso a regulação da economia atualmente envolve certa presença de determinados controles políticos. As ações do Estado nesse sentido envolvem a adoção de medidas de natureza legislativa e administrativa destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis, impor limites mínimos de qualidade e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados, como, por exemplo, o mau desempenho ou a lesão a usuários.

Essas constatações reclamam a redefinição da ação do Estado no domínio econômico. O caminho seguido para tal tem sido o da desregulação, ou melhor, da auto-regulação do mercado, o qual criaria condições ideais para concorrência perfeita. Isso não correspondeu a um maior avanço das forças de mercado livre, mas a construção de um mercado *regulamentado e disciplinado*, já que a “desintervenção” ocorreu por vezes em setores em que a satisfação de necessidades sociais prevalece.

As manifestações do novo papel do Estado neste sentido são a criação de entidades de regulação, sobretudo no âmbito da regulação dos mercados financeiros, a diminuição do papel do Estado empresário e do Estado prestador direto de serviços público, bem como a decréscimo da utilização dos mecanismos de controle estatal das formas de delegação de atividades privatizadas em sentido amplo²⁸ em favor da regulação em sentido estrito. “O que se verifica é que a intervenção directa (ou produtora) do Estado, alicerçada no tradicional serviço público de propriedade e gestão estatal em exclusivo, foi substituída por novas formas de ‘regulação’ ou intervenção indirecta do Estado” (MONCADA, 2003, p. 367).

Em termos gerais, as novas formas de regulação consistem na imposição de obrigações características do regime jurídico dos serviços públicos às empresas privadas que atuam nos respectivos setores, de modo a tutelar certos

²⁸ A transferência de atribuições públicas ao setor privado ou a privatização em sentido amplo inclui a ampliação das parcerias público-privado, a quebra total ou parcial dos monopólios estatais (privatização em sentido estrito), a aceleração da descentralização na prestação de serviços públicos para além dos formatos clássicas das concessões, permissões e autorizações e a regulação desses setores privatizados em sentido amplo, sobretudo mediante a ação de agências reguladoras.

valores e ao mesmo tempo conferir efetividade a direitos econômicos e sociais dos cidadãos. Mas a referida 'desintervenção' não se analisou somente no desaparecimento das formas econômicas públicas do terreno da economia, nomeadamente da empresa pública e das figuras afins. Manifestou-se também no aparecimento dos regimes jurídicos normativos de origem estatal que as suportavam, na redução das verbas orçamentais previstas e na presença do mercado concorrencial em sectores em que o monopólio do Estado imperava. Isto significa que à 'desintervenção' corresponde a 'desregulamentação', a desorçamentação e à concorrência, esta última adotada mesmo no domínio dos tradicionais serviços públicos (MONCADA, 2003, p. 369).

A orientação econômica neoliberal entende que a permanência da participação pública na atividade econômica, que passa a ser praticamente toda regulada, impossibilita que a função regulatória permaneça diretamente vinculada ao Estado. As tarefas de regulação de uma economia crescentemente privatizada e submetida ao mercado são cada vez mais confiadas a organismos mais ou menos separados do Governo, a organismos independentes da esfera política em sentido estrito (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 10).

Houve a necessidade de separar a função de estabelecer regras de funcionamento do mercado da função de intervir diretamente no mesmo enquanto sujeito econômico porque, em um mercado livre e concorrencial, uma das partes da relação econômica (o Estado) não pode acumular as funções de agente atuante no mercado (proprietário e produtor) e entidade que detém o poder de estabelecer as regras do jogo (ordenação do mercado). O papel do Estado nessa regulação é fundamental, mas deve concentrar seus esforços na adequação do estabelecimento e da implementação de regras para a atividade econômica, destinados a garantir o seu funcionamento equilibrado, aos objetivos públicos perseguidos.

Neste sentido, a função normativa de um agente regulador continua sendo principal, mas inoperante acaso não for conjugada a funções executivas e judiciais, prescindindo, contudo, da imposição de determinados fins exteriores ao próprio mercado e contra as regras deste, já que a regulação não objetiva neutralizar quaisquer efeitos negativos de uma economia de mercado.

A regulação não se identifica com regulamentação. A regulamentação, ou seja, o estabelecimento de regras de conduta para os regulados, é somente uma das vertentes da regulação, lato *sensu*, que também abrange a implementação das regras, sua supervisão e o sancionamento das infrações às mesmas (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 16).

Para a execução desta relevante tarefa, totalmente distinta do conceito de regulação pública tradicional, as agências reguladoras foram erigidas à categoria principal dos órgãos reguladores.

O aprofundamento do movimento de descentralização administrativa implica transferência de uma atividade decisória e regulatória, não meramente executiva ou preparatória, para órgãos administrativos periféricos. Porém, mesmo com a maior concentração dos serviços públicos sob a competência da Administração indireta e de particulares e com o elevado número de privatizações em sentido estrito²⁹, o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à prestação adequada, ora de serviços tidos como públicos ora de atividades de setores considerados estratégicos e desempenhadas por particulares. Apesar de deixar de protagonizar a execução destas atividades, o Estado realiza em relação a elas funções de regulamentação, fiscalização e planejamento. A concepção regulatória moderna incorpora a concepção de subsidiariedade, não suprimindo a garantia de realização de certos valores, mas modificando sua instrumentalidade ao reservar ao Estado a regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2002, p. 21).

As funções regulatórias do Estado não são novas. Desde o momento em que o Estado adquiriu o monopólio da produção jurídica, o que se deu no final da Idade Média, teve o encargo de zelar pela prestação satisfatória de serviços públicos e zelar pelo funcionamento de setores estratégicos da economia quando deixasse de exercer monopólio sobre eles. Ocorre que quando eles eram prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente por pessoas por ele controladas, essas funções não tinham visibilidade e não eram eficientemente desempenhadas. Com a separação mais nítida entre setor privado e setor público no

²⁹ Desempenhando atividades econômicas sob monopólio (Arts. 21, X e 177, I, II e III, CF/88) – o que configura serviços governamentais e não serviços públicos - quando não houver mais motivos de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, as empresas estatais constituídas para esse fim não devem continuar a exploração direta da atividade econômica. O setor econômico é de preferência do setor privado, restando, neste caso, o caminho da privatização.

que toca à prestação e regulação de atividades de cunho econômico revigora-se o papel regulatório do Estado (BARROSO, 2002, p. 117). Existem inúmeras instituições na organização administrativa estatal que desempenham suas atividades com certa autonomia e sem sofrer intervenção externa, dotadas de algumas características próprias das agências reguladoras modernas, apesar de terem sido absorvidas pelo sistema jurídico brasileiro fora de um contexto de renovação da proposta regulatória no país e sem que houvesse maior controvérsia acerca de suas competências, estrutura organizacional, forma de provimento de servidores, etc. É o caso dos Tribunais de Conta, do CADE, do Conselho de Contribuintes da União do Banco Central do Brasil, etc.

As agências reguladoras estabelecem metas, traçam objetivos para garantir o funcionamento destas atividades quando prestadas pela iniciativa privada, dentro dos princípios inerentes a própria atividade econômica. A diminuição da intervenção estatal direta na economia não significou a reconstrução de um Estado mínimo, mas o deslocamento da atuação estatal do campo empresarial, por meio de empresas públicas, para o campo da disciplina jurídica, ao ampliar o papel do Estado na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas de significativa ressonância na população. As atividades a cargo do Estado não se reduziram, ao contrário, ampliaram-se, mas sua forma de realização se transformou. No sistema jurídico-administrativo em que as agências reguladoras modernas têm papel relevante, atuam diversos sujeitos, cada qual dotado de competência e poderes de decisão, com plena titularidade, mas ligados por força dos princípios gerais e por mecanismos que remetem ao sistema no seu todo (TOCHIA apud MEDAUAR, 2003, p. 135).

3.2 REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA E PLANEJAMENTO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. PLANEJAMENTO E CONHECIMENTO ECONÔMICO E SOCIEDADE CIVIL

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o planejamento é uma expressão moderna de atuação do Estado *sobre* o processo econômico, refletindo a orientação econômica liberal – porque comprometido com a idéia de

mercado, com a propriedade dos bens, e com a liberdade de contratar - de uma técnica de *correção das ações dos agentes* econômicos neste regime. Por meio do planejamento, o Estado se coloca como principal promotor do desenvolvimento³⁰ e atua para além da fiscalização e do incentivo dos agentes econômicos privados, de forma a coordenar decisões para modificar as estruturas socioeconômicas na busca objetivos nacionais e prioridades sociais no futuro. O exercício estatal da função planejadora não poderá ocorrer sob a pretensão de controle absoluto do processo produtivo desempenhado pelo setor privado porque não poderá desconsiderar a organização e os processos descentralizados próprios da economia de mercado.

Inspirado em Estados de orientação social (Estados socialistas ou Estados de Bem-Estar social), o planejamento econômico é utilizado por Estados que consagram o modo de produção capitalista, respeitando as constatações macroeconômicas do sistema e tentando prever e balizar as condutas dos indivíduos, mas não remediar os efeitos do processo produtivo em sei. Mesmo nesta conotação, o planejamento econômico não deixa de integrar políticas públicas destinadas a modificar a vida social. A política pública compreende três momentos: a decisão dos agentes públicos competentes; as alterações institucionais no interior do Estado, constituindo o planejamento do conjunto de ações modificadoras; e as ações públicas e privadas desencadeadas a partir das alterações institucionais, que é o momento de execução (DERANI, 2002, p. 240)

O planejamento seria um método de ação do Estado sobre a economia, não apenas conjuntural ou programática, que tem como escopo geral a perseguição de fins que alterem futuramente a situação econômico-social vivida naquele momento³¹, mas o conjunto de projetos e orientações em razão de específicas finalidades que prevejam os comportamentos econômicos e sociais futuros mediante a formulação objetivos e a definição de meios de ação que

³⁰ No Brasil, cumpre importante papel na busca do desenvolvimento nacional o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento), uma empresa estatal que se caracterizou pela vinculação recursos públicos específicos sob a forma de empréstimos destinados para investimentos nos setores estratégicos da economia nacional.

³¹ Gilberto Bercovici (2005, p. 71) aponta o Plano de Metas (1956-1961), o Plano Trienal (1962-1963) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979) como experiências de planejamento vividas pelo Estado Brasileiro, ressaltando que, a partir da década de 1980, o planejamento foi totalmente abandonado pelo Estado brasileiro. A atuação econômica estatal brasileira, desde então, caracteriza-se como desprovida de uma diretriz global para o desenvolvimento nacional, limitando-se à gestão de curto prazo dos vários "planos" de estabilização econômica. Para o autor, faltaria vontade política de planejar no Brasil em descumprimento da determinação constitucional de estabelecimento de uma legislação sistemática do planejamento, conforme o Art. 174, § 1º, CF/88, que, até hoje, não foi elaborada.

procurem ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico para melhor funcionamento das condições de mercado (SCOTT, 2000, p. 130).

O plano é o resultado exterior da atividade de escolhas e hierarquizações apuradas no processo de planejamento e, embora tenha conteúdo técnico, expressa a política geral do Estado por meio de um conjunto de medidas coordenadas que dão sentido e unidade a todos os projetos e programas setoriais nele previstos. Sua direção e sua vontade devem estar comprometidas com vetores axiológicos adotados pelo Estado a partir de sua Constituição.

Para Eros Grau (1977, p. 25), no Brasil o planejamento econômico não consubstancia uma modalidade de intervenção estatal sobre o domínio econômico, mas tão-somente *qualifica* a ação intervencionista do setor público sobre o processo econômico na medida em que, tendo em vista fins determinados e enquanto uma forma de ação racional e coordenada, está vocacionado à preservação da instituição mercado. Não servindo o plano para determinar com um mínimo de certeza o comportamento futuro dos agentes privados, segundo própria orientação Art. 174, CF/88, não serviria de instrumento de intervenção no domínio onde estes atuam. Com isso o autor entende que o planejamento econômico somente se verteria numa forma de intervenção do Estado sobre domínio econômico, se fosse empreendido por governos socialistas, apesar do entendimento de que o termo “intervenção” se referia necessariamente à concepção liberal de organização político-econômica porque conota atuação em área de outrem, sendo incompatível com o dirigismo total da economia pelo Estado de orientação marxista (FERRAZ JR., 1978, p. 265).

Preservando dinâmica própria do mercado, o plano, não deve traçar definições em relação ao setor privado, pois os centros de decisão deste, a respeito de suas condutas e procedimentos, devem ser mantidos no exercício de sua liberdade econômica (GRAU, 1977, p. 78). É o que também preceitua o Art. 174, CF/88 que estabelece que o planejamento estatal é indicativo para o setor privado e determinante par o setor público. O planejamento imperativo para ambos os setores importaria locação de prioridades, recursos e meios que dariam posições privilegiadas ao setor público, deixando o setor privado como mero caudatário seu (FERREIRA FILHO apud SCOTT, 2000, p. 134).

Neste sentido, o plano prevê o que *deveria* acontecer no setor privado, embora estabeleça o que *deva* ser feito pelo setor público. Os agentes

econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se forem induzidos e persuadidos a que o plano lhes trará resultados que justificarão sua adesão (SCOTT, 2000, p. 134). Isso se deve à impossibilidade de se definir com precisão e de forma prospectiva o complexo conjunto de decisões sobre o processo econômico, o que se soma à necessidade de flexibilização dos objetivos do plano à realidade econômica, mas não significa que o planejamento não seja uma forma de intervenção estatal indireta. A atuação estatal de orientação das manifestações futuras não pode, sem justificativa, dificultar ou inviabilizar a atividade econômica dos indivíduos. A ação planejadora do Estado tem caráter nitidamente subsidiário e não substitui o mercado na configuração estrutural da economia.

Isso quer dizer que não poderá haver intervenções legais do Estado na ordem econômica a não ser que estas adquiram forma da introdução de princípios formais, compondo uma legislação econômica formal que não é um *plano*. O Estado poderá formular certo número de medidas de caráter geral, mas que deverão permanecer inteiramente formais, nunca deverão se propor a um fim particular. A lei não deve estar inscrita em uma opção econômica global, mas definir limites dentro dos quais cada agente econômico poderá decidir suas atividades com total liberdade.

Os planos econômicos apontam como os recursos da sociedade devem ser dirigidos para atingir certos fins econômicos precisos e definidos, como aumentar o consumo e alcançar certo nível renda, havendo a possibilidade de introduzir correções conforme se alcance ou não o efeito buscado. O poder público que exerce o papel de tomar de decisões econômicas, de forma a dominar o conjunto dos processos econômicos e a substituir e obrigar os indivíduos, reclama para tanto *consciência do conjunto dos processos econômicos*. Seria necessário para tanto um sujeito universal de saber econômico que pairasse acima do conjunto dos processos para tomar decisões.

Se a prática econômica escapa do soberano, faz-se necessário limitar geograficamente sua soberania e fixar uma fronteira para o exercício de seu poder, de forma a preservar o mercado³² e, ao mesmo tempo, a delimitar em que e

³² Os fisiocratas propõem uma solução, que também figura como um rearranjo da razão governamental, em que o soberano deve também respeitar o mercado, mas sem que seja necessário delimitar um espaço para exercício da soberania, mas que, ante o mercado, o soberano deverá exercer um poder bem diverso do poder político, que é um poder absoluto de decisão, mas deverá

como os agentes econômicos que povoam o campo da soberania serão governáveis. A governamentalidade de sujeitos que povoam o espaço da soberania e que são ao mesmo tempo agentes econômicos só poderá ser garantida pela emergência de um novo objeto de ação, um novo plano de referência que é a *sociedade civil*, um novo *conjunto* que não combinará simplesmente estes dois elementos, mas um conjunto complexo composto de uma série de outros elementos em relação aos quais o aspecto sujeito de direito ou o aspecto sujeito econômico constituirão aspectos parciais e integráveis (FOUCAULT, 2008, p. 401). A sociedade civil assegura a síntese espontânea dos indivíduos. Revela-se como uma tecnologia de governo liberal cujo princípio racional para limitar e dominar não é o modo jurídico nem o modo de uma ciência econômica, que não exige a onipresença do governo e respeita a especificidade da economia.

O vínculo social que formaria a sociedade civil constituir-se-ia espontaneamente, sem que fosse necessária uma operação específica, qual seja, um contrato de renúncia de direitos ou delegação de direitos a outro para constituição da soberania. Não é um vínculo que tem pré-história como se dá na concepção de estado de natureza, pois é permanente e indispensável. Portanto, há uma formação espontânea do poder que se realiza por um vínculo de fato que vai ligar indivíduos concretos e diferentes entre si. Essas diferenças fazem com que, em seu relacionamento, no trabalho, na tomada de decisões em grupo, etc., uns indivíduos assumam a soberania e outros deixem que outros assumam a soberania sobre eles. Antes que o poder se regule, antes que se delegue, antes que ele se estabeleça juridicamente, ele já existe. A estrutura jurídica do poder vem sempre depois do fato do próprio poder, ao contrário do que apregoava as análises dos séculos XVII e XVIII para as quais os homens isolados decidiram constituir um poder para ingressarem no estado civil (FOUCAULT, 2008, p. 413).

Em um Estado de Direito, para projetar os atos de intervencionismo, o plano está sujeito à formalização por meio de manifestação do Legislativo e vinculado ao plano de orçamento, isto é, deve ser vertido em lei para que os atos cuja prática nele estejam previstos possam se realizar, atendendo ao controle sobre o gasto público e ao regime democrático de governo que têm proteção em sede constitucional no Brasil. Vertido em lei, o planejamento revela-se na forma concreta

reconhecê-lo e se colocar numa posição de passividade em relação à necessidade intrínseca do processo econômico e também numa posição de vigilância (FOUCAULT, 2008, p. 399).

de manifestação da função normativa do Estado que intervém indiretamente no processo econômico. Há normas que têm verdadeira qualidade de servir ao planejamento, positivando escolhas e metas governamentais. O planejamento supõe dois resultados normativos, o da fixação das regras preliminares a serem obedecidas pelo planejamento, ou seja, as formalidades a serem observadas no instante em que o Estado começasse a planejar e o da própria exteriorização do planejamento que contemplará o ato de sua aprovação e muitas vezes também o ato de sua execução, o processamento do planejamento (SCOTT, 2000, p. 150). Enquanto mandamento do Estado, o planejamento gera uma norma. Sua origem é uma norma e sua concretização se dá por normas também dirigidas ao Estado e ao particular.

A normatividade do plano, ora bipartida, pode ainda ser analisada detalhadamente como o conjunto de leis, atos administrativos de execução e mesmo contratos. Da mesma forma, o ciclo do planejamento – e não o plano como uma fonte de direito autônoma - que começa com a lei de aprovação das grandes opções e metas do plano, descendo às minúcias dos atos individuais e concretos e aos contratos necessários para sua execução. Todos esses atos jurídicos são funcionalmente interligados entre si e remetidos à estratégia político-econômica que o plano prevê.

A realização do plano depende de sua previsão orçamentária e sua implementação de dá por meio de investimentos públicos que devem estar explicitados nos orçamentos. O Art. 165, CF/88 prescreve a necessidade de aprovação periódica de três diplomas legais que constituem o orçamento da União:

- (a) a Lei Orçamentária Anual, que é elaborada pelo Poder Executivo e estabelece as despesas e as receitas que serão realizadas no ano subsequente;
- (b) o Plano Plurianual, que estabelece as medidas, gastos e objetivos a serem seguidos pelo Governo Federal ao longo de um período de quatro anos, sendo aprovado por lei quadrienal, sujeita a prazos e ritos diferenciados de tramitação, tendo vigência a partir do segundo ano de um mandato presidencial até o final do primeiro ano do mandato seguinte. O Plano Plurianual também prevê a atuação do Governo, durante o período mencionado, em programas de duração continuada já instituídos ou a instituir no médio prazo;
- (c) a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que tem como a principal finalidade orientar a elaboração dos orçamentos fiscal e da seguridade social e de investimento do Poder

Público, incluindo os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e as empresas públicas e autarquias. Busca sintonizar a Lei Orçamentária Anual com as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública, estabelecidas no Plano Plurianual.

Por inexistir uma preocupação dos últimos governos com o planejamento, a tendência é a redução do plano ao orçamento nos termos da redução do plano a uma tradução em dotações orçamentárias a serem distribuídas pelos órgãos do Estado. O controle orçamentário previsto na Constituição favorece a limitação do planejamento ao orçamento por meio dos Planos Plurianuais, não sendo clara, por parte do texto constitucional, a compatibilização dos orçamentos com os planos nacionais, regionais ou setoriais, apesar da dicção do Art. 165, § 4º, CF/88³³.

O Plano Plurianual é uma simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle da sua execução e garantia nenhuma de efetividade. O planejamento deve ser concebido como instrumento global de política econômica independente do orçamento, embora haja relação entre si. A conformação da atividade econômica privada não se faz indiretamente por meio do controle das receitas e despesas orçamentárias, mas segundo quadro previsional da vida econômica constante de um documento independente, o plano.

A redefinição da intervenção do Estado sobre o domínio econômico reclama a redefinição da atividade planejadora do Estado. A concepção tradicional de planejamento econômico estatal também é criticada por não ser apta a proporcionar ao Estado um bom nível de conhecimento da realidade econômica sobre a qual se age e de conhecer as próprias necessidades dos usuários das atividades e agentes de mercado e os setores sociais, bem como incluí-los no processo econômico. “É impossível imaginar um Estado que, mesmo em um determinado setor específico, tudo define, sendo capaz de estabelecer níveis de produção e preço de comercialização” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 59). Esse cenário exige a revisão da própria atuação do Estado no sentido de melhor equipá-lo para adquirir conhecimento, principalmente por meio da concorrência e do controle do poder econômico.

³³ Art. 165 [...]. § 4º, CF/88. Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

Para a alteração desse quadro é preciso alargar algumas funções do Estado e, por conseqüência, readaptar seus órgãos e estrutura para que passe a gozar de autonomia perante os grupos sociais, o que lhe proporcionaria conhecimento de informações para a determinação das variáveis de mercado. A estrutura administrativa brasileira pouco unificada e coesa e repleta de divisões contribui para obstaculizar que políticas públicas possam ser implementadas mediante um planejamento econômico consistente. Apesar de contar com um presidencialismo forte, o que favoreceria o direcionamento ideológico na formulação de planos, o Brasil conta com uma Administração que serve de loteamos dos interesses partidários distintos, justamente para sustentar o equilíbrio da Presidência da República. No Brasil, a falta de um órgão planejador e coordenador faz com que se perpetuem os conflitos políticos no seu interior (BERCOVICI, 2005, p. 78).

A intervenção estatal clássica que utiliza o planejamento estatal diretivo com submissão ao regime de serviço público ou do exercício do poder de polícia³⁴ deve ser substituída por uma intervenção construída por meio da integração das variadas formas de ação estatal em que as empresas públicas e órgãos reguladores vinculados ao Estado, dotados de suficiente poder perante o mercado, participem de setores desregulamentados ou pouco regulamentados com o papel de planejar e direcionar o desenvolvimento setorial. O Estado não deve ser mais o executor direto das atividades econômicas, inclusive de muitos serviços públicos, mas apenas interferir indiretamente, regulando estas atividades.

O principal objetivo da reforma administrativa brasileira era atribuir ao administrador público parte da autonomia de que goza o administrador privado, com a criação de órgãos independentes, notadamente as agências reguladoras, preocupando-se principalmente com a eficiência e os resultados de suas das ações. Além da difusão do conhecimento econômico e da manutenção da concorrência, cumpre importante papel neste tocante a edição de normas específicas para regulação de certo setor e para sua fiscalização (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 60-61).

Mas a Reforma do Estado não remediou por completo os efeitos da inoperância da estrutura Administrativa pública brasileira centralizada por muitos

³⁴ Entendido, aqui, em sentido estrito, como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhe os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 733)

anos. Esta, com todas suas imperfeições, continuou responsável pela formulação e planejamento das políticas públicas, enquanto se viu despida dos institutos jurídicos aptos para sua implementação, quais sejam, os serviços públicos dos quais não era mais responsável pela execução.

Isto contraria o próprio fundamento das políticas públicas, que é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, ou seja, por meio dos serviços públicos. Política pública e serviço público estão interligados, não podem ser separados, sob pena de esvaziar o seu significado” (BERCOVICI, 2005, p. 84).

Adotando o modelo de regulação em sentido estrito, faz-se latente a necessidade de estruturação de um órgão planejador do Estado que vincule diretamente a si os órgãos descentralizados responsáveis pela execução de atividades que servem à implementação de políticas públicas, bem como que promova a interligação entre os próprios órgãos.

A partir do conteúdo prescrito pelo Art. 174, CF/88³⁵ é possível começar a delinear a configuração dessa nova ordem da regulação da economia em sentido amplo que integre o planejamento e as funções normatização e regulação em sentido estrito. A esta última, principalmente. A principal função do planejamento é enquadrar, corrigir, adaptar ações dos agentes econômicos e não efeitos do processo econômico.

A ordem econômica brasileira faz do Estado, atribuindo-lhe tais funções, verdadeiro agente *normalizador* da atividade econômica (SCOTT, 2000, p.119). Esta “nova” função contemplaria não somente o papel do Estado de impor normas³⁶ e exercer atuação reguladora sobre as atividades econômicas. Estas funções assumiriam a condição de atribuições parciais de uma atribuição superior que seria o papel do Estado brasileiro sobre as atividades econômicas na orientação do processo produtivo pelos princípios da ordem econômica constitucional brasileira, claramente orientados ao modelo liberal. A função estatal do planejamento pode ser

³⁵ Art. 174, CF/88. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

³⁶ A atividade normativa estatal que revela ação do Estado sobre o setor econômico é direcionada para a revelação das opções políticas que devem conduzir e influenciar os rumos do setor econômico, orientando também outras espécies de atuação do Estado e dos agentes econômicos no espaço econômico, como por exemplo a Lei 8.078/90 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.884/94 que orienta a defesa da concorrência.

entendida, segundo a dicção do Art. 174, CF/88, como decorrência do papel normativo ou do papel regulador do Estado e seu exercido é assegurado pelas funções fiscalizadora e de incentivo.

3.3 REGULAÇÃO ECONÔMICA EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO. AS AGÊNCIAS REGULADORAS SE SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA DIANTE DAS TÉCNICAS DISCIPLINARES DE CONTROLE

O Estado tem se utilizado da criação das agências reguladoras ou autoridades reguladoras independentes como uma das maneiras de fazer frente a essa sua nova postura diante da economia – o modelo de regulação econômica - e, conseqüentemente, da vida dos agentes econômicos privados. Diante do processo de privatização e da disciplina das concessões no Brasil, as agências reguladoras figuram como novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico, contribuindo para a substituição do modelo de gestão com base em controles formais, como a legalidade e a motivação fundamentada, e na intervenção direta (Estado empresário) pelo modelo gerencial que se baseia na avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação).

Tais agências teriam como objetivo principal a organização das relações econômicas dos setores da atingidos pela reconfiguração da intervenção econômica estatal, economia – diga-se, de passagem, praticamente todos. Como conseqüência resultante desse objetivo, caberia também às agências reguladoras o controle da concentração econômica que sucederia à maior liberalização da economia.

É preciso apontar que orientação para a adoção do modelo regulatório, apesar de figurar como tendência dominante nas práticas das economias capitalistas contemporâneas, é negada e atacada pelos críticos do neoliberalismo, que continuam a postular formas de regulação da economia influenciadas por formas interventivas estatais derivadas modelo social de Estado ou do Estado de Bem-Estar Social.

Segundo esta orientação, faz-se necessário identificar em que setores a regulação pode ou não funcionar, isto é, identificar as áreas que podem se

sujeitar a qualquer influência das regras de mercado. O mercado somente seria eficaz na organização das atividades livres de externalidades sociais negativas ou positivas, já que não é apto a (re)compensar malefícios e benefícios decorrentes do exercício de algumas atividades, como as atividades de educação e de saúde. O objetivo desse tipo de regulação é a distribuição, importando para sua aferição a existência de relevância social da atividade, o que revelaria setores inviáveis para a participação do particular e, portanto, não regulamentáveis, reclamando do Estado a prestação direta do serviço (SALOMÃO FILHO, 2001. p. 27-28).

Ainda segundo esse tipo de análise, seria um erro concentrar o debate sobre órgãos regulatórios nas agências governamentais reguladoras e em sua autonomia frente à Administração, porque para se atingir uma eficaz redistribuição, objetivo primeiro da regulação econômica, seria imprescindível a difusão do conhecimento econômico para além dos limites do mercado e da representação de grupos atingidos pela regulamentação no processo de produção normativa, para evitar a prevalência de grupos de pressão (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 62). Neste contexto, o papel das agências reguladoras seria instrumental e, para garantir que cumprissem sua função, lhe deveria ser proporcionado acesso a informações e escolhas econômicas da sociedade para que fossem capazes de planejar sua ação com vistas ao desenvolvimento nacional.

Além disso, a instituição das agências reguladoras ainda é criticada por boa parte dos juristas porque o regime jurídico-administrativo sob o qual se fundou seria incompatível com os regimes administrativos do tipo europeu-continental, adotado pelo Brasil. Nestes sistemas o governo detém poder de direção sobre a Administração, emitindo ordens e orientações a seus órgãos segundo sua discricionariedade, sem, contudo, deixar de se submeter ao Parlamento de acordo com o princípio da responsabilidade política do Executivo em face do Parlamento, o que confere legitimidade democrática à Administração. A unidade de organização administrativa é assegurada pelo vínculo de hierarquia nas relações de subordinação estabelecidas na estrutura da Administração direta e pela tutela e pelo controle do Estado sobre os organismos relativamente autônomos da Administração indireta.

O Estado brasileiro caracterizado a partir da Constituição Federal de 1988 é um Estado encarregado pelo próprio texto constitucional de muitas atribuições que se referem a atividades dotadas de grandes particularidades

técnicas. Para tentar dar conta de todas as atividades e atores sociais e suas particularidades, o Direito serviu de instrumento para normatização das atividades humanas por meio de normas gerais e abstratas (lei), distribuídas entre as diversas especializações do Direito, e também por meio fontes do Direito de outras naturezas.

Além disso, o Estado brasileiro optou por um modelo de *divisão de atribuições* entre órgãos ou *centros parciais de competências*. As atribuições podem/devem ser prestados aos cidadãos sob os modelos da centralização, em que o Estado atua diretamente por seus órgãos internos (Administração Direta), e da descentralização, em que o Estado atua indiretamente por meio de pessoas jurídicas diversas da pessoa do Estado (Administração Indireta), numa delegação de atribuições para outra estrutura administrativa com personalidade jurídica diversa da personalidade do Estado. O modelo descentralizado de Administração é uma opção do administrador público, o modelo centralizado é obrigatório. Criada(s) a(s) estrutura(s) administrativa(s) da Administração indireta, estas atuam por meio de pessoas jurídicas de direito público com personalidade jurídica diferente do Estado, mas não deixam de se sujeitar ao *regime jurídico de direito público*.

As autarquias são órgãos que compõem a estrutura administrativa da Administração indireta, com personalidade de direito público, com atribuições exclusivamente administrativas e *titulares de interesse público*, ao contrário das sociedades de economia mista e das empresas públicas que são pessoas jurídicas de direito privado que são qualificadas para o exercício de atividades públicas. Por conta da titularidade do interesse público, as autarquias compõem, cada qual, um centro de direitos e obrigações distintos do Estado e não se subordinam a órgão da Administração direta. Por isso as autarquias são apenas controladas e possuem recursos e negócios próprios, mesmo que oriundos de repasse estatal ou obtidos como produto de atividade que lhes seja afeta, o que lhes concede *autonomia administrativa e financeira*.

As agências reguladoras, consideradas autarquias especiais pelo ordenamento jurídico brasileiro, gozam de estatuto específico de independência em face do Executivo porque não se sujeitam a qualquer tipo de hierarquia, de tutela ou orientação política e sofrem controle diferenciado por parte do Executivo, configurando-se verdadeiras estruturas pluralistas e diversificadas que não se

integram em nenhuma das categorias do direito administrativo pátrio existentes³⁷. Essa configuração romperia com o circuito democrático de representação política que legitimaria a atuação da Administração que, segundo Art. 2º da Constituição Federal, representaria um dos Poderes independentes e harmônicos da União em pareamento com o Legislativo e Judiciário. Para o Estado brasileiro, esse dispositivo constitucional, aliado a outros que o desenvolvem, significa que as atribuições do Estado devem ser desenvolvidas no interior de três grandes órgãos cada qual com suas atribuições típicas a atípicas, reciprocamente controladas e fiscalizadas.

A distribuição de poder proposta por Montesquieu a que remete a Constituição Federal brasileira e já delineada anteriormente por Aristóteles, Locke, Kant, não se processou em nenhum Estado de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função primordial que lhe compete. Pelo sistema de freios e contrapesos, também adotado no Brasil, a Constituição Federal atribuiu a alguns órgãos, embora restritivamente, funções que, em tese, corresponderiam a outros, sempre promovendo um equilíbrio articulado entre os “poderes” de forma que cada um deles exercesse, em medidas diversas, as três funções estatais. Ainda segundo as orientações de Montesquieu, Legislativo, Executivo e Judiciário configuram-se centros de atribuições e, predominantemente, todas as atribuições do Estado estariam absorvidas por tais unidades, dotadas dos meios necessários para exercê-las, meios estes conferidos pela ordem jurídica.

³⁷ A Lei 9.986/00 estabelece diretrizes do regime especial das agências reguladoras. A interpretação do diploma legal sugere que é a própria lei criadora de cada agência que a diferencia das “autarquias comuns”, instituindo privilégios específicos a fim de aumentar sua autonomia. A Lei 9.472/97 que cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) cumpre importante papel também ao estabelecer, pioneiramente, as características de uma agência reguladora. A independência (ou autonomia) da agência advém de sua lei criadora, podendo ter maior ou menor grau. A independência das agências reguladoras deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro, sendo praticamente inexistente em relação ao Poder Judiciário, a quem está sujeita a controle, e ao Poder Legislativo, não podendo os atos normativos das agências reguladoras conflitar com as normas constitucionais ou legais. As agências reguladoras são dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal e somente perderão o mandato, que não coincide com o mandato do Presidente da República, em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Além disso, depois de cumprido o mandato, os dirigentes das agências dirigentes ficam impedidos, por prazo determinado (quarentena) de atuarem no setor atribuído à agência. As decisões das agências reguladoras não sofrem, ou não deveriam sofrer, influência do chefe do Executivo ou do Ministro do Estado, já que suas decisões são técnicas e não políticas. A autonomia econômico-financeira das agências reguladoras é assegurada pela existência de receitas próprias, arrecadadas diretamente em seu favor, geralmente provenientes da taxa de fiscalização ou taxa de regulação, além da fixação do orçamento anual da agência, que integra a Lei Orçamentária da União. Isso significa que a entidade não pode realizar despesas não previstas na lei orçamentária, submetendo-se às normas de execução financeira.

Essa fórmula propunha a elaboração de leis gerais e impessoais por um Parlamento representativo do povo, a execução das mesmas por um Executivo responsável perante aquele, mediante atividade administrativa imparcial e neutra e o controle da observância dos direitos dos indivíduos por magistratura independente, sobressaindo a supremacia da lei sobre os atos típicos emanados pelos dois últimos, porque os integrantes do Legislativo eram eleitos para atuar como representantes e detentores da soberania. A função Legislativa produziria as normas abstratas e gerais, inovando inicialmente na ordem jurídica, com fundamento somente na Constituição Federal. A função Judiciária resolveria os conflitos de interesse com a força jurídica da definitividade por meio de sentenças judiciais, isto é, produziria as normas concretas e individuais a partir de uma norma abstrata e geral, na aplicação das leis aos casos concretos para a solução de conflitos de interesse. Já o conteúdo da função Executiva ou função Administrativa é o que provoca maior discussão e divergência entre juristas, cientistas políticos e filósofos, pois, além de refletir no delineamento de cada uma das outras funções, coloca em xeque a própria pertinência da teoria da tripartição do poder na atualidade.

A partir da teorização de Montesquieu, aplicada sem maiores reparos durante todo século XIX, concebeu-se predominantemente no interior das organizações estatais que ao Executivo caberia, como função típica, a prática de modo direito e imediato de atos para realização do interesse público ou fins estatais, por meio de comandos, os atos administrativos infralegais e, excepcionalmente, infraconstitucionais, expedidos na intimidade de uma estrutura e de um regime hierárquico, atos submetidos ao controle de legalidade pelo Judiciário. A função típica desempenhada pelo Executivo representava a atividade subordinada de executar, pois os atos da Administração se limitavam aos atos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, não incluindo os atos de alienação. A Administração Pública aparece como instrumento de execução da lei, sem vontade própria, subordinada, neutra e detentora de função marginal e subsidiária. Por isso seria implantada por meio de estruturas centralizadas (MEDAUAR, 2003, p. 124-25).

A teoria da tripartição do poder em sua concepção original parece pouco útil para a compreensão do funcionamento dos sistemas parlamentares hoje predominantes, em que perdeu valor a distinção hierárquica entre Executivo e Legislativo. A partir do momento em que o Executivo passa a ser eleito, perde

importância a supremacia do Legislativo como forma de salvaguarda da soberania nacional. Daí a necessidade de adaptação. Além disso, nos Estados atuais, a proteção das liberdades individuais contra o arbítrio dos governantes ainda deve prevalecer, mas a rigidez da concepção original da tripartição do poder se torna inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer, direta ou indiretamente, bem-estar às pessoas, a partir de atuação ágil no âmbito econômico e social, o que vem acontecendo principalmente com uma atuação legislativa intensa por parte do Executivo³⁸. A tradicional teoria da tripartição do poder não prevê um órgão impulsionador da ação estatal que faça as escolhas políticas fundamentais e as implemente no exercício de uma função que não se confunda nem com a legislação nem com a execução.

Neste sentido, somente permanece intacta na teoria da tripartição dos poderes a relevância da sistemática dos freios e contrapesos, que proporciona a inexistência de concentração de poder em um único órgão e a presença de mecanismos constitucionais de controles recíprocos. Apesar da manutenção da setorização dos governos nos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, o grau de participação de cada órgão não é o mesmo já em sede dos textos constitucionais que estabelecem a paridade das funções, mas distribuem desigualmente suas competências.

A instrumentalização das ações do Estado no âmbito econômico vêm sendo realizada quase totalmente no desempenho da função política do Executivo, porque, na grande maioria dos Estados, esta função é exercida na unicidade pessoal de um representante eleito e homogêneo de ponto de vista das orientações políticas diante um Legislativo fragmentado politicamente e que vem demonstrando reiteradamente sua incapacidade em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais³⁹. A Administração

³⁸ O intervencionismo estatal que vem se fazendo presente ao longo do tempo com as mais diversas configurações, em resposta ao fenômeno geral de mudança da atitude liberal clássica, exige um presidencialismo forte e uma absorção da matéria econômica para a área da Administração Pública. Como conseqüências, restringem-se notavelmente as garantias constitucionais e do processo, protege-se a propriedade, mas reprime-se o abuso desse direito, mantém-se o princípio da livre empresa, mas o Estado ora assume a função empresarial, ora passa a exercer grande fiscalização sobre as empresas privadas, protege-se a liberdade de comércio, mas regula-se a concorrência.

³⁹ Neste sentido Canotilho (apud MOTTA, 2003, p. 150) corrobora as reflexões pós-modernas acerca do Direito para as quais atualmente há uma tendência à liberalização de certos domínios da vida de uma regulamentação racional por meio do Direito (deslegalização), ao acolhimento, pelo Direito, de regras extralegais e equilaventes funcionais e à autodireção por meio de um direito reflexivo às regras do jogo e aos atores sociais, sem que haja imposição de soluções substantivas.

adquire imensas proporções e suas funções, grande relevo, o que se vê refletido numa estrutura em que, a princípio, se multiplicaram os órgãos centrais e, num estágio posterior, se expande a criação de entes dotados de personalidade jurídica própria, muitas vezes de direito privado, para atuarem em setores específicos como a indústria e o comércio. O agigantamento da estrutura da Administração Pública leva à sua difusão em centros administrativos num panorama de fragmentação, dificuldade de controle pelo poder central e tecnização de atividades (MEDAUAR, 2003, p. 127-28).

As agências reguladoras representam o maior expoente desse sobressalto. Além disso, refletem a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica em sede de competência normativa abstrata ou concreta (ARAGÃO, 2005, p. 380). Suas inúmeras e variadas competências não só abrangem todas as funções da clássica tripartição dos Poderes, como caracterizam uma independência de atuação, notadamente de natureza normativa, que não pode ser caracterizada pelas dimensões habituais das instituições administrativas clássicas de um Estado, introduzindo formas não tradicionais de normatização veiculadas por unidades de decisão e órgãos autonomizados e específicos.

O Art. 174, CF/88 vislumbra no Estado “um agente normativo e regulador da atividade econômica”, expressão que parece dar respaldo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica. As funções de fiscalização e incentivo, características da competência normativa e reguladora, exigem que a Administração, em vistas à eficiência, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisia. Cada agência reguladora é dotada de poderes normativos complementares à legislação própria do setor, além de poderes amplos de fiscalização, operando como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência, sendo que suas decisões não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

A atuação legislativa das agências objetiva celeridade na elaboração das normas e seu comprometimento com critérios científicos, o que dificilmente se tem nos órgãos legislativos ou em sede administrativa.

“A dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa são problemas que conduzem a tornar vagarosa a regulação estatal sobre certas matérias. A criação de agências permite superar essas dificuldades, eis que se reduz os número de participantes no processo decisório final” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 361).

Para isso, as agências reguladoras contam com órgãos especializados desvinculados do Legislativo e com autonomia face ao Executivo e congregam pessoal especializado nos conhecimentos relacionados aos temas de sua competência.

Os interesses perseguidos pelas agências reguladoras se relacionam com os cidadãos, com os grupos de interesses e com os agentes econômicos na medida em que promovem a intermediação entre interesses que não são definidos nem susceptíveis de serem definidos pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas somente por meio de uma atividade desenvolvida por órgãos que detenham melhor *conhecimento do setor* e dos interesses em jogo, permitindo uma intervenção mais rápida e aderente à realidade. As funções normativas das agências reguladoras têm caráter estritamente técnico^{40 41} e não são diretamente derivadas dos poderes representativos.

⁴⁰ As agências reguladoras de serviços públicos delegados à iniciativa privada devem criar normas de um mercado que, por si só, não seria naturalmente concorrencial, como os setores da energia elétrica, gás e telecomunicações, ainda que, pelo reduzido número de sujeitos regulados e pela particularidade das suas relações com o Estado pela via do contrato de concessão, seja difícil distinguir entre regulamentos propriamente ditos e atos administrativos gerais. Por outro lado, são os próprios contratos de concessão ou até mesmo os editais de licitação que criam obrigações ou remetem à agência reguladora sua interpretação ou integração. Nos setores dos serviços públicos concedidos, o poder normativo é muito amplo e contempla polícia administrativa, e direção interna por meio de instruções e circulares. Para as agências reguladoras da exploração privada de bens e atividades monopolizadas, como exploração da água, petróleo, é o próprio Estado que pode estabelecer condições contratuais que melhor lhe convenha ou mesmo interpretar e integrar cláusulas contratuais, desde que nos parâmetros legais. Uma vez celebrado o contrato de concessão, a agência reguladora continua competente para emitir normas abstratas e gerais a respeito da atividade e, em regra, deverão desenvolver apenas o espaço de integração deixado pelos próprios editais de licitação ou termos do contrato de concessão. As agências reguladoras de atividades privadas de interesse público que são autorizadas, como ocorre no setor da saúde, a Administração deve se limitar a expedir normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo ingerir em assuntos internos das empresas. Como a atividade não é de titularidade estatal, a regulação não deve ter objeto de extensão interpretativa. Dessa maneiras, as agências reguladoras desses setores têm amplo poder de normatização ao longo do desenvolvimento das atividades autorizadas.

⁴¹ Autoras como Maria Sylvia Di Pietro (1999) e Lúcia Valle Figueiredo (2000) defendem que a reserva normativa técnica das agências reguladoras deve se restringir à regulação das relações entre prestadores das atividades reguladas e usuários dos serviços, sendo todo o resto reserva exclusiva de lei. Por isso inúmeros órgãos e entes no direito brasileiro estariam exercendo função normativa fora desses parâmetros. Corroborariam esse raciocínio o Art. 5º, II, CF/88 que estabelece o princípio da legalidade, o Art. 37, CF/88 que reafirma tal princípio na orientação das ações da Administração, o

O poder normativo das agências reguladoras reflete a forma de controle da sociedade estabelecida no final do século XVIII que retrata uma forma de poder do tipo disciplinar (FOUCAULT, 2005, p. 45). As disciplinas conjugam o mesmo tipo de “direito tradicional”, mudando-o de escala e tornando-o por isso mais minucioso e tendo por função precípua produzir sujeições por meio da união de tecnologias produtivas que agem na submissão de corpos, idéias e saber. Para além da legislação e das sentenças, transparece uma série de técnicas suplementares que estão o domínio da vigilância.

Entre as categorias do permitido e do proibido, a lei define um espaço de liberdade em que a disciplina opera nos limites dessas duas, interessando-se pelas minúcias do comportamento e estabelecendo diferenciações e impondo atitudes e obrigações detalhadas e contínuas ao invés de sanções. Esse “infradireito” se opõe ao direito tradicional, mas o poder é exercido nas sociedades modernas a partir desses níveis normalizadores distintos, entre um direito público da soberania e mecânica polimorfa da disciplina (FOUCAULT, 2005, p. 45).

Interpretando a restrição do poder normativo das agências reguladoras aos aspectos estritamente técnicos, defende-se que estas agências poderiam, sem inovar a ordem jurídica, editar atos administrativos sempre com fundamento nos *standards* previstos em suas leis criadoras, as quais balizariam a regulação de forma geral. Estes atos constituiriam medidas adotadas por um órgão executor das quais depende a aplicação da lei. Porém, toda solução técnica sempre estará inovando a ordem jurídica vigente porque se constitui decisão normativa criadora, modificativa ou extintiva de direitos. Não existem “decisões estritamente técnicas, mas decisões políticas e econômicas com fundamentação técnica” (MOTTA, 2003, p. 174). Os parâmetros técnicos não podem ser isolados do Direito e toda decisão emanada da Administração Pública, por mais técnica que possa ser, sempre traz inovações e transformações profundas na ordem jurídica⁴².

Art. 84, IV, CF/88 que nega o poder regulamentar a qualquer pessoa distinta do Presidente da República e o Art. 49, V, CF/88 que possibilita sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.

⁴² Tendo em vista tais considerações, vislumbra-se a inconstitucionalidade estrutural das agências reguladoras perante o sistema constitucional brasileiro que não admite que ato administrativo crie ou extinga aquilo que a lei não criou ou extinguiu. Neste sentido, as decisões técnicas das agências reguladoras sempre constituirão abuso do poder regulamentar ou invasão de competência legislativa (MOTTA, 2003, p. 178). Por outro lado e admitindo o movimento de deslegalização do Direito, pode-se defender que os atos normativos das agências reguladoras não inovam totalmente a ordem jurídica porque as próprias leis disciplinadoras da regulação transferem alguns vetores de ordem técnica para a normatização por estas entidades especiais.

As leis instituidoras das agências reguladoras integram a categoria das leis-quadro ou *standartizadas*, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. As agências reguladoras possuem competência normativa calcada nos *standards*, palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas, também genericamente fixadas nas suas respectivas leis. As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores.

A regulação não consiste em conformar a atividade privada, mas a ditar regras e condições gerais do seu desenvolvimento. Por isso na relação entre lei e as normas das autoridades competentes, o legislador se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar valores a serem perseguidos pela autoridade. A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei e sua competência normativa teria nesta hipótese, de fato, força primária (ARAGÃO, 2005, p. 409).

A atividade regulatória, nos moldes como foi prevista na ordem jurídica brasileira, não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação de órgãos administrativos no exercício do poder normativo.

“De fato, não se acredita aqui que os novos contornos da descentralização administrativa estejam restritos à conotação de um poder normativo representado apenas pela fixação de normas regulamentares tradicionais [...], o que remeteria a questão do controle dessa mesma atividade para os domínios clássicos do controle judicial dos atos administrativos. A transferência operada para as agências reguladoras tem por objetivo das atividades decisórias e regulatórias que extrapolam os limites regulamentares tradicionais, até porque conformam a independência desses novos órgãos regulatórios” (TOJAL, 2002, p. 152).

A alternativa para legitimação das agências reguladoras perante o ordenamento jurídico brasileiro é delimitar a natureza jurídica desses órgãos, sem abrir mão do respaldo democrático que reclamam para realização das atividades que lhes incumbe. Mas tal natureza jurídica deve ser paralela ao regime jurídico das autarquias “comuns” que compõem a Administração indireta no direito brasileiro.

As competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais, atenuando a concentração de poderes na Administração central, alcançam, com melhor proveito a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos (ARAGÃO, 2005, p. 376).

As funções atribuídas às agências reguladoras já existiam, mas passam a ser acumuladas no interior das diferentes estruturas governamentais. A adoção do modelo em que se inserem as agências reguladoras amplia o instrumental de separação dos poderes para evitar sua concentração nociva em mãos de estruturas dotadas de uma pluralidade de competências (JUSTEN FILHO, 2002, p. 358). Porém a amplitude de sua competência deve ser orientada por um controle sob tais decisões técnicas já que estas podem implicar inovações que restrinjam a liberdade e a propriedade das pessoas sem que haja o devido processo legal.

As inovações de ordem técnica devem ser sujeitas a audiências públicas, regidas por um código de procedimento administrativo no âmbito das agências reguladoras e a *fundamentação* técnica apresentada deverá se adequar aos parâmetros da respectiva lei permissiva da regulação e deverá poder ser sujeita sempre à apreciação do Judiciário⁴³. Nunca a competência normativa das agências reguladoras pode ab-rogar, modificar, suspender e nem mesmo atenuar preceitos normativos, nem tampouco a lei criadora da agência pode pretender instituir competência regulamentar dessa ordem (MOREIRA, 2006, p. 187). Defende-se aqui o que se denomina procedimentalização das decisões normativas das agências reguladoras.

De certa forma e, reforçando a neutralidade e a independência apregoadas pelo princípio da tripartição dos poderes, transfere-se funções decisórias da tutela dos interesses públicos, do circuito político para autoridades capazes de, sempre com base em uma lei de conteúdo genérico, tomar decisões de caráter

⁴³ Nem mesmo a discricionariedade técnica constituiria um óbice ao controle jurisdicional da competência normativa das agências reguladoras sob o argumento de que o Judiciário não disporia do conhecimento necessário que possibilitasse o controle, detido com exclusividade pela Administração Pública que estaria em contato direto com a matéria. O juiz pode se valer da audição de peritos para produzir prova competente à análise de cada caso, não existindo decisão altamente técnica que não possa imparcialmente ser avaliada em juízo, nem uma perícia exclusiva e desconhecida dos demais cientistas e expertos (MOREIRA, 2006, p. 219).

técnico-jurídico (ARAGÃO, 2005, p. 376). A legitimidade da persecução desses interesses adviria do equilíbrio entre os influxos exercidos pelas três tradicionais funções do Estado sobre as agências reguladoras e deveria ser reforçada por meio de uma procedimentalização de suas decisões que fosse capaz de assegurar a informação e a participação dos interessados, habilitando-os a apresentar os seus pontos de vista e a influenciarem essas decisões (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 47).

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a única possibilidade de se transferir competência legislativa é a lei delegada (Art. 68, CF/88), delegação disciplinada diretamente numa Constituição, a qual determina o procedimento delegatório, seus limites e condições. Parte da doutrina admite as delegações inominadas, em que não haveria nomeação constitucional, mas somente de legislação infraconstitucional, atribuída diretamente ao Chefe de Governo. Mesmo admitindo-se a delegação inominada, ao atribuir-lhe configuração semelhante ao procedimento delegatório previsto no texto constitucional, a atividade regulamentar inominada ficaria adstrita ao fiel cumprimento da lei. Não é o caso da competência normativa das agências reguladoras.

Apesar da dicção do Art., 84, IV, CF/88⁴⁴, muitas vezes a lei confere poder regulamentar⁴⁵ a titular de órgão ou entidade da Administração distinta da Chefia do Poder Executivo para que tais órgãos, tecnicamente mais aparelhados, estatuem normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei quando se tratar de assuntos determinados. “A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio, *a contrario sensu*, excludente de outra fórmula que a discricionariedade do Legislativo entenda necessária ou conveniente” (TÁCITO apud ARAGÃO, 2006, p. 382).

Ainda admitindo os regulamentos inominados, ao conceber que as agências reguladoras integram a estrutura da Administração indireta, o que na realidade se tem diante de sua competência normativa é a execução pela

⁴⁴ Art. 84, IV, CF/88. “Compete privativamente ao Presidente da República: [...]; IV sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, *bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*; [...]”.

⁴⁵ Não cabe aqui a distinção entre função regulatória e função regulamentar, segundo a qual a primeira seria conferida, no Brasil, por lei, às agências reguladoras e a segunda seria, por força do Art. 84, IV, CF/88, privativa do Presidente da República. Na verdade, regulamentar significa complementar, especificar uma norma de hierarquia superior, suscetível de complementação e regular tem um sentido mais amplo: indica disciplinar, normatizar e não exige como objetivo a complementação de outra norma. Assim, toda atividade regulamentadora se caracteriza como reguladora, mas nem sempre a função reguladora tem por objetivo regulamentar. As agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora.

Administração Pública da lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhes quanto à matéria legislada, fixando apenas finalidades gerais. E, se o Congresso pode *regular* um assunto em detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, figura-se uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta. O regulamento, dado o seu papel de texto complementar da lei, envolve sempre a idéia de lacuna legislativa, o que equivale dizer que contém sempre certa medida de autoridade delegada (LEAL apud ARAGÃO, 2005, p. 412). Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e complementá-la, sobretudo nos aspectos que a própria lei outorga à esfera regulamentar. É neste sentido que as agências reguladoras possuem competências regulamentares amplas e dinâmicas, criadas por lei por ela limitadas, dirigidas à disciplina jurídica de setores econômicos onde há o forte exercício do poder econômico por parte dos respectivos agentes (MOREIRA, 2006, p. 187).

Trata-se de uma forma de delegação baseada no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional para não deixar vazio o conteúdo deste princípio, tanto no sentido da eficácia, quanto no sentido do controle constitucional. As alterações do modelo econômico capitalista não vêm desacompanhadas de exigências por parte dos administrados de resultados eficientes por parte da Administração, o que, no final do século XX, se deu na forma de crítica na forma de gestão pública e de propostas de reforma administrativa dos modelos organizacionais, procedimentos e aparato legal empregado pela Administração. No limiar do século XXI, exige-se da Administração a redução do aparelhamento administrativo, controle da despesa pública, transparência, eficiência e redução do número de órgãos. No Direito Administrativo, a principal consequência dessa série de transformações foi a transferência de atribuições públicas ao setor privado.

Baseada no princípio da eficiência, este tipo de delegação instrumental atenderia à *validação finalística* da norma que estabelece este princípio em sede constitucional com o fim de instrumentalizar o exercício da atividade administrativa submetida a uma avaliação de sua eficiência. Neste contexto, a solução para a interpretação do poder normativo das agências reguladoras consiste em analisar o poder regulamentar como uma forma de delegação inominada, com função de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-

quadro que contenham princípios e diretrizes gerais. Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, pois não implica abdicação pelo legislador de sua competência. O uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete (FERRAZ JR., 2006, p. 281-82)

A competência normativa das agências reguladoras não pode ser considerada uma atividade de regulamentação autônoma, em que os regulamentos são editados com base numa lei mesmo diretamente na Constituição Federal que se limita a indicar a autoridade competente para a respectiva emissão, bem como a matéria sobre a qual eles podem incidir (MOREIRA, 2006, p. 187), porque o regulamento autônomo não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro e os poderes que as agências reguladoras detêm são conferidos pela lei que as instituem.

3.4 A POSTURA REGULATÓRIA E A NOVA CONFIGURAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. O ATRELAMENTO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO À INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER

Até meados do século XVIII os Estados Modernos organizaram seus governos a partir da concepção contratualista ou tradicional em que se identificava uma esfera de soberania e o limite dos direitos dela decorrentes. Essa delimitação se reflete na primazia da autoridade pública sobre os particulares diante da existência de um poder enfeixado num núcleo razoavelmente organizado, politicamente centralizado e suficientemente dotado de efetividade, numa incontestabilidade e prazia do espaço do Estado (esfera pública) frente aos outros poderes sociais e demais interesses existentes na sociedade. A demarcação dos espaços público e privado surge da relação entre indivíduo e Estado e da possibilidade de separação do indivíduo do grupo social e do próprio Estado, definindo-se a área de atuação de cada qual.

A partir dessa dicotomia público/privado se define o que é finalidade ou *interesse público*. A definição é necessária para separar as tarefas do Estado das tarefas dos particulares. O interesse público é o interesse de cada indivíduo

enquanto partícipe da sociedade personificada juridicamente no Estado. Não é a somatória do interesse pessoal de cada um considerado individualmente, porém *não se desvincula* deste. Interesse público é um veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integrarão no futuro e pode ser relacionado ao conceito de vontade geral de Rousseau. Tal interesse, por um lado, fundamenta decisões políticas e traduz o caráter absoluto da soberania, moldando as prerrogativas da Administração e, por outro, estabelece limites para a atividade estatal. O interesse público se vincula a uma finalidade que impede que a ação do administrador seja conduzida no interesse deste ou daquele particular ou do próprio governante.

Neste sentido, a supremacia do interesse público, axioma reconhecível no moderno Direito Público (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 60), não revela somente soberania do Estado, mas a sua própria indisponibilidade. O detentor do poder político teria não apenas prerrogativas e meios decorrentes da autoridade, mas também uma obrigação de exercitá-los nos termos das finalidades a que estão adstritos. A Administração Pública não tem outro caminho senão perseguir o interesse público e não pode abrir mão de sua persecução para conseguir justificar a própria outorga de poder.

O caráter absoluto com que a soberania é comumente estabelecida conduz a localizar o poder político exclusivamente em sede do governo estatal. A soberania operaria como fonte dos poderes e das instituições em que o poder seria exercido na sociedade. O poder exercido pelo Estado gozaria da condição de supremacia diante da malha de relações de força que se estabelecem, fazendo com que os sujeitos que as exercessem dependesse necessariamente da instituição estatal no que toca a inafastabilidade com que se sujeitam às normas jurídicas emanadas de seu centro.

A supremacia do interesse público sobre o privado remete à idéia de que o primeiro se contrapõe ao segundo, razão pela qual o interesse público deverá prevalecer, superar, sobrepor os interesses dos particulares. Mas ainda indica que o interesse público se coloca como um ente uno, exclusivo, singular em cada situação concreta, rivalizando com os interesses privados, necessariamente plurais. Interesse público é um conceito que sempre deve ser precedido do artigo definido o porque haveria um e apenas um interesse que se pode reputar como público em cada

manifestação do poder político. E a este interesse se apoiariam vários interesses privados, atomizados pela coletividade.

No início do século XIX, os limites da atuação do poder político na consecução das finalidades coletivas/atingimento do interesse público passa a ser ditado pela norma jurídica, em nível constitucional ou infraconstitucional, ou seja, em última análise, sendo o povo o seu titular, caberia a seleção dos interesses públicos em um primeiro lugar ao legislador, seus representantes, e em segundo, conforme a margem de abertura deixada pela lei, aos órgãos de governo no exercício de sua função de direção política, respeitadas as margens de competência definidas constitucionalmente.

A estruturação da atividade administrativa pautada nesta concepção de interesse público e em sua supremacia seria relativamente simples quando o exercício da função administrativa decorresse direta e explicitamente da lei, pois os limites do exercício da autoridade estariam esculpidos em seu texto. Porém, a partir da década de cinquenta do século passado evidenciou-se a postura de um Estado que passou a direcionar suas atividades também para consecução de garantias materiais aos indivíduos considerados em suas particularidades e enquanto membros de uma estrutura social já bastante complexa.

Com isso ampliou-se a margem de indefinição do que sejam as finalidades coletivas ou o *interesse público* justificador do exercício do poder político. Uma gama variada de interesses de grupos heterogêneos foi sendo qualificada como interesses públicos e tutelados como tais pelo Direito Positivo, conduzindo-se a um esgarçamento do princípio da legalidade e, via de consequência, a um aumento da margem de discricionariedade outorgada ao aparato burocrático-administrativo no exercício das funções que lhe eram atribuídas.

Fica perceptível a flexibilização do conteúdo normativo do Direito por meio de “cláusulas abertas e indeterminadas”, cuja interpretação, que influencia de forma decisiva a interpretação do conteúdo do interesse público, passa ao encargo de um corpo profissional técnico que define unilateralmente onde residiria o interesse público justificador de uma manifestação concreta do poder político. A oposição entre interesses públicos e interesses privados se torna mais conflituosa, pois já não é mais nítido o limite entre essas duas searas. Os interesses de muitos sujeitos públicos se apresentam idênticos ou muito parecidos aos interesses dos sujeitos privados.

O legislador passou a imputar a entidades públicas o desempenho de atividades que implicam sua atuação como empreendedores privados. Este movimento é decisivo para a reconfiguração da intervenção do Estado no domínio econômico. Durante os séculos XVII e XVIII a clara delimitação do espaço econômico, ou seja, do espaço do mercado, possibilitou à Administração, tendo em vista que tinha claro o seu campo de atuação, organizar suas atividades em setores bem definidos e em aparatado do mercado. A maioria das tarefas desempenhadas pela Administração foi organizada sob a insígnia do serviço público, mas o ordenamento jurídico brasileiro continuou sendo influenciado pela dicotomia público/privado e manteve a divisão das atividades exercidas pela Administração em serviço público – as atividades econômicas em sentido amplo de interesse social, ou que persiga o *interesse público* – e atividade econômica em sentido estrito – atividades econômicas em sentido amplo que, segundo os requisitos do Art. 173, CF/88, CF, *podem* ser empreendidas pela Administração, mas sem se cogitar aqui o interesse público em realizá-lo.

Mas o texto constitucional brasileiro não fornece subsídios para identificação de parcelas da atividade econômica em sentido amplo que são elevadas à categoria de serviços públicos, nem mesmo quando enumera algumas atividades de competência da União no Art. 21, CF/88. O ordenamento jurídico brasileiro adota o conceito material de serviço público, já que não se percebe em seu sistema nem a taxação exaustiva das atividades assim classificadas nem um conceito legal que permita a interpretação legislativa desta noção.

“A noção de serviço público aparece no campo do Direito Administrativo, sem que preexista uma definição legal que a tipifique e sem que se estabeleçam seus caracteres de uma maneira precisa. Por obra da jurisprudência e doutrina francesa se foi perfilando uma instituição, com regime jurídico peculiar de Direito Público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta” (CASSAGNE apud GROTTI, 2002, p. 41).

A doutrina Administrativa da Escola do Serviço Público (Léon Duguit) construiu o conceito material de serviço público, identificando-o às atividades cuja prestação é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, ou em outros termos, que seja essencial à sociedade. Nesta esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 620) entende que serviço público

“é a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes sob um regime de Direito Público”.

O conceito material de serviço público remete à noção de interesse público que, por sua vez, está atrelada à noção rousseauiana de vontade geral. O serviço público teria que satisfazer uma necessidade sentida coletivamente sem que cada cidadão tenha que a atender pessoalmente.

As atividades que se enquadram neste perfil devem ser executadas diretamente pela Administração ou por particular que lhe faça às vezes, mediante contrato de concessão ou ato de permissão. Atividades que não se enquadram neste perfil são classificadas como atividades econômicas em sentido estrito e, nas hipóteses em que o exercício da atividade é vedada por lei ao particular por motivos concernentes à tutela do bem comum, reclamam mera autorização para serem realizadas pelos agentes privados. É o caso dos serviços concernente à saúde, à educação. Serviço público e atividade econômica em sentido estrito são espécies de atividade econômica em sentido amplo, sendo que o primeiro é orientado ao atendimento de certas necessidades fundamentais da coletividade e por isso se submete ao regime jurídico de direito público e a segunda se relaciona com a produção, circulação e prestação de bens econômicos a partir da livre organização dos fatores de produção e da apropriação privada dos resultados, se submetendo, *a priori* ao regime de direito privado.

Adotando-se o conceito material de serviço público, sua noção constitui um conceito jurídico aberto que cumpre ser preenchido com dados da realidade. Um dos principais critérios para definir quais atividades podem ser classificadas como serviço público é opô-las à caracterização das atividades econômicas em sentido estrito que remeteriam às matérias que são objeto de especulação lucrativa. Mas adotar um critério determinado é caminhar para um conceito, que não é o que pretende o texto constitucional. Também não cabe classificar certa atividade como serviço público de acordo com sua sujeição ou não ao regime de Direito Público. Determinada atividade é sujeita ao regime de Direito Público porque é serviço público; não o inverso, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.

Além disso, a alusão do Art. 173, CF/88 a atividades econômicas que não podem ser serviço público e que, portanto, são atividades econômicas em sentido estrito, evidencia a impossibilidade de o legislador, qualificar discricionariamente, qualquer parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público (GRAU, 2008, p. 135). É a própria Constituição que, em cada momento histórico, conforma a prestação de determinada atividade pelo Estado para *realização da interdependência social* e são as próprias forças sociais que determinarão se certa atividade deve ser tida como um serviço público ou como uma atividade econômica em sentido estrito. Após a Crise Financeira de 1929 até a década de setenta do século passado, para instrumentalizar a atuação veemente no campo social, concebeu-se um Estado de Bem-Estar Social eminentemente prestador de serviços públicos. No final do século XX este Estado é criticado, sobretudo, pela sua ineficiência e pelo custo de sua Administração, passando a se abster da realização da maioria dessas atividades, em menor grau pela via da delegação da prestação a particulares (concessões, permissões) e em maior grau pela via da descaracterização de tais atividades como serviços públicos ou mesmo descaracterização da própria noção de serviço público.

Durante a primeira fase do movimento de “desintervenção” do Estado no domínio econômico, vislumbrou-se um movimento de delegação de atividades que vinham sendo desenvolvidas pelo ente público para a execução por particulares por meio dos institutos da concessão, permissão e autorização para redução das atividades prestacionais do Estado, sem, contudo, retirar sua titularidade. “A constatação de que o Estado não tem recursos para os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos” (BARROSO, 2002, p. 116.). Houve também um movimento de reprivatização, isto é, a devolução de atividades desempenhadas pelo Estado, mas próprias da iniciativa privada, que não atendiam ao disposto nos Arts. 170, 173 e 175, CF/88. Já no final do século XX, os Estados desvinculam-se das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumirem a elaboração e execução da política fiscalizatória e regulatória de todos os setores da economia em que as empresas assumem o papel de concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.

A União Européia é emblemática na caracterização desse processo diante política econômica de integração⁴⁶. A modificação da Administração prestacional por uma de controle e garantia levou à necessária privatização dos serviços públicos não apenas no que se refere à sua prestação (concessões, permissões) ou à transformação jurídica das organizações da Administração Pública (transformação de uma pessoa jurídica de direito público em pessoa jurídica de direito privado), mas conduziu a uma transformação da atividade em si, uma *privatização material* que transfere a *titularidade* de certas tarefas, mesmo de setores tidos como básicos ou de monopólios de setores estratégicos, do Estado para o mercado (BOURGES, 2007, p. 134).

Essas atividades passam a se submeter ao regime concorrencial, requerendo apenas autorizações do Poder Público para serem exercidas por particulares e ficando sujeita apenas à fiscalização do Estado e, nos casos dos tradicionais serviços públicos privatizados, também se submetem à regulação *em sentido estrito*, em que não se tem um regime de atividade totalmente privado, mas a *sujeição* da atividade a *algumas obrigações típicas de prestadores de serviços públicos*, como igualdade de condições de acesso, preços acessíveis, continuidade de prestação. Note-se que a regulação em sentido estrito já não se restringe às atividades que eram monopolizadas e que foram privatizadas em sentido tradicional ou às atividades econômicas em sentido estrito transferidas à execução do particular por permissão, mas que requerem especial atenção do Poder Público. Neste momento a regulação atinge atividades que, anteriormente eram submetidas ao rígido regime dos contratos de concessão.

A União Européia substitui noção de serviço público por novas categorias por considerar o serviço público como função administrativa, vinculando a atividade a conceito de prestação, de titularidade e responsabilidade da Administração. Propõe, então, as noções de

(a) *serviço de interesse geral*: as atividades de serviços e atividades comerciais sujeitas a obrigações especiais e particulares de serviço público por representarem um interesse geral para as comunidades;

⁴⁶ A eleição do princípio da livre concorrência, com os corolários da liberdade de empresa, liberdade de circulação de capitais, liberdade de prestação de serviços, etc., como pilar de estruturação da construção do mercado comum e da integração, impôs a necessidade de colocar à disposição do mercado atividades e serviços até então nas mãos do Estado.

(b) *serviço de interesse econômico geral*: atividades prestadas mediante pagamento, mas submetidas a obrigações de serviço público;

(c) *serviço universal*: atividades para satisfação de necessidades mínimas dos indivíduos que devem ser proporcionadas a todos os potenciais usuários em termos de qualidade, localização geográfica e preço pago, como os serviços prestados pelos Correios e os serviços de telecomunicações;

(d) *obrigações de serviço público*: limites à liberdade de empresa cuja imposição é exigida por razões de interesse público, como no caso dos transportes aéreos e da energia elétrica.

Estas novas categorias do direito comunitário traduzem a ruptura entre a noção de interesse público e a Escola do Serviço Público, mas comprometem-se com algumas características do modelo intervencionista. A essência da mudança consiste em passar de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigação de fornecimento, preços administrativamente fixados, caráter temporário (reversão), regulação total da atividade, para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa com determinados encargos de “serviço universal”, mas com liberdade de preços e modalidades de prestação, com liberdade de investimento e amortização e, em definitivo, no regime de concorrência aberta, sem reserva de titularidade a favor do Estado. Também não há a qualificação como serviço público de uma atividade ou setor em seu conjunto, mas apenas de algumas tarefas, missões, atuações concretas de forma a definir, em cada setor, qual o “serviço universal” que deve ser garantido (ORTIZ apud GROTTI, 2003. p. 62).

A transfiguração do regime jurídico dos serviços públicos em regime dos serviços de interesse econômico geral – frise-se, ainda em construção - não significa, para o novo formato de regulação da economia, apenas transferência de titularidade da atividade prestada do ente público para o particular e a necessidade de uma entidade reguladora dotada de autoridade e independência para garantir o regular exercício dessas atividades. É preciso salientar que a regulação dessas atividades também cumpre o papel de, dada a atual integração do sistema econômico mundial, valorizar sua especial sensibilidade à confiança dos operadores utentes, como os financeiros e os de seguro, exigindo, necessariamente, a proteção

dos interesses gerais da comunidade pela via de uma regulação em sentido estrito, cada vez mais intensa e especializada (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 13).

Para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados europeus essa transmutação significa a descaracterização do serviço público tradicional, privilegiando o critério material em detrimento dos critérios formal ou legal e orgânico, que leva em conta a titularidade da Administração. No período do Estado Liberal era válida a combinação dos três elementos para definir o serviço público. Com a ampliação das formas e intensidade de intervenção estatal, principalmente em determinadas atividades comerciais e industriais tradicionalmente reservadas à iniciativa privada, detectou-se a inadequação da organização da Administração para a realização desse tipo de atividade. Por consequência, a gestão desses serviços foi sendo transmitida a particulares por meio das concessões e por meio da criação de pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas para esse fim, sob o regime jurídico predominantemente privado (GROTTI, 2002, p. 42).

Fernanda Schuhli Bourges (2007, p. 152) considera que a Constituição brasileira consagrou os elementos material, formal e orgânico, ainda que de modo indireto, na configuração dos serviços públicos. O critério material poderia ser vislumbrado no Art. 21, CF/88, com a enumeração de competências privativas da União e o critério orgânico, no Art. 175, CF/88 que determina a titularidade e responsabilidade do Estado pelos serviços públicos com possibilidade de prestação indireta mediante concessão e permissão, isto é, *sem transferência de titularidade*.

Na realidade, uma noção de serviço público parece inútil, pois estaria atrelada a um modelo econômico de exploração da atividade econômica por parte do Estado que está sendo abandonado em todo mundo. Além disso, essas atividades, agora desempenhadas em regime de competição, sofrem regulação intensa pelo Estado, porque, se deixadas apenas para a regulação do mercado, não atingiriam suas finalidades (BOURGES, 2007, p. 139). E cada uma dessas atividades é imersa em um regime jurídico com peculiaridades muito próprias de forma que, cada qual se explique por si mesma de acordo com seu regime concreto. Em relação a essas atividades, a regulação objetiva precipuamente o acesso de todos os cidadãos a elas. Em razão de uma aproximação de regimes numa conjugação de competição e regulação, não se discute mais o caráter público ou

privado de certo serviço, mas como ele é regulado pelo Estado em cada aspecto, que tipo de regulação é estabelecido.

Em razão do texto constitucional vigente, no Brasil, os reflexos da reforma administrativa para os serviços públicos são diversos. O Direito francês adotou o sistema de jurisdição administrativa e por isso os novos modelos de prestação de atividades pelo Estado ou pelo particular nem sempre são instituídos e disciplinados por lei, mas surgem da prática administrativa e se institucionalizam por meio do aval dos órgãos do contencioso administrativo. O Direito brasileiro que se inspirou no direito continental europeu também incorporou muitas de suas doutrinas e princípios, positivando-os, porém, nos textos legais; sua base não é jurisprudencial, ao contrário, essencialmente constitucional (DI PIETRO, 1999, p. 66)

A atribuição dos serviços públicos diretamente ao Estado com exclusividade é a diferença marcante entre a realidade europeia e a realidade brasileira. A partir daí, as atividades econômicas em sentido amplo podem: constituir monopólio público, se submeter à concorrência entre a prestação pública e privada, se submeter à concorrência privada, constituir monopólio privado. Apesar dessa peculiaridade, a tendência de transformações na noção de serviço público não deixa de afetar o direito administrativo brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro passa a admitir a exploração de serviços em regime privado por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões⁴⁷; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do Direito Concorrencial e a interferência de órgãos incumbidos de protegê-la, os órgãos reguladores (GROTTI, 2002, p. 45). Além disso, a pertinência da distinção entre regulação e prestação para o ordenamento jurídico brasileiro, inviabiliza tratamento jurídico comum a todos os serviços a as generalizações, como a submissão a mecanismo de competição (BOURGES, 2007, p. 147). Essa constatação não deixa de demonstrar um fortalecimento entre iniciativa privada e serviço público.

Por outro lado, a concepção francesa de serviço público ainda é muito marcante no direito administrativo brasileiro, fazendo com que a compatibilização das novas tendências de livre concorrência com os preceitos constitucionais brasileiros seja difícil, pois a Constituição impede a adoção de um

⁴⁷ O próprio Art. 21, CF/88 elenca entre típicos serviços públicos, atividades outras que podem ser exercidas por particulares mediante permissão.

serviço público sem vínculo orgânico com o Estado. Dessa maneira, enquanto não se revogar a lei que estabelece a titularidade da Administração em relação ao exercício do serviço, este apenas poderá ser prestado pelo particular por meio de concessão ou permissão. Esta é a única interpretação que pode ser dada a partir do Art. 175, CF/88⁴⁸.

⁴⁸ Art. 175, CF/88. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

CONCLUSÕES

Ao final das precedentes reflexões, pode-se apontar, em síntese conclusiva:

1. Diante das relações de poder que se estabelecem em sociedade, mesmo atualmente se estando diante de organizações políticas complexas, relações de poder são exercidas ao mesmo tempo em que as resistências se estabelecem, não se localizando em uma única estância, como por exemplo, no Estado.
2. O poder não precisa se verter necessariamente sob o viés político. As relações de poder se manifestam a todo instante e todos os locais, não dependendo necessariamente do Estado e o poder político se exerce também pela intermediação de certo número de instituições que podem ou não estar ligadas ao Estado.
3. A orientação jusnaturalista de que a formação do Estado resulta do medo que impera em estado de natureza em que os indivíduos se colocam em condições de igualdade propõe um cenário em que não há um enfrentamento direto de forças, tornando o fato da guerra indiferente à constituição da soberania. Foucault critica esta posição, argumentando que as relações de força pressupõem um efetivo e constante embate de forças em sede das instituições, políticas ou não, não devendo a sua existência à guerra, mas estabelecendo-se perpetuamente nas situações de guerra, paz ou luta política.
4. A teoria contratualista delega ao contrato a função de instituir um poder soberano a um terceiro acima dos contraentes a partir da multiplicidade dos indivíduos que, reunidos, decidem em favor de uma única vontade. A microfísica do poder empreendida por Foucault não analisa o poder no nível da decisão, mas estuda o poder no ponto em que ele está em relação direta com seu campo de aplicação em que se implanta e produz seus efeitos reais.
5. A supremacia da soberania enquanto poder exercido pelo Estado informa os modelos jurídicos tradicionais que concebem, racionalmente, ordenamentos jurídicos específicos como manifestações concretas do poder, uma espécie

de direito do qual se seria possuidor como de um bem, e que se poderia, em conseqüência, transferir ou alienar, mediante um ato jurídico fundador do Direito que seria da ordem da cessão ou do contrato. Isso conota somente o significado negativo do Estado, uma espécie de grande sujeito absoluto que articula a interdição que, para ser aceita, supõem a renúncia de direitos naturais e o contrato em si.

6. O poder estaria disseminado por todas as partes do mundo social, numa trama complexa e heterogênea de relações não só caracterizadas pela dominação, mas por relações em que as resistências tomam lugar com vistas à defesa da liberdade. O poder não pode ser encarado como negação da liberdade porque não se concentra em sujeitos ou instituições que submetem, de forma absoluta, outras pessoas; e a sociedade não pode ser destituída de poder, nem o poder está concentrado nas mãos de um governo. Muito mais que incidir sobre uma instituição, uma classe ou um grupo, as resistências ao poder afetam formas particulares de poder, que têm o seu exercício voltado para a vida cotidiana dos indivíduos
7. A elaboração teórica do modelo de soberania que se desenvolve a partir do início do século XIX com base na concepção de soberania popular como expressão do poder político incontestável, inalienável e indivisível e a concepção de um estado civil em que o homem abandonou a liberdade natural para receber a liberdade civil que consiste na dependência da vontade coletiva, ou seja, a autonomia, informam as doutrinas sobre a personalidade jurídica do Estado como centro de imputação de deveres e obrigações jurídicas, sujeito titular da soberania. Segundo Foucault, o Estado é um corpo atravessado por múltiplos conflitos, revelando diversas relações de poder, mas não figurando como fonte de poder.
8. O significado da idéia de filosofia que tem servido de paradigma ao Direito Internacional moderno conduziu à antinomia de, significando o poder exercido pelo Estado de forma incontestável, é contrariada pelos instrumentos normativos internacionais que produzem obrigações e vinculações a cada Estado em seu plano interno de atuação, que deveria ser inerte a qualquer interferência. Aceita-se a existência de uma vida internacional dos Estados baseada na coordenação e em obrigações recíproca entre os mesmos, mas

não a existência de um corpo normativo unitário em nível internacional para efetivamente dar unidade à regulação dessas relações internacionais.

9. Os processos de globalização que se desenvolvem na atualidade estabelecem uma nova forma de relacionamento entre política e economia de forma que o exercício da soberania pelo Estado não pode mais ser explicado de acordo com os padrões da teoria jurídica clássica. Conseqüentemente, os mecanismos de produção, interpretação e aplicação do Direito deve, ser reestruturados.
10. A reprodução do capital em escala internacional e em termos financeiros modifica as formas de reprodução do capital em âmbito nacional, obrigando o Estado a alterar suas formas de intervenção no domínio econômico nacional. O aprofundamento e a intensidade das interações globais delineiam um poder econômico que evidencia a desigualdade das relações de poder em todas suas manifestações.
11. A postura intervencionista do Estado adotada a partir da segunda metade do século passado revela que a dominação veiculada pelas regras de direito não estabelecem apenas relações de soberania, mas múltiplas formas de dominação que podem ser exercidas no interior da sociedade nas relações recíprocas entre os indivíduos. A normalização empreendida por um Estado social é expressão típica do biopoder, o poder sobre a vida que se dirige à multiplicidade dos homens não enquanto portadores de corpos individualizados, mas como massa global, ou seja, à população enquanto problema político e de gerenciamento estatal.
12. A noção de governamentalidade de Foucault enquanto estabelecimento do domínio das práticas concretas do governo dos homens, seus objetos, suas regras e seus objetivos, isto é, o estudo da racionalização da prática governamental no exercício da soberania política, propõe a instauração, em meados do século XVIII, do razão de estado liberal. Segundo essa racionalidade, a economia assume o papel de produzir a soberania política a partir do jogo institucional que deveria fazer o Estado funcionar e a liberdade de mercado aparece como princípio organizador e regulador do próprio Estado.

13. Por razões de verdade, portanto, por razões racionais, a região do mercado deve estar livre do exercício do poder político e é o direito que vai instrumentalizar aos governos esse respeito à verdade em termos de lei a se respeitar. Nos últimos vinte e cinco anos, criticado por sua morosidade, burocracia e desperdício de recursos, o Estado se obriga a redefinir seu modelo de ação diante da sociedade. De um âmbito internacional globalizado seguem orientações de cunha neoliberal que preceitua uma intensa atividade regulatória do Estado para diminuir o grau de intervenção estatal na economia, criando-se normas para se estabelecer um novo modelo de regulação social.
14. Diante das transformações operadas pelos processos de globalização no plano internacional, ao direito para caber subsidiar ao Estado o papel de autoridade local de um sistema global, fornecendo a este último infra-estrutura para a livre alocação dos fatores de produção que, em última instância, garante a ordem e a previsibilidade das condutas. A incomunicabilidade entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados cede lugar à multiplicação das fontes do direito e das formas de autoridade e à difusão autônoma do poder político entre governos nacionais, organismos multilaterais e transnacionais e instituições financeiras e internacionais.
15. Estes agentes transcendem a figura do indivíduo como única unidade relevante de ação e contribuem para a construção de formas discrepantes de sociabilidade porque não são capazes de estabelecer um consenso em torno de determinados valores mínimos para a ordenação de uma sociedade, dada a ausência de uma instituição aglutinadora em nível global.
16. A forma de controle disciplinar retratada por Foucault é refletida em tais processos decisórios e em instrumentos normativos cuja dinâmica não é compreendida pela tradicional teoria do direito, incidindo primeiro sobre os corpos e sobre o que eles fazem e extraindo deles tempo e trabalho, mais do que bens e riquezas. Esse tipo de poder não pressupõe a existência física de um soberano, mas uma trama de coerções materiais permanentes de vigilância.
17. Os efeitos dos processos da globalização alteraram profundamente as relações econômicas e a relação entre economia e política em uma época em

que as dificuldades do sistema capitalista apontaram para uma receita neoliberal, rubrica da razão de estado liberal, enquanto racionalidade utilizada na prática governamental contemporânea. Esta racionalidade pretende investigar como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado, sob o signo de uma vigilância e de uma intervenção permanente. Os paradigmas dessa racionalidade apresentados pela Constituição Federal de 1988 são o planejamento econômico, o poder normativo das agências reguladoras e a nova configuração dos serviços públicos.

18. A redefinição da intervenção do Estado sobre o domínio econômico reclama a redefinição da atividade planejadora do Estado. A concepção tradicional de planejamento econômico estatal também é criticada por não ser apta a proporcionar ao Estado um bom nível de conhecimento da realidade econômica sobre a qual se age e de conhecer as próprias necessidades dos usuários das atividades e agentes de mercado e os setores sociais, bem como incluí-los no processo econômico.
19. Não poderá haver intervenções legais do Estado na ordem econômica a não ser que estas adquiram forma da introdução de princípios formais, compondo uma legislação econômica formal que não é um *plano*. O Estado poderá formular certo número de medidas de caráter geral, mas que nunca deverão se propor a um fim particular. A lei não deve estar inscrita em uma opção econômica global, mas definir limites dentro dos quais cada agente econômico poderá decidir suas atividades com total liberdade.
20. O Estado tem se utilizado da criação das agências reguladoras ou autoridades reguladoras independentes como uma das maneiras de fazer frente a sua nova postura diante da economia. Diante do processo de privatização e da disciplina das concessões no Brasil, as agências reguladoras figuram como novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico, contribuindo para a substituição do modelo de gestão com base em controles formais, como a legalidade e a motivação fundamentada, e na intervenção direta pelo modelo gerencial que se baseia na avaliação da eficiência e intervenção condicionante desta.

21. As agências reguladoras refletem a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica em sede de competência normativa abstrata ou concreta. Esta competência normativa não pode ser considerada uma atividade de regulamentação autônoma porque o regulamento autônomo não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro e os poderes que as agências reguladoras detém são conferidos pela lei que as instituem.
22. Durante a primeira fase do movimento de “desintervenção” do Estado no domínio econômico, vislumbrou-se um movimento de delegação de atividades que vinham sendo desenvolvidas pelo ente público para a execução por particulares e um movimento de reprivatização, isto é, a devolução de atividades desempenhadas pelo Estado, mas próprias da iniciativa privada. Já no final do século XX, os Estados desvinculam-se das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumirem a elaboração e execução da política fiscalizatória e regulatória de todos os setores da economia em que as empresas assumem o papel de concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.
23. A transfiguração do regime jurídico dos serviços públicos em regime, ainda em construção, dos serviços de interesse econômico geral não significa, para o novo formato de regulação da economia, apenas transferência de titularidade da atividade prestada do ente público para o particular e a necessidade de uma entidade reguladora dotada de autoridade e independência para garantir o regular exercício dessas atividades, mas a própria descaracterização do serviço público tradicional para privilegiar o critério material em detrimento dos critérios formal ou legal e orgânico. O texto atual da Constituição Federal de 1988 tem dificuldades para lidar com essas transformações.

REFERÊNCIAS

ABRAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. trad. Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADORNO, Sérgio. O Direito na Política Moderna. *Cult Revista Brasileira de Cultura*. São Paulo, junho/2004, ano VI, nº. 81, p. 57-60.

ANDERSON, Perry. “Balanço do Neoliberalismo”. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-Neoliberalismo*. trad. Luis Fernandes; Emir Sader. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. *Linhagens do Governo Absolutista*. Porto: Afrontamentos, 1984.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. trad. Patrice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as Agências Reguladoras”. In MORAES, Alexandre de (org.) *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BELLA, Gianluca Maria. O “Direito” no Espaço Jurídico Globalizado. Perfis de Direito Administrativo Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 44, n. 174. abr/jun, 2007. p. 165-173.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIROLI, Flávia. “História, discurso e poder em Michel Foucault”. In: RAGO, Margareth; VIEGA-NETO, Alfredo. *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade, 1984.

_____. *Doutrina do Direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 3. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BOURGES, Fernanda Schuhli. “Transformações nos Serviços Públicos e a Prestação por Particulares”. In: BACELLAR FILHO, Romeu; BALNCHET, Luiz Alberto. *Serviços Públicos*. Estudos Dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 129-165.

BRANCO, Guilherme Castelo. Foucault em Três Tempo. A subjetividade na arqueologia do saber. *Mente & Cérebro* (Coleção Mente Cérebro & Filosofia). São Paulo, edição nº. 6, 2008. p.7-13.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Teoria do Direito e Globalização Econômica”. In SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 77-92.

CASSIRER, Ernst. *A questão Jean-Jacques Rousseau*. trad. Erlon José Paschoal. São Paulo: Editora UNESP, 1999

CAVALLAR, George. “A Sistemática da Parte Jusfilosófica do Projeto Kantiano À Paz Perpétua”. trad. Peter Naumann. In: ROHDEN, Valério (org.) *Kant e a Instituição da Paz*. Porto Alegre : Editora Universidade/UFRGS, 1997.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER, Evelyne (org.) *Dicionário de Obras Políticas*. trad. Glória de C. Lima; Manoel Ferreira Paulino. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias*. trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

COSTA, José Augusto Fontoura. "Globalização e Fim do Estado". In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (orgs.). *Globalização e Soberania*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 33-60.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1996.

DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos*. As Ações do Estado na Produção Econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault e seus Contemporâneos*. trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

EWALD, François. "Foucault, Michel (1926-1984); Vigiar e punir, 1975." In: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER, Evelyne (org.) *Dicionário de Obras Políticas*. trad. Glória de C. Lima; Manoel Ferreira Paulino. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. trad. Carlo Caccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Fundamentos e Limites Constitucionais da Intervenção do Estado no Domínio Econômico. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 47/48: 261-271, jul/dez. 1978.

_____. “O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*. São Paulo: Educ, 1995.

_____. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. “Para pensar o público e o privado. Foucault e o tema das artes de governar”. In: RAGO, Margareth; VIEGA-NETO, Alfredo. *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

FORTES, Luís Roberto Salinas. *Rousseau: da teoria à prática*. São Paulo: Ática, 1976.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. *Em Defesa da Sociedade: curso dado no Collège de France (1975-1976)*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Estratégia, poder-saber*. org. Manoel Barros da Motta; trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro (Coleção Ditos & Escritos IV). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Microfísica do Poder*. trad. e org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Segurança, Território, População*: curso dado no Collège de France. (1977-1978). trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. trad. Raquel Ramallete. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. trad. Carlo Caccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação". In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. Ensaios Políticos. trad. Márcio Siligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2004.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. A economia internacional e as possibilidades de governabilidade. trad. Wanda Caldeira Brant. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.

HOWARD, Caygill. *Dicionário Kant*. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2000.

HUIMAN, Demis (org). *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo Martins Fontes, 2001.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone. 1993.

_____. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. trad. Rodrigo Naves; Rircardo R. Terra. São Paulo: Brasiliense, 1986.

LASSET, Peter. "A Teoria Social e Política dos 'Dois Tratados sobre o Governo'". In: LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 135-77.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Roberto. Introdução à obra. In FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. VII a XXIII.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. trad. Roberto Leal Ferreira; Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORAES, Alexandre de. "Agências Reguladoras". In MORAES, Alexandre de (org.) *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. "Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras". In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora; Faculdades de Direito de Coimbra, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri-SP: Manole, 2003.

MÜLLER, Frederich. “O Futuro do Estado-Nação e A Nossa Luta contra a Turboglobalização”. trad. Peter Naumann. In: PETERSEN, Nicolai; SOUZA, Draiton Gonzaga. *Globalização e Justiça*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAVÃO, Aguinaldo. *Considerações sobre o Capítulo XIII do Leviatã de Hobbes*. Crítica, Londrina, v. 5, n. 20, p. 389-415, jul/set. 2000.

POUSADELA, Inês M. “O Contratualismo Hobbesiano [ou de como para entender do direito é necessário pensar do avesso]” In BORON, Atílio A. (org.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. São Paulo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. Foucault, Político. *Cult Revista Brasileira de Cultura*. São Paulo, junho/2004, ano VI, nº. 81, p. 44-46.

_____. “Thomas Hobbes, ou: A Paz contra o Clero”. In BORON, Atílio A. (org.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. São Paulo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006.

ROHDEN, Valério. “O Problema da Paz na Política Contemporânea e o Significado do Projeto Kantiano”. In: ROHDEN, Valério (org.). *Kant e a Instituição da Paz*. Porto Alegre : Editora Universidade/UFRGS, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jeacques. *Do contrato social*. trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1973.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Regulação e Desenvolvimento”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura Souza. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico*. Estado e Normalização da Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

TERRA, Ricardo. *Kant & o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

TESHAINER, Marcus. *Psicanálise e Biopolítica*. Contribuição para a ética e a política em Michel Foucault. Porto Alegre: Zouk, 2006.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. “Controle Judicial das Atividades Normativas das Agências Reguladoras”. In MORAES, Alexandre de (org.) *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

VÁRNAGY, Tomás. “O Pensamento Político de John Locke e o Surgimento do Liberalismo”. In: BORON, Atílio A. (org) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006.

VERGOPOULOS, Kostas. *Globalização: fim de um ciclo*. Ensaio sobre a instabilidade internacional. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

VILANOVA, Lourival. “Proteção Jurisdicional dos Direitos numa Sociedade em Desenvolvimento”. In – *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 2 São Paulo: IBET, 2003. p. 463-498.