

A PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO E A DEMOCRACIA LIBERAL

THE PRIVATIZATION OF LAW AND THE LIBERAL DEMOCRACY

Oswaldo Akamine Jr.¹

RESUMO

Este trabalho visa examinar o impacto das transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas que são observáveis nos países centrais do capitalismo a partir do terço final do século XX. Nesse sentido, a tentativa é relacionar o fenômeno da privatização do direito com a própria lógica da organização política democrática, a partir do trabalho de autores como Alain Supiot, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter e Christian Laval e Pierre Dardot.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia liberal – privatização do direito – governança pelos números – neoliberalismo

ABSTRACT

This paper aims to examine the social, political, economic, and legal transformations impact that are observable in the central countries of capitalism in the late twentieth century. The attempt is to relate the phenomenon of the privatization of law to the very logic of democratic political organization, based on the work of authors such as Alain Supiot, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter and Christian Laval and Pierre Dardot.

KEYWORDS

Liberal democracy – privatization of law – governance by numbers – neoliberalism

¹ Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor da FACAMP – Faculdades de Campinas.
E-mail: oswaldo.akamine@facamp.com.br.

INTRODUÇÃO

Em seu *O espírito de Filadélfia*, Alian Supiot escreve que “a constituição de um espaço financeiro técnico e econômico que ignora as fronteiras nacionais anda junto com a utopia de um mundo plano², povoado por indivíduos titulares dos mesmos direitos e sem outras obrigações além das quais lhe são convenientes” (2014: 41). Esta utopia, sugere, expressaria “um programa de desconstrução do Direito, no sentido pós-moderno” (2014: 42), ancorada na aversão do indivíduo à heteronomia. Para Supiot, um tal movimento performaria “um pêndulo filosófico da desqualificação da justiça social pelos ultraliberais” (*idem*), cuja finalidade seria a de disseminar a ideia de que apenas dois tipos de normas jurídicas seriam admissíveis: “as que teriam uma base científica e aquelas às quais ele [o indivíduo] adere livremente” (2014: 43).

Nessa breve anamnese, está expressada a hipótese geral deste trabalho – a saber, a de que o surgimento de um mercado global impacta decisivamente a ordem jurídica tradicional. A partir da análise de Supiot, pode-se entender um tal impacto como um movimento de “privatização do direito”, situação em que o Estado é sistematicamente desafiado em sua capacidade primordial de interferir nas relações estabelecidas entre os particulares. Por outro lado, no cenário pós-guerra, a democracia liberal acabou consagrada como a forma específica de organização política de boa parte dos países³ e a defesa de

² Supiot faz referência ao livro de Thomas Friedman, *The world is flat: a brief history of the 21th century*. Examinando a formação das cadeias globais de produção, Friedman narra como chegou à proposição “o mundo é plano”: “Here I was in Bangalore [Índia] – more than five hundred years after Columbus sailed over the horizon (...) and returned safely to prove definitively that the world was round – and one of India’s smartest engineers (...) was essentially telling me that the world was flat – as flat as that screen on which he can host a meeting of his whole global supply chain (...) The global competitive playing field was being leveled. The world was being flattened” (2007: 7-8).

³ Tomando de empréstimo a lógica do argumento sugerido por Karl Polanyi em *A grande transformação* (2013) para tratar da dinâmica que levou ao surgimento de governos autoritários nos anos 1930, talvez seja possível sustentar que a expansão do comércio internacional, no âmbito da Guerra Fria, também determinou pari passu uma pressão exercida pelos países centrais do capitalismo sobre os demais para que estes assumissem a democracia liberal como forma específica de organização política. Contudo, é importante notar que o processo histórico que levou a tal situação não foi pacífico e nem ordenado. Houve momentos, sim, em que a pressão se deu na direção contrária – por exemplo, a partir do golpe de Estado ocorrido no Brasil em 1964, os EUA influíram decisivamente em situações similares na América Latina até os anos 1980 –, mas, especialmente após o fim da URSS, políticas neoliberais foram implementadas em toda parte, legitimando-se a partir das escolhas expressadas nas urnas.

valores modernos, como a igualdade, a legalidade e a liberdade, e o patrocínio de ações orientadas a partir de uma ideia de justiça social também se transformaram em tarefas fundamentais do Estado. Daí, pois, a hipótese específica deste pequeno ensaio: as profundas mudanças que se nota nos diversos ordenamentos jurídicos acabam por inicialmente dificultar, e, no limite, comprometer, a possibilidade de manutenção de políticas públicas que colimem a justiça social e, com isso, colocam em risco os alicerces da própria democracia liberal (a igualdade, a legalidade e a liberdade). Ou seja, paradoxalmente, a democracia se volta contra a própria democracia.

Haveria, pois, uma contradição *real* em operação neste movimento? Para examinar adequadamente a questão, é importante pensar os fundamentos da democracia liberal. Assim, antes de mais nada, aqui vão os marcos conceituais: por “democracia”, entende-se uma forma de organização política que garante, primordialmente, os direitos de debater publicamente ideias de interesse geral e de associar-se com pares para a difusão e defesa das mesmas, tendo em vista que a participação popular na construção da vontade do Estado se dá primordialmente por meio da eleição de representantes especificamente designados para a implementação dos projetos que contem com apoio majoritário; o adjetivo “liberal” indica que todos os procedimentos democráticos têm por pressupostos e finalidade os direitos individuais (grosso modo, a liberdade, a igualdade e a propriedade), estabelecendo, assim, seu critério de validade jurídica. Esse arranjo foi configurado a partir do processo de lutas sociais que marcaram as revoluções burguesas e se, como crê Bobbio, seja “(...) a *isogonía* o fundamento da democracia moderna” (2000b: 378), a história da organização dos Estados modernos é também uma história da cidadania – aqui entendida, sobretudo, como a constituição de uma universalidade de sujeitos de direito, indivíduos morais, aos quais se atribuem faculdades e deveres.

I. ECONOMIA E DEMOCRACIA: “O VELHO PROBLEMA”

À certa altura, em sua *Teoria geral da política* (2000b), Norberto Bobbio afirma que “uma teoria da democracia é (...) inseparável de uma concepção individualista da sociedade” (2000b: 392). No entendimento de Bobbio, há, sob

essa afirmação, duas ideias basilares: primeiro, a de uma compreensão geral de democracia como o exercício do “poder em público” (2000b: 386); e, segundo, a de que o individualismo enseja tanto uma ontologia, o atomismo social, quanto uma ética, “que atribui ao indivíduo humano, diversamente de todos os outros seres do mundo natural, uma personalidade moral que, para nos expressarmos em termos kantianos, tem uma dignidade, e não um preço” (2000b: 380-381). Ao que parece, sob esse aparato teórico, Bobbio compreende que o processo histórico que permitiu assegurar um arsenal mínimo para a proteção da pessoa na coletividade foi guiado pela transformação da estrutura socioeconômica e que essa dinâmica foi possível pela intensa oposição entre o impulso individual egoísta e a racionalização da organização política. Para que a eficiência reclamada pelos agentes econômicos pudesse ser levada a cabo, o poder estatal teve de se tornar progressivamente impessoal⁴, buscando garantir a igualdade de condições entre todos, em um ambiente marcado pela concorrência. Os efeitos sociais dessa igualdade foram decisivos para a constituição da sociedade contemporânea, porquanto forjaram a própria noção de cidadania, numa escala sucessiva de conquistas de direitos⁵.

Bem compreendido, esse processo é, então, indissociável do movimento que culmina na criação das democracias representativas modernas. A ideia de liberdade – certamente, a bandeira mais clara das revoluções burgue-

⁴Sobre esse movimento, vide, entre outras referências, o capítulo “Origen del Estado racional”, presente em *Economía y Sociedad*, de Max Weber: “La lucha permanente, en forma pacífica o bélica, de los Estados nacionales en concurrencia por el poder creó para el moderno capitalismo occidental las mayores oportunidades. Cada Estado particular había de concurrir por el capital, no fijado a residencia alguna, que le precribía las condiciones bajo las cuales le ayudaría a adquirir el poder. De la coalición necesaria del Estado nacional con el capital surgió la clase burguesa nacional, la burguesía en el sentido moderno del vocablo. En consecuencia, es el Estado nacional a él ligado que proporciona al capitalismo las oportunidades de subsistir; así, pues, mientras aquél no ceda el lugar a un estado universal, subsistirá también éste.” (2012: 1047).

⁵Para um exame mais detido sobre essa ideia, razoavelmente difundida na literatura, vide o ensaio de T. H. Marshall, “Cidadania e classe social”: “Estarei fazendo o papel de um sociólogo típico se começar dizendo que pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual (...). Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. (...) O elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.” (1967: 83-84).

sas – só adquire sua forma histórica contemporânea a partir da igualdade jurídica e do direito à participação na formação da vontade política da autoridade estatal. Janus burguês, a liberdade “positiva”, representada na autonomia da vontade, é limitada (configurando um polo “negativo”) pelo processo de construção da ordem legal, estabelecido na dinâmica da participação de todos, por meio de seus representantes. Bobbio, em *Igualdade e liberdade*, comenta que

Na história do Estado moderno, as duas liberdades [negativa e positiva] são estreitamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra. Mais precisamente: sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano; mas, sem participação popular no poder, as liberdades civis têm bem pouca probabilidade de durar. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política - ou seja, o controle popular do poder político - é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis. Trata-se, como qualquer um pode ver, do velho problema da relação entre liberalismo e democracia (BOBBIO, 1997: 65).

O “velho problema” é, por assim dizer, um pecado original da sociedade moderna. No limite, Bobbio entende que o plano econômico se opõe ao propriamente social: ao se socorrer do kantismo para abordar o sujeito, projeta no convívio social um dever de submissão do *homo oeconomicus* ao cidadão. “Liberalismo”, aqui, acentua o aspecto “positivo” da liberdade, manifestada como iniciativa econômica; “democracia” aponta para a contenção do interesse individual por meio do uso racionalizado da violência, que se institucionaliza e se legitima por meio da atuação “pública” do poder. Como se depreende de sua extensa obra⁶, no argumento de Bobbio, no processo histórico, a configura-

⁶Aqui, além do mencionado *Igualdade e liberdade* (traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997), penso, de maneira mais específica em *A era dos direitos* (traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992), *Liberalismo e democracia* (traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994) e *O futuro da democracia* (traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000).

ção em que as liberdades civis se ligaram às liberdades políticas acabou gerando essa forma peculiar de organização política, a democracia liberal:

Deve-se dizer que se foi formando uma tal interdependência entre um e outro que, enquanto no início puderam se formar Estados liberais que não eram democráticos (a não ser nas declarações de princípios), hoje, Estados liberais não democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. (BOBBIO, 1994: 42)

De certo modo, uma “democracia liberal”, nessa perspectiva, está sempre a um passo do caos – a selvageria incontida do capital ou o sufocamento da ação dos indivíduos –, mas postula, como um pote de ouro no final do arco-íris, a civilidade universal e, no limite, a “paz perpétua”. Para Bobbio, ao longo do tempo, essa conformação acabou por se provar, “empiricamente”⁷, como a forma “superior” de organização do poder público na vida social. Ademais da questão ideológica, vê na democracia liberal a consolidação de um quadro de valores conquistados nas diversas lutas políticas e sociais, empreendidas pelas diferentes classes; em outras palavras, se é possível se pensar, hodiernamente, em um sistema de direitos humanos, que são tidos como fundamentais e que, portanto, devem constituir, simultaneamente, os pontos de partida e de chegada de qualquer atuação estatal, isso se expressa a partir da mesma dinâmica histórica que produziu a democracia liberal.

Nesse contexto, pode-se afirmar como uma preocupação central do pensamento de Bobbio a preservação e o aperfeiçoamento de uma tal conformação política. Para o autor,

Existem, em suma, boas razões para crer a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa que está na base do Estado liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do Estado democrático (BOBBIO, 1994, p. 43).

⁷ “Empiricamente”, no sentido de que a conformação “democracia” e “liberalismo” não seja necessariamente a única possível.

Na “base do Estado liberal”, é possível identificar não apenas o “velho problema” – a tensão entre o indivíduo e a coletividade –, mas, sobretudo, o desdobramento da questão de fundo que pautou o século XX: a competição, por assim dizer, entre o comunismo “real” e o “capitalismo”⁸. Se é verdade que a busca cega pelo sucesso econômico dos agentes privados de um país pode resultar em tragédias sociais, talvez fosse o caso de se examinar com maior detimento a extensão das liberdades individuais – especialmente do que poderia ser inserido sob a expressão guarda-chuva “livre iniciativa” – frente aos interesses da coletividade. Assim, grosseiramente, o horizonte pragmaticamente colocado, ao menos para o “lado” ocidental, seria determinado por uma atuação decisiva da autoridade estatal, no sentido de moderar o apetite avasador dos particulares. Em outras palavras, se o valor fundamental sobre o qual se assenta a sociedade contemporânea é a liberdade – e parece ser lícito imaginar que Bobbio assim enxerga o problema –, antes um Estado interfira sobre a ação livre do indivíduo em prol da vigilância e proteção das liberdades de todos que um Estado que, em nome do bem-estar da coletividade, aja coibindo a liberdade de cada agente. No cálculo apresentado, é mais desejável que o Estado, por meio do governo e de seus instrumentos, paradoxalmente, apresente-se para *laissez-faire*⁹.

⁸As aspas querem indicar o artificialismo da disputa. De fato, houve, na realidade, muito mais que uma simples competição entre ideologias que se subsumiam aos conceitos “comunismo” e “capitalismo”, mas não é este o local adequado para o aprofundamento da questão. Cumpre apenas pontuar que Bobbio, assim como muitos outros, pensa a democracia liberal como uma espécie de “necessidade histórica” no sentido de que as outras opções de organização política pareciam apresentar, em linhas gerais, menos direitos e garantias para os indivíduos.

⁹Nesse sentido, comenta Karl Polanyi: “Para o utilitarista típico, o liberalismo econômico era um projeto social que deveria ser levado a cabo tendo em vista a maior felicidade do maior número: o *laissez-faire* não era um método de alcançar este fim, era o próprio fim a alcançar. Sem dúvida, a legislação direta nada podia fazer, exceto revogar as restrições nocivas. Mas isso não significava que, sobretudo agindo indiretamente, o governo nada pudesse fazer. Pelo contrário, o liberal utilitarista via no governo o grande agente de realização da felicidade.» (2013: 4803). Como arrimo à tese, Polanyi, à certa altura, expõe, brevemente, uma reflexão sobre a situação histórica dos EUA: “A América tem sido um exemplo escolhido pelos adeptos do liberalismo econômico como prova concludente da capacidade de funcionar da economia de mercado. Durante um século, o trabalho, a terra e a moeda foram transacionados nos Estados Unidos com a mais completa liberdade, ao mesmo tempo que, excetuadas as tarifas alfandegárias, a vida industrial se desenvolvia sem ser tolhida por intervenções governamentais. A explicação era, obviamente, simples: trabalho livre, solo livre e moeda livre. Até aos anos de 1890, a fronteira manteve-se aberta e existiam terras livres disponíveis; até à Grande Guerra, as reservas de mão de obra pouco

II. DEMOCRACIA, ECONOMIA E DIREITO: “O JOGO”

Tomada como marco zero teórico, essa análise necessariamente desemboca no exame das vicissitudes do ordenamento jurídico. Se o processo histórico tem mostrado que a organização econômica da sociedade se torna progressivamente mais complexa, a operacionalização da política tem de se tornar igualmente mais complexa. Assim, a estrutura legal tem de se transformar no sentido de permitir a ação de governo sobre as relações sociais que são constituídas¹⁰, regulando, inclusive, a maneira pela qual a vontade da autoridade estatal é formada; há, portanto, uma tendência de fazer da condução da vida social um movimento impessoal, constituindo uma técnica escorada em formalidades. Jurista, Bobbio pensa a democracia liberal a partir de um princípio fundamental: o respeito àquilo que se poderia chamar “regras do jogo”. Ante à constatação de que, a despeito de todas as lutas, as desigualdades materiais persistem na sociedade, Bobbio vê na democracia um “método” – um artifício racional, procedimental – que permitiria a resiliência de um quadro

qualificada circulavam livremente, e até à viragem do século não existiu uma política que visasse a estabilidade cambial em relação ao exterior. Enquanto estas condições prevaleceram, nem o homem, nem a natureza, nem o mundo dos negócios tiveram necessidade desse tipo de proteção que só a intervenção política pode assegurar. Quando as mesmas condições deixaram de existir, instaurou-se a proteção social. Quando se tornou impossível substituir livremente as camadas mais baixas da força de trabalho através do recurso às reservas ilimitadas da imigração, ao mesmo tempo que as suas camadas mais altas deixavam de ter a possibilidade de ocupar livremente novas terras; quando o solo e os recursos naturais se tornaram raros e se tornou necessário poupá-los; quando o padrão-ouro foi introduzido para subtrair a moeda à ação da política e ligar o comércio interno ao comércio mundial – então, os Estados Unidos tiveram de percorrer rapidamente o que fora um processo secular na Europa e de adotar a grande escala a proteção do solo e daqueles que o cultivavam, a segurança social dos trabalhadores por meio do sindicalismo e da legislação e o sistema do banco central. O protecionismo monetário foi o primeiro passo – a instauração do sistema da reserva federal destinava-se a harmonizar as imposições do padrão-ouro com as exigências regionais –, seguido pelos da proteção do trabalho e da terra. Bastou cerca de uma década de prosperidade, até 1929, para causar uma depressão tão brutal que, para a enfrentar, o New Deal resolveu proteger o trabalho e a terra por meio de um fosso defensivo mais profundo e largo do que tudo o que a Europa conheceu. Foi assim que a América demonstrou, em termos impressionantes – tanto negativos como positivos –, o acerto da nossa tese: a proteção social acompanha obrigatoriamente um mercado autorregulado.” (2013: 6190)

¹⁰ Em termos mais amplos, como nota Weber (2012: 999 et passim), há, nesse processo histórico, um movimento de racionalização, que extravasa os limites do domínio econômico e domina todos as searas da vida. O ordenamento jurídico, progressivamente, torna-se o único critério de validação de aceitabilidade do comportamento dos sujeitos e a legalidade se universaliza: agir ou deixar de agir só pode ser uma exigência sancionada em virtude de lei.

de garantias individuais. Esses direitos, que permanecem no âmbito formal, seriam uma espécie de princípio a partir do qual todas as demais questões fundamentais seriam abordadas. Em outras palavras, embora, para o autor italiano, o apetite do *homo oeconomicus* devesse encontrar freios na constituição moral do sujeito, ante a evidente inviabilidade de se fiar na rigidez do espírito, restaria o manejo impessoal da técnica de coação social – “poder em público”, atuação abstratamente controlada.

Embora evite examinar com profundidade o problema das classes sociais, Bobbio não é insensível à questão. Em sua opinião, a história mostra a perenidade de uma elite que, por diversas razões, encontra-se encarregada do comando da sociedade. Por outro lado, considera a inviabilidade – e, mesmo, o perigo – de uma democracia popular moderna, em que as massas exercessem diretamente o controle do poder político. Nesse espectro, as regras do jogo assumem um caráter ainda mais importante, na medida em que ofereçam uma espécie de meio-termo para um impasse entre o que o autor italiano identifica como uma dicotomia formanda entre o “elitismo” e o “populismo”. “(...) [O economista austríaco] Joseph Schumpeter acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”, analisa Bobbio (2000a: 27). É importante observar que o princípio em tela é, precisamente, o da competição – o que norteia a atuação dos agentes econômicos e que, no limite, como constata Polanyi¹¹, precisa ser domado pela atuação do Estado. O autor italiano prossegue sua reflexão:

Não deixa, entretanto, de ser iluminante a ideia de Max Weber
– retomada, desenvolvida e divulgada por Schumpeter¹² –

¹¹ *Op. cit.*

¹² Em dado momento de seu *Capitalismo, socialismo e democracia*, Joseph Schumpeter discute uma nova teoria sobre a democracia: nela, “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (327). Em suas palavras, “(...) a teoria clássica encontra dificuldades (...) porque a vontade e o bem do povo podem ser, e em muitos casos históricos o foram, servidos tão bem ou melhor por governos que não podem ser considerados democráticos, de acordo com qualquer acepção tradicional da palavra. (...) O princípio da democracia (...) significa apenas que as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com maior apoio do que outros indivíduos ou grupos concorrentes. E esta definição, por seu turno, parece assegurar a situação do sistema majoritário dentro da lógica do método democrático, embora possamos ainda condená-la por motivos alheios à sua lógica” (332).

de que o líder político pode ser comparado a um empresário cujo rendimento é o poder, cujo poder se mede por votos, cujos votos dependem da sua capacidade de satisfazer interesses de eleitores e cuja capacidade de responder às solicitações dos eleitores depende dos recursos públicos de que pode dispor. Ao interesse do cidadão eleitor de obter favores do estado corresponde o interesse do político eleito ou a ser eleito de concedê-los. Entre um e outro estabelece-se uma perfeita relação de *do ut des*: um através do consenso confere poder, o outro através do poder recebido distribui vantagens ou elimina desvantagens (BOBBIO, 2000a: 138).

Nesta passagem, ademais de uma espécie de elogio velado à democracia liberal, há a percepção de que exista uma espécie de equilíbrio possível entre o econômico e o político, de forma a produzir a proteção social (e, no limite, como parece ser a intenção do autor italiano, salvaguardar a personalidade moral do sujeito). Aqui, o ordenamento de direito público assume um papel de especial relevância. A indisponibilidade das “regras do jogo” é fundamental para a mencionada harmonia. Está pressuposta no argumento de Bobbio uma inegociável oposição entre Estado e sociedade civil, de forma que aquele atue sobre esta por meio de normas jurídicas impermeáveis ao interesse particular: eis o “jogo”.

A soberania se exprime, nessa chave, em um corpo de regras razoavelmente fixas e alheias aos interesses imediatos, com vistas à manutenção da própria democracia: o direito público. E, ademais, a difundida noção de que “a soberania se origina no povo”, uma vez tornada objeto de procedimentos jurídicos, assume, por assim dizer, uma duplo tarefa: legitimar a adoção de ações políticas que imponham limites às relações sociais e, especialmente, impedir o massacre dos indivíduos e das minorias sob a implantação de projetos majoritários. Por isso, pode-se inferir que o “jogo” esteja ancorado em um outro pressuposto, de ordem mais vulgar: o Estado, detentor dos meios de violência, é soberano enquanto for capaz de refrear os impulsos privados. “Soberania”, para além de qualquer abstração, nesse contexto, tem de ser aferida materialmente (e não ser apenas postulada).

Como observa Alain Supiot, nas últimas décadas do século passado, empresas transnacionais passaram a ocupar, no nascente “novo mundo institucional”, “um lugar comparável ao dos Estados. Ou, a partir da era industrial, os modos de governo dos homens para os Estados e para as empresas não cessam de se influenciar” (2013: 187, tradução livre minha, OAJ). Em um primeiro momento, a mútua influência significa que as empresas passem a assumir tarefas que, antes, eram tradicionalmente vistas como sendo do Estado. O argumento para tanto é de ordem estritamente econômica: assenta-se na ideia de eficiência, tendo em vista uma relação mais favorável aos particulares na equação tributação-serviços. Ao mesmo tempo, de maneira mais sofisticada, a nova institucionalidade progressivamente assume orientações tipicamente privadas para a tomada de decisões de caráter público¹³. Em um “mercado político” como o descrito por Schumpeter, isso não é, de modo algum, algo surpreendente. E não é um processo que possa ser denunciado como “inválido” ou “ilegítimo” no que respeita às normas jurídicas e seus procedimentos correlatos no campo do “jogo democrático”.

Bobbio, como visto, sabe que a centralidade de princípios de natureza econômica acaba por submeter praticamente todos os aspectos da vida a uma espécie de cálculo, num cenário em que o espírito pragmático tende a se sobrepôr ao espírito moral. Ora, se o Estado, em seu papel de moderador dos excessos particulares, passa a se organizar a partir da lógica privada, acaba por comprometer sua própria finalidade e minar sua relevância. Se sua atuação se pauta pelos valores estabelecidos por interesses que não os coletivos, a própria democracia perde a razão de ser e, com ela, a proteção dos direitos e garantias individuais. Os movimentos codificadores do direito dos séculos XIX (com Napoleão) e XX (pós-Holocausto) deram estabilidade às conquistas das lutas travadas no interior da sociedade; nesse sentido, os governos assumiam

¹³ Alain Supiot sugere que, com as transformações sócio-político-econômicas observadas nas últimas décadas sob o signo do neoliberalismo, a governança corporativa assumiu o papel do governo dos homens. Em outras palavras, que as técnicas de maximização do lucro passam a ser empregadas como métodos de direção social. Como exemplo, aponta que, por meio das organizações econômicas mundiais, a governança foi imposta como modelo de gestão para os chamados “países em desenvolvimento”. A “boa governança” se traduz em uma redução drástica do perímetro do Estado, notadamente no domínio social e cultural, abrindo espaço para a iniciativa privada (687).

o papel de garantes dos valores aceitos. O paradigma político estabelecido no período era o de que o projeto nacional – o horizonte de longuíssimo prazo – não deveria ser severamente impactado pelas diferentes administrações, que se preocupariam, sobretudo, com a implementação do contratado socialmente. Contudo, a consolidação do poder irrefreável das corporações privadas subverte cronicamente a ordem nacional. Os diversos Estados, guiados pelo interesse dos agentes privados, passam a concorrer entre si para atrair os diferentes capitais, com vistas a proporcionar melhores oportunidades econômicas para seus (capitais) nacionais. Ou seja: a atuação dos diferentes governos passa a ser guiada por uma finalidade cega, em que o cálculo se torna o fetiche em torno do qual todas as políticas públicas são pensadas, e onde o acúmulo de divisas é um objetivo em si. Como observa Supiot, “a lei deve ser ela mesma um objeto de cálculo, um produto legislativo em competição em um mercado mundial de normas” (2014: 343). Constitui-se, assim, um movimento que o jurista francês denomina *law shopping*.

Em termos gerais, essa dinâmica se revela na tendência, certamente observável, de redução, nos diversos países, das searas da vida em que o Estado se impõe como vontade irresistível exclusiva. Mesmo em áreas historicamente marcadas pela atuação firme das autoridades públicas, como são os casos do direito penal ou do direito tributário, a possibilidade de se admitir a pactuação em termos privados, em que as partes se encontram em absoluta igualdade, é uma realidade. Multiplicam-se as situações em que a confiabilidade de um contrato não depende essencialmente de uma garantia estatal, dada a relevância pública que determinados agentes privados assumem. Examinando-se com mais vagar, nesse movimento, é o próprio direito público que passa a se conformar nos moldes do direito privado: seja porque uma norma jurídica passa a ser cogente apenas na medida em que seja economicamente justificável, seja porque a própria autoridade estatal que produz a norma jurídica de direito público esteja dominada pelos entes privados ou – na situação-limite – porque a organização a sociedade em torno das instituições privadas prescinde, em alguma medida, de garantias que, em outros momentos da história, era o Estado o único garante possível.

No que respeita à primeira situação, considerando-se que o direito pú-

blico seja composto por regras de organização (ademais das regras de conduta, precipuamente, de caracteres penal e tributário), que tem por objetivo o estabelecimento da autoridade necessária para perseguir um ideário político de uma dada sociedade, seu alcance é limitado pela própria concepção finalística de administração pública que se estabelece em um dado momento. Em outras palavras, quando o desenvolvimento econômico atinge uma certa dimensão e os agentes privados são suficientemente poderosos para lutar por seus interesses específicos, a constituição do instrumental necessário para alcançar o tal ideário político de uma sociedade depende de um incontornável debate acerca dos custos exigidos para tanto e dos benefícios eventualmente factíveis. Não que, em algum momento da história, a ação estatal tenha sido livre, mas, sim, no sentido de que quando o orçamento público passe a depender excessivamente das contribuições fiscais de um número restrito de empresas gigantes, os raciocínios que pautam a atuação dos governos mudam. A questão essencialmente econômica acaba por se revelar, nesse tocante, uma questão de legitimidade política: só se deve constituir uma autoridade na medida de uma eficiência julgável quantitativamente. A democracia representativa é, assim, instrumentalizável, a partir de seus próprios procedimentos, para pôr sob suspeita os desideratos coletivos assumidos pelo Estado; daí, inclusive, a segunda hipótese. O poder econômico instala-se primeiro como discurso e, depois, como plataforma de governo. Instalado nas instituições, toma para si a produção normativa.

Como esse movimento foi construído na história? Embora não seja possível dissecá-lo, neste espaço, talvez seja possível (e necessário) algumas linhas gerais que permitam sustentar algumas hipóteses. Os cenários político e social na Europa do pós-guerra demandaram transformações impactantes na esfera da economia. A reconstrução material dos países e a concorrência ideológica entre os blocos no contexto da Guerra Fria impuseram a necessidade de implementação de ações no sentido do estabelecimento de condições mínimas de vida, entendidos a partir de uma nova ideia de dignidade (que, por sua vez, foi forjada, em termos amplos, a partir do holocausto). O resultado foi a crescente assunção, pelo Estado, de uma gama de encargos que poderia ser designada civilizatória – o que, no Ocidente, implicou em políticas guiadas pelos valores constituintes da cidadania. Daí a relevância de uma legalidade

dependente do Estado: as relações entre os particulares são válidas enquanto reconhecidas juridicamente, enquanto sancionadas pelo poder público. No correr do século XX, nos países centrais do capitalismo, assistiu-se à passagem da quase ausência para a quase onipresença do Estado. A lógica do movimento foi a de obstaculizar a atividade econômica, sob a autoridade moral da defesa do interesse público, sustentada pelo mecanismo do sufrágio universalizado, que incluiu massas desfavorecidas na fórmula de formação da vontade política. Em linhas gerais, sugerem Dardot e Laval (2014), ocorre a naturalização de uma posição a partir da qual “o Estado deva aplicar a si mesmo as regras de direito privado, o que significa não só que ele tem de se considerar igual a qualquer pessoa privada, como também deve se impor, em sua própria atividade legislativa, a promulgação das leis fiéis à lógica desse mesmo direito privado” (2014: 4207). Ao cabo do período conhecido como “os 30 anos gloriosos”¹⁴ do capitalismo, a luta política comandada pelos epígonos do neoliberalismo, suportada na crescente dependência dos Estados da atividade econômica privada, estabeleceu um novo padrão de atividade estatal.

Para além dos postulados liberais, “em sua versão hayekiana, o neoliberalismo não somente não exclui, como pede a intervenção do governo” (DARDOT e LAVAL, 2014: 4184): o governo passa a ser instrumento de fomento econômico. O papel do Estado, cada vez mais distante da tarefa primária de salvaguarda da cidadania, passa a ser entendido como o de oferecer condições adequadas para a reprodução econômica, sob o questionável argumento de que o próprio desenvolvimento da geração e riquezas incluirá, de um modo ou de outro, meios de proteção para o indivíduo e, assim, por vias indiretas,

¹⁴ Como expõe Eric J. Hobsbawm: “A maioria dos seres humanos atua como os historiadores: só em retrospecto reconhece a natureza de sua experiência. Durante os anos 50, sobretudo nos países ‘desenvolvidos’ cada vez mais prósperos, muita gente sabia que os tempos tinham de fato melhorado, especialmente se suas lembranças alcançavam os anos anteriores à Segunda Guerra Mundial. Um primeiro-ministro conservador britânico disputou e venceu uma eleição geral em 1959 com o slogan ‘Você nunca esteve tão bem’, uma afirmação sem dúvida correta. Contudo, só depois que passou o grande boom, nos perturbados anos 70, à espera dos traumáticos 80, os observadores — sobretudo, para início de conversa, os economistas — começaram a perceber que o mundo, em particular o mundo do capitalismo desenvolvido, passara por uma fase excepcional de sua história; talvez uma fase única. Buscaram nomes para descrevê-la: “os trinta anos gloriosos” dos franceses (les trente glorieuses), a Era de Ouro de um quarto de século dos anglo-americanos (Marglin & Schor, 1990).” (HOBSBAWM, 2012:).

de promoção da justiça social. “Governo” se transforma, como sustenta Supiot, em “governança”.

O *homo oeconomicus* venceu?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez seja impossível negar que o novo liberalismo econômico coloque em risco os fundamentos do velho liberalismo político. Como visto, há, no correr dos últimos decênios, uma transformação radical no princípio que organiza a atividade pública, que consiste na apropriação da administração pública pela lógica das relações econômicas entre os agentes particulares. Esse movimento, originado e dinamizado a partir da magnitude que a empresa privada capitalista assumiu – primeiro nos países centrais do capitalismo, depois nos demais cantões do planeta – ao final dos *trente glorieuses*, impõe, sobretudo, uma mudança fundamental no direito: se o ordenamento jurídico, a partir do pós-guerra, era o bastião dos valores cidadãos inegociáveis assumidos pelo Estado sob o prisma da justiça social, o novo arranjo faz do ordenamento jurídico um mero instrumento de reprodução econômica e do Estado um executor de programas de fomento. E tudo isso se dá no quadro da democracia liberal.

A utopia democrática consistia e consiste na possibilidade de coordenação racional de vontades individuais livres. Essa coordenação racional, por sua vez, significa subjugar o egoísmo às necessidades gerais e aos interesses coletivos, o que, em termos políticos, implicaria a discussão e a mobilização permanentes em torno de um projeto de sociedade. Por essa razão, sob o *rule of law*, está a luta civilizatória dos valores modernos diante dos objetivos essencialmente econômicos – e bárbaros – típicos da sociedade organizada a partir do modo de produção capitalista. A defesa – que, por vezes, soa apaixonada – que Bobbio faz da democracia juridicamente regulada por regras impessoais e meramente procedimentais é, sem dúvida, uma atitude política: moderna, no sentido de que visa a preservação dos valores fundantes da sociabilidade e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, e frontalmente contrária aos ditames neoliberais. Mas, ao nosso ver, hoje – passados quinze anos desde o falecimento do jurista italiano –, essa posição se revela equivocada. Em

linhas gerais, o movimento tratado neste pequeno ensaio não expressa uma situação em que o que era outrora virtuoso tenha decaído por meio de uma ação que lhe fosse exterior; muito ao contrário, as “forças do mercado” – os agentes econômicos que postulam a capacidade autorregulatória do mercado e defendem, por isso, um governo “técnico” e distante “ideologias” –, não apenas presenciaram o nascimento da democracia liberal como foram seus epígonos de primeira hora. O “átomo” da democracia, seu fundamento, é, afinal, a autonomia da vontade individual, que, acreditava-se, seria controlável por elementos intrínsecos às formalidades jurídicas. A mesma autonomia de vontade que, juridicamente, é a base primordial do contrato juridicamente válido. A mesma autonomia de vontade própria do indivíduo toma suas decisões de vida considerando a racionalidade da utilidade econômica.

Retomemos, por fim, o “velho problema”. Teria, afinal, o *homo oeconomicus* vencido o sujeito moral kantiano? Ora, face ao exposto, a própria questão não se justifica: não são dois; são, isso sim, um mesmo fenômeno.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Traduzido por Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000b.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRIEDMAN, Thomas L.. *The world is flat: a brief history of the Twenty-first century*, 3ª ed.. Nova Iorque/EUA: Picador/Farrar, Straus and Giroux, 2007.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX, 1914-1991*. Traduzido por Marcos Santarrita; revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MARSHALL. T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Traduzido por Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Traduzido por Miguel Serras Pereira. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2013 (edição para Kindle).

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres – cours au Collège de France (2012-2014)*. Paris/França: Fayard, 2014 (edição para Kindle).

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia – A justiça social diante do mercado total*. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

WEBER, Max. *Economía y sociedad – esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido (para o espanhol) por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes e José Ferrater Mora. DF/México: Fondo de Cultura Económica, 2012.