

O PODER ECONÔMICO E A CONFORMAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO

ECONOMIC POWER AND THE NORMATIVE CONFORMATION OF THE LAW

Elmer da Silva Marques¹

Abili Lázaro Castro de Lima²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a atuação do poder econômico como fonte material do direito, atuando como fator real de poder não apenas na definição das normas constitucionais, como propôs Lassale, mas também na conformação do conteúdo normativo das leis infraconstitucionais. Além de apresentar a controvérsia entre a teoria dos fatores reais de poder de Lassale e a teoria da eficácia normativa da Constituição proposta por Konrad Hesse, reanalisa o materialismo histórico e a influência da infraestrutura sobre a superestrutura. Ao final, analisa como o poder econômico deslocou o *locus* de discussão e tomada de decisão política da arena estatal para o mercado, transnacionalizando e desterritorializando o espaço político, enfraquecendo o poder do Estado moderno e dos diversos setores da sociedade em determinarem o conteúdo das normas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Fatores reais de poder; Fontes do Direito; Globalização econômica

ABSTRACT

This *paper* intends to demonstrate the role of economic power as a source of Law, acting as a real power factor not only in defining the constitutional rules, as was proposed by Lassale, but also conforming the normative content of the statute. Besides presenting the controversy between the theory of the Lassale's real power factors and the theory of regulatory effectiveness of the Constitution proposed by Konrad Hesse, it reviews historical materialism and the influence of infrastructure on the superstructure. Finally, analyzes how the economic power displaced the *locus* of discussion and political decision-making arena off the State to the market, transnationalising and deterritorializing political space, weakening the power of the modern State and the various sectors of society in determining the content of the Law.

KEY-WORDS: Real power factors; Sources of Law; Economic globalization

- A partir daí, por conseguinte, prosseguem cada vez mais no caminho das riquezas, e, quanto mais preciosas as julgam, menos valor atribuem à virtude. Ou não é certo que a virtude difere da riqueza tal como se elas se inclinassem sempre em direções opostas, quando cada uma se coloca num prato da balança?

- Absolutamente.

- Logo, quando numa cidade se honra a riqueza e os ricos, a virtude e os bons são menos considerados.

- É evidente.

- Mas busca-se o que é sempre honrado, e descarta-se o que não é.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Francisco Beltrão.

² Professor associado do Curso de Direito e do PPGD da Universidade Federal do Paraná das disciplinas Sociologia do Direito e Direito e Sociedade. Membro da Sociedade Brasileira de Sociologia.

- *É isso.*
- *Portanto, em vez de ambiciosos e desejosos de honrarias, acabam por se tornarem avaros e apreciadores de dinheiro, e louvam e admiram quem é rico e elevam-no ao poder, ao passo que ao pobre, desprezam-no.*
(PLATÃO, **A República**, 550e-551a)

1 INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica tradicional acostumou-se a promover a divisão das fontes do direito entre fontes materiais e fontes formais. Em geral, esta classificação toma em consideração o sentido último do termo “fonte”, como origem de algo, de onde algo provém. A partir desta concepção geral, afirma-se que fontes do Direito seriam unicamente as fontes materiais, ou seja, os fenômenos sociais e os dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes. Estes fatores sociais seriam transformados em matéria jurídica, podendo-se reconhecer este fenômeno por intermédio das fontes formais do Direito, isto é, os meios de conhecimento e de expressão do direito positivo, as formas pelas quais o Direito é formulado e passa a ser identificado. Diz-se, portanto, que as fontes materiais dão o conteúdo das normas jurídicas, enquanto as fontes formais concedem-lhe a forma positivada, a forma pela qual possam ser reconhecidas como tais. (GUSMÃO, 2008, p. 101-102,104)

Dentre as críticas feitas àquela tradicional classificação das fontes do Direito, Miguel Reale afirma que o que se entende por fonte material do Direito constitui-se, na verdade, como o fundamento ético ou social do Direito, cujo estudo deveria ser realizado fora do âmbito desse ramo da ciência. Para tanto, Reale entende por fonte do direito “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”. Pressupõe, assim, uma “estrutura de poder” capaz de “pôr” as normas e assegurar o seu cumprimento. (REALE, 2005, p. 139-140)

Ambas as concepções descrevem entendimentos próprios do positivismo jurídico, que somente encontram nas fontes estatais – leis, decretos, medidas provisórias etc. – o veículo exclusivo e suficiente de conformação e delimitação das normas jurídicas.

A primazia da lei em sentido amplo, senão exclusiva, de veiculação da norma jurídica é fenômeno contemporâneo ao Iluminismo, ao surgimento do Código de Napoleão e marca indelével do positivismo jurídico. É consequência do processo de codificação que desencadeou uma tendência de se dar pouca relevância às demais fontes normativas. (BOBBIO, 1995, p. 78)

Mas esse fenômeno normativo está longe de se apresentar como um movimento natural da sociedade, constituindo-se mais como um processo consciente de engenharia social: a prevalência dada à lei como fonte do Direito serve como instrumento de modificação da sociedade. Esta passa a ser controlada por intermédio do conhecimento e modificação das leis. O Direito adquire o poder-função de modificar as estruturas sociais. O direito consuetudinário, por ser inconsciente, irrefletido, por representar a estrutural atual de uma sociedade, não se presta ao papel de controlá-la. Assim, a lei “cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma”. (BOBBIO, 1995, p. 120) Enquanto o costume constitui-se em fonte passiva do Direito, a lei positivada constitui-se em fonte ativa do direito. Desta forma, “o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social”. (BOBBIO, 1995, p. 120)

A crítica ao positivismo jurídico e ao seu (mal)disfarçado caráter não ideológico é bem conhecida. É nesse ambiente de insatisfação com o paradigma de juridicidade positivista que surgem as teorias críticas do Direito e a afirmação do pluralismo jurídico. As atuais condições históricas e sociais não se adequam mais ao paradigma positivista e ao seu consequente monismo jurídico-legalista, ansiando por novos padrões regulatórios, advindos de diversas fontes que deem diferente conformação e sirvam de novos veículos ao conteúdo das normas jurídicas que a (pós)modernidade reclama. Enfim, a necessidade de novas fontes (formais?) do Direito:

O exaurimento dessa legalidade lógico-formal, que tem servido para regulamentar e legitimar, desde o século XVIII, os interesses de uma tradição jurídica burguês-capitalista, propicia o espaço para a discussão crítica acerca das condições de ruptura, bem como das possibilidades de um projeto emancipatório assentado, agora, não mais em idealizações formalistas e rigidez técnica, mas em pressupostos que partem das condições históricas atuais e das práticas reais. (WOLKMER, 2009, p. 186)

A queda do mito da neutralidade da lei, garantido pelo caráter abstrato das normas jurídicas coloca em discussão outras questões: quem, em última instância, determina o conteúdo das normas jurídicas? Quais são os poderes efetivos (fontes materiais?) que conformam o conteúdo normativo do direito? Quais são os interesses que condicionam e delimitam os direitos, os deveres e as sanções previstas em lei? Enfim, quem determina o “dever-ser”?

De início, apresentar-se-á a teoria dos fatores reais de poder exposta por Ferdinand Lassalle em famosa palestra proferida na Alemanha no século XIX e sua correspondente

crítica formulada por Konrad Hesse no século XX. Em seguida, a conhecida teoria do materialismo histórico marxista é exposta não apenas para retomar seus fundamentos, mas, principalmente, para afirmar a preeminência ontológica da infraestrutura sobre a superestrutura, questão que, ao final, será de crucial importância para a conclusão apresentada. Adiante, demonstra-se como o poder econômico apresenta-se como fator real de poder preponderante da atualidade, a forma como deslocou o *locus* de tomada de decisão política da arena estatal para o mercado, enfraquecendo o poder daquele em determinar o conteúdo normativo do Direito. Ao final, pretende-se lançar conclusões que sirvam não para encerrar, mas para iniciar e fomentar o debate com vistas à desmistificação dos fundamentos do direito.

2 OS FATORES REAIS DE PODER E A PRETENSÃO DE EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO

Em 1862, Ferdinand Lassale proferiu palestra intitulada “Sobre a Constituição”,³ na qual procurou demonstrar qual seria a essência da Constituição de um país. Simplesmente afirmar que a Constituição é a lei fundamental do país não explicaria o que seria essa “fundamentalidade”. (LASSALE, 2009, p. 9) A ideia de fundamento traria a noção de “uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo”. Mas que força ativa é essa que pode “influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?”. (LASSALE, 2009, p. 11)

Em conceito que se tornou muito difundido, a Constituição seria a “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. (LASSALE, 2009, p. 20) A Constituição real representaria as relações de poder de um país: o poder militar (Forças Armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (a grande indústria e o grande capital) e até mesmo o poder intelectual (consciência e culturas gerais). Ao traspor os fatores reais de poder à folha de papel, aqueles adquiririam expressão escrita e, uma vez incorporados ao papel, passam a ser, além de fatores reais de poder, “verdadeiro direito – instituições jurídicas”. (LASSALE, 2009, p. 20)

³ Segundo nota explicativa de Aurélio Wander Bastos na edição brasileira de *Über die Verfassung*, publicada pela Lumen Juris sob o título “A essência da Constituição”, a palestra que deu origem ao livro teria sido proferida em 1863 para operários e intelectuais da Prússia. Entretanto, Konrad Hesse afirma em sua obra *Die normative Kraft der Verfassung*, cuja tradução brasileira de Gilmar Ferreira Mendes foi publicada pela Sérgio Fabris, a conferência teria sido proferida em 16 de abril de 1862 em uma associação liberal-progressista de Berlim.

Lassale diferencia as concepções de Constituição real e efetiva e Constituição escrita. A Constituição real e efetiva é aquela caracterizada pelos fatores reais de poder: todos os países a teriam necessariamente, pois não é possível imaginar um país onde não existam fatores reais de poder. (LASSALE, 2009, p. 29) Em todos os tempos e em todas as fases históricas de um país seria possível afirmar a existência dos fatores reais de poder – sua Constituição real, efetiva –, mas o que diferencia os tempos modernos é o surgimento das “constituições escritas nas folhas de papel”, sem que os fatores reais de poder tenham desaparecido. (LASSALE, 2009, p. 31-32)

É um problema moderno, portanto, o conflito ou a falta de sincronia entre os fatores reais de poder – a Constituição real, efetiva – e a Constituição escrita ou, em outras palavras, quando a lei fundante não representa mais os fatores reais de poder de uma nação: “onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. (LASSALE, 2009, p. 39)

Esta concepção serve de fundamento para que Lassale afirme que os problemas constitucionais não são problemas jurídicos, mas problemas de poder.

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. (LASSALE, 2009, p. 47)

O conceito sociológico de Constituição proposto por Lassale foi duramente criticado por Konrad Hesse. Se para Lassale a conjugação dos fatores reais de poder constituem-se na força ativa determinante das leis e das instituições de uma sociedade, de modo que estas expressam tão somente a correção de forças que resulta dos fatores reais de poder, a Constituição jurídica de um país não passaria de um pedaço de papel. (HESSE, 1991, p. 9) Com base em Lassale, Hesse afirma que a análise da história constitucional nos ensinaria que “o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática”, concepção esta que levaria à conclusão de que a eficácia da Constituição jurídica depende da coincidência da realidade com a norma, o que se constitui em um limite hipotético extremo. (HESSE, 1991. p. 10)

Hesse critica o entendimento de Lassale, pois a concepção deste levaria a um esvaziamento da Ciência do Direito Constitucional (que como toda ciência jurídica é normativa) e se confundiria com as ciências do ser (como a Sociologia ou a Ciência Política). Assim, “o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominante”. (HESSE, 1991, p. 11)

Para se contrapor a Lassale, Hesse se pergunta se é possível “admitir que a Constituição jurídica contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”. Trata-se da força normativa da Constituição. Hesse se pergunta ainda se “não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?” (HESSE, 1991, p. 11-12)

Hesse afirma que a Constituição possui pretensão de eficácia, isto é, pretende concretizar, na realidade, a situação constitucionalmente regulada. (HESSE, 1991, p. 14) Devido à pretensão de eficácia, “a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”. (HESSE, 1991, p. 15) Desta forma, a Constituição real e a Constituição jurídica estariam em uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas sem dependerem, pura e simplesmente, uma da outra. (HESSE, 1991, p. 15) É a pretensão de eficácia que concede à Constituição jurídica um significado próprio, apresentando-se como “elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado”. (HESSE, 1991, p. 15-16)

Tanto Lassale quanto Hesse concordam sobre a existência de uma constituição real constituída pelos fatores reais de poder, mas Hesse confere certa autonomia à Constituição jurídica que, além de não estar em uma posição de absoluta passividade frente à realidade, também a influencia e a modifica. Haveria, para Hesse, uma relação de coordenação, de mútuo condicionamento.

O que Hesse faz é constitucionalizar os fatores reais de poder, reconhecendo que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização. O mesmo teria sido feito por Häberle – por caminho diverso – ao afirmar que não apenas as instâncias oficiais, mas também os demais agentes conformadores da realidade constitucional devem ser havidos como legítimos intérpretes da Constituição. (COELHO, 1998, p. 186)

3 MATERIALISMO HISTÓRICO E PREEMINÊNCIA ONTOLÓGICA DA INFRAESTRUTURA

Em seu prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política, Marx esclarece a ordem de estudos que promoverá sobre a economia burguesa: o capital, a propriedade, o trabalho assalariado (estas três se constituindo nas condições econômicas de existência das três grandes classes nas quais se divide a sociedade burguesa moderna), o Estado, o comércio exterior e o mercado mundial. (MARX, 1984, p. 231)

Na qualidade de redator da Gazeta Renana, Marx teve de opinar sobre interesses materiais que estavam em grande discussão na Alemanha àquela época, fazendo que começasse a se ocupar das questões econômicas. Tendo em vista o fato de os diretores da Gazeta Renana quererem imprimir uma tendência mais moderada ao periódico, Marx deixa o trabalho e recolhe-se em seus estudos. (MARX, 1984, p. 232)

Seu primeiro trabalho foi uma revisão crítica à Filosofia do Direito de Hegel, o que o conduziu ao seguinte resultado: “as relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; estas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em sua totalidade”. (MARX, 1984, p. 232) Outra conclusão de Marx é a de que “a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política”. (MARX, 1984, p. 233)

Marx denomina de infraestrutura a totalidade das relações de produção e que constitui a estrutura econômica da sociedade, as relações travadas entre os homens na produção social de sua própria existência. É sobre esta estrutura econômica da sociedade, sobre esta base real econômica, que será erguida outra estrutura, jurídica e política, denominada de superestrutura. Com isto, “o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência”. (MARX, 1984, p. 233)

A superestrutura estaria constituída por duas instâncias: uma instância jurídico-política, cuja função é mediar as relações sociais e cujas expressões máximas são encontradas no direito e na burocracia, esta entendida como o corpo de funcionários cuja função é perpetuar as condições da infraestrutura, e uma estrutura ideológica, instância na qual são construídos valores, ideias e representações que afirmam as discrepâncias entre as classes sociais.

Quando as forças produtivas materiais da sociedade estiverem em contradição com as relações de produção existentes, inicia-se uma época de revolução social. Em outras palavras, a transformação na base econômica promoverá, igualmente, uma transformação da estrutura jurídica, política e intelectual. (MARX, 1984, p. 233)

Nesse sentido, Marx afirma que os homens não fazem a história como eles querem, sob suas escolhas: ao contrário, a história é produzida a partir das condições legadas e transmitidas pelo passado:

Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. (MARX, 1997, p. 21)

O condicionamento da superestrutura pela infraestrutura proposta por Marx foi denominada por Engels como a grande lei da marcha da história:

[...] a lei segundo a qual todas as lutas históricas, quer se processem no domínio do político, religioso, filosófico ou qualquer outro campo ideológico, são na realidade apenas a expressão mais ou menos clara de lutas entre classes sociais, e que a existência, e portanto também os conflitos entre essas classes são, por seu turno, condicionados pelo desenvolvimento de sua situação econômica, pelo seu modo de produção e pelo seu modo de troca, este determinado pelo precedente. (ENGELS, 1997, p. 18)

Entretanto, não se deve entender que Marx tenha proposto uma relação mecanicista entre a infraestrutura e a superestrutura: haveria apenas uma “preeminência ontológica” da esfera econômica sobre as forças de consciência:

[...] existe uma preeminência ontológica da esfera econômica (aquela que constitui o ‘ser social’, a base material, a ‘infraestrutura’) sobre a esfera das ‘formas de consciência’ (a que engloba a esfera das ideias, da religião, da política, enfim, das ‘superestruturas’). Isso não significa que sempre haja um ‘mecanicismo’, de modo a que o que se passa na economia sempre condicione o que se passa no mundo das ideias (como também não se pode dizer que o mundo das ideias nunca condicione a esfera da produção); mas significa que o observador social deve estar especialmente atento a essa preeminência do ‘ser social’ sobre a ‘consciência’. (FONSECA, 2005, p. 14)

As ideias não são, assim, fundadas em categorias imanentes à mente humana dadas independentemente da experiência. Mas disto não se conclui que haja um materialismo determinista na interpretação do desenvolvimento da sociedade. A consciência humana é

condicionada por uma interação dialética entre sujeito e objeto, no qual o homem molda o mundo em que vive ativamente ao mesmo tempo em que o mundo também o molda. (GIDDENS, p. 21)

Essa questão restou posteriormente esclarecida na carta que Engels enviou a Joseph Bloch em 1890. Engels afirma que, segundo a concepção materialista da história, o elemento determinante final da história é a produção e a reprodução da vida real. Mas ressalta que nem ele nem Marx disseram nada mais além disso: ou seja, nem Engels nem Marx afirmaram que o modo de produção seria o único fator determinante. As condições econômicas são a infraestrutura, mas vários elementos da superestrutura também exercem influência sobre o curso das lutas históricas, muitas vezes, preponderam na determinação de sua forma. Cita, como exemplos, as constituições estabelecidas pela classe vencedora na luta de classes, as formas jurídicas, os reflexos das lutas de classes nas mentes dos participantes, as teorias políticas, jurídicas e filosóficas, as visões religiosas etc. Os condicionantes econômicos são, entretanto, determinantes, decisivos (mas não únicos). (ENGELS, 1978, p. 760-761)

Assim como para Hesse os fatores reais de poder não condicionam absolutamente a Constituição jurídica, mas esta também conforma e determina, reciprocamente, a Constituição real, em Marx também haveria uma via de mão dupla entre superestrutura e infraestrutura, embora haja uma preeminência daquela.

4 O PODER ECONÔMICO COMO FATOR REAL DE PODER E A CONFORMAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO

Constatar e descrever a influência do poder econômico no direito pode se tornar uma tarefa árdua devido a determinados problemas relacionados a três planos distintos: no plano empírico, devido à “ausência de um quadro institucional que tenha posto em prática todos os itens da pauta neoliberal”; no plano metodológico, devido à “metamorfose que sofrem as propostas neoliberais”, principalmente no momento de sua aplicação nas diferentes realidades que as recepcionam; no plano doutrinário, devido à existência de vários modelos teóricos de neoliberalismo. (GOMES, 1996, p. 117) É ciente destas dificuldades que se pretende teorizar sobre a caracterização do poder econômico como fator real de poder na determinação do conteúdo normativo do direito.

Com a queda do mito liberal de que o direito seria não ideologizado, por vezes fruto de uma ordem natural, decorrente da razão, o direito é reconhecido agora como fruto de uma ideologia que lhe é subjacente, que lhe estrutura e conforma seus termos. Reconhece-se o

direito agora como decorrente de uma ideologia que não é movida simplesmente pela razão, mas por juízos de valor, uma ideologia que não representa apenas um “modo de entender o Direito”, mas também de “querer o Direito”. (BARROSO, 2003, p. 18)

Há, assim, fatores subjacentes que conformam o direito, dão-lhe um determinado conteúdo que decorre de uma vontade, de uma engenharia social deliberadamente (im)posta a funcionar. Principalmente no que tange ao direito positivo, não se pode admitir que este tenha um conteúdo normativo que decorre de fontes naturais ou simplesmente racionais a que corresponde uma determinada natureza ontológica: pelo contrário, o conteúdo do Direito (positivo) é maleável, adaptável àquele “querer” que determina seu conteúdo. O Direito positivo é, assim, “cíclico e altamente mutável”, seus “institutos jurídicos vão e voltam, nascem e renascem, surgem e se extinguem”. (BARROS, 1995, p. 143)

Esse querer conformador-normativo, por sua vez, também é mutável: já o foi a religião (e ainda o é em alguns países), a vontade do soberano, a força militar e, mais preponderantemente nos tempos atuais, o poder econômico. Estas vontades e poderes podem atuar concomitantemente na conformação do conteúdo do Direito, mas em geral um deles atua de forma preponderante sobre os demais de acordo o momento histórico analisado.

Atualmente, a preponderância é do poder econômico, cujos valores e interesses orientam o conteúdo do Direito, principalmente aquele positivado: “o Brasil vive hoje em tempos de neoliberalismo econômico, social e político e o Direito é um componente iterativo e externador dessa nova realidade”. (BARROS, 1995, p. 145)

Nesse sentido, o poder econômico surge como fator real de poder, conformador do conteúdo normativo do direito e das políticas públicas. Ciente de todas as revisões que o materialismo histórico sofreu no decorrer da evolução da teoria política e sociológica, pode-se afirmar, com as cautelas devidas, que se verifica o poder econômico, as relações reais de produção típica do atual capitalismo financeiro, global e neoliberal, como a estrutura econômica da sociedade – infraestrutura – exercendo preponderantemente sua função estruturante do sistema jurídico e político – superestrutura.

O poder econômico como fator real de poder não pode mais ser visto limitado ao âmbito nacional: ele agora é transnacional, não possui um território de atuação ou a partir do qual pode ser encontrado como seu centro irradiador. Tornou-se fluido, desterritorializado, sem rosto.

Estando o poder econômico exercendo papel primordial na condução do direito e da política, e com a globalização e transnacionalização daquele, o Estado deixa de ser o *locus* privilegiado das discussões políticas e da definição do direito. Com a transnacionalização da

política, isto é, quando a política perde o seu referencial territorial, ocorre a “submissão dos cidadãos às decisões que transcendem a arena política do Estado onde vivem”, havendo a “concentração do poder decisório nas mãos das empresas transnacionais e dos organismos internacionais”. Com isto, verifica-se o “retraimento da esfera pública”, com a consequente “diminuição da participação popular no palco político”. (LIMA, 2002, p. 307)

O Estado ligado ao gerenciamento da *res publica* exerce, agora, o papel de protetor dos interesses do poder econômico – fonte real de poder. A legitimação do direito, antes derivada da proteção do interesse coletivo, encontra-se agora (falsamente) vinculada à proteção do interesse econômico, este apresentado à coletividade como sendo, *ultima ratio*, a própria *res publica*, sinônimo da liberdade individual, entendida agora como liberdade de atuação econômica:

Assim, a globalização econômica, alicerçada sob a ideologia neoliberal, faz com que o Estado deixe de ser um espaço privilegiado para participação política e para a conquista e defesa dos direitos dos cidadãos, passando a constituir uma seara que serve de “guardiã” do livre mercado. Neste diapasão, o espaço estatal respaldado pela legitimidade política no âmbito das conquistas do Estado moderno, cederia lugar para a legitimação econômica trazida pelo fenômeno da globalização. (LIMA, 2002, p. 174-175)

Milton Santos explica como a instalação de grandes empresas, em geral multinacionais, alteram a estrutura do emprego, instalam novas técnicas e atinge as relações sócias e econômicas do lugar:

Um pequeno número de grandes empresas que se instala acarreta para a sociedade como um todo um pesado processo de desequilíbrio. Todavia, mediante o discurso oficial, tais empresas são apresentadas como salvadoras dos lugares e são apontadas como credoras de reconhecimento pelos seus aportes de emprego e modernidade. Daí a crença de sua indispensabilidade, fator da presente guerra entre lugares e, em muitos casos, de sua atitude de chantagem frente ao poder público, ameaçando ir embora quando não atendidas em seus reclamos. Assim, o poder público passa a ser subordinado, compelido, arrastado. (SANTOS, 2010, p. 68)

Nestes termos, não só o direito tem seu conteúdo conformado pelo poder econômico, mas também as políticas públicas são definidas de acordo com os interesses e as possibilidades definidas pelo mercado, excluindo-se do âmbito de atenção das políticas públicas as demandas majoritárias em prol dos interesses imediatos da acumulação de capital neoliberal: “a arquitetura institucional do setor público e os procedimentos jurídico-administrativos de inclusão de demandas sociais foram concebidos em conjunturas políticas

pouco democráticas e, no mais das vezes, informadas por estratégias de exclusão de demandas majoritárias”. (GOMES, 1996, p. 118)

A política, antes feita sob os domínios do Estado e sob regras – ainda que defeituosas – democráticas, agora é feita no mercado. Esse mercado não existe como ator, mas como uma ideologia, um símbolo: “os atores são as empresas globais, que não têm preocupações éticas, nem finalísticas”. (SANTOS, 2010, p. 67)

No que diz respeito à soberania, Milton Santos assevera que temos hoje um “território nacional da economia internacional, isto é, o território continua existindo, as normas públicas que o regem são da alçada nacional, ainda que as forças mais ativas do seu dinamismo atual tenha origem externa”. (SANTOS, 2010, p. 76)

Desta forma, o Estado não perdeu poder, mas ao contrário, continua tendo o monopólio da produção das normas sem as quais os poderosos fatores externos perdem eficácia. (SANTOS, 2010, p. 76-77) Não houve, por parte do Estado, uma perda da capacidade normativa, mas sim uma perda na capacidade de definir o conteúdo normativo que, agora, é preponderantemente definido por outro poder: o econômico. O Estado não é mais encarado como obstáculo da atuação neoliberal com vistas à acumulação de capital: transformou-se em instrumento da economia globalizada, valendo-se principalmente dos canais de definição das políticas públicas e de construção do conteúdo normativo do direito: “é o Estado nacional que, afinal, regula o mundo financeiro e constrói infraestruturas, atribuindo, assim, a grandes empresas escolhidas a condição de sua viabilidade”. (SANTOS, 2010, p. 77)

A definição do conteúdo normativo do direito, antes negociado pela atuação política dos setores da sociedade na arena estatal, ocorre agora sem a participação dos setores da sociedade na arena econômica, no território difuso, internacional e descentralizado do mercado, com a participação hegemônica dos agentes econômicos. A perda do poder do Estado e o declínio da participação política dos cidadãos privam os indivíduos de decidirem os rumos da sociedade. (LIMA, 2002, p. 308-309) Com isso,

[...] o fenômeno da globalização desenvolve um processo no qual o espaço público deixa de ser legitimado pela política, passando a legitimar-se pela economia. [...] o mercado se sobrepõe a toda a vida social, a qual fica sintetizada uma relação de custos/benefícios. Todas as dimensões da vida reduzem-se ao mercado, não havendo mais lugar para a política e, conseqüentemente, a esfera pública deixa de ser um espaço para a reivindicação de direitos e de sua defesa, máxime no tocante aos direitos sociais, peculiaridade que enfraquece a cidadania. (LIMA, 2002, p. 319)

Apenas parcialmente se concorda com Habermas quando este afirma que o Estado moderno, como resultado da diferenciação de um sistema econômico, apenas “regulamenta o processo produtivo através do mercado” de modo “descentralizado e apolítico”; que o Estado “organiza as condições nas quais os cidadãos, como indivíduos privados que atuam de modo concorrencial e estratégico, explicitam o processo produtivo”. (HABERMAS, 2003, p. 229)

O Estado não é simplesmente um regulamentador do processo produtivo, um simples garantidor da atuação dos indivíduos privados (agentes capitalistas) no mercado produtivo. Ao ser cooptado pelo poder econômico, tornou-se agente ativo desse processo financeiro que garante, regula, mas também promove o processo de acumulação do capital, sobretudo por instrumentos financeiros desvinculados do que se vêm denominando de “economia real”. É o que se verifica quando o Estado decide suas políticas econômicas mais preocupado com o preço das ações, do fluxo de capitais, com a liberdade destes, com a capacidade de financiamento da dívida pública, com a realização de *superávit* primário para pagamento dos juros da dívida pública, com a “saúde” financeira dos bancos, em detrimento da geração de empregos, aumento da renda salarial dos trabalhadores, fortalecimento da previdência pública, dentre outras necessidades sociais “reais” que se poderia enumerar longamente.

Afirma ainda Habermas que “o Estado desenvolve e garante o direito privado burguês, o mecanismo monetário, determinadas infraestruturas”, isto é, “as premissas para a existência de um processo econômico despolitizado, liberto de normas éticas e de orientações ligadas ao valor-de-uso”. (HABERMAS, 2003, p. 229)

Com efeito, o Estado atua como desenvolvedor e garantidor do direito privado burguês, mas não se limita a isso: nos Estados em que o poder econômico (global e neoliberal) atua como fator real de poder preponderante, o Estado atua também como agente ativo que favorece, protege e alavanca o processo de acumulação monetária (principalmente, como exposto acima, mediante instrumentos financeiros que desconsideram a “economia real”). Não é, como afirma Habermas, um processo econômico despolitizado: muito pelo contrário, é um processo econômico que se apropria da política.

Embora os partidários do neoliberalismo defendam o livre mercado, as grandes empresas valem-se cada vez mais da intervenção estatal em seu benefício, e os resultados dessa política são visíveis: a subjugação do trabalho pelo capital, vinculada a “uma comunidade de negócios altamente consciente de sua condição e dedicada à guerra de classes”. (CHOMSKY, 2006, p. 103)

Frequentemente, o Estado se vale da edição de novas leis que se transformam em instrumentos que permitem “a interferência do poder político na estruturas-econômicas, seja

com a finalidade de mantê-las, seja com o objetivo de modificá-las”, desassociando, deste modo, a tradição jurídica dogmática liberal que vinculava a aplicação da lei à realização dos ideais de “justiça”, “bem comum” e “fim social”. (FARIA, 1988, p. 69)

Para fins de se apropriar do espaço político, transfere-o da esfera estatal para a arena econômica, movimento este que promove um contínuo enfraquecimento da democracia: “o modo mais eficaz de restringir a democracia é transferir a tomada de decisões da arena pública para instituições não sujeitas ao controle público”. (CHOMSKY, 2006, p. 144) Chomsky classifica esta atual democracia como “democracia capitalista de estado”, pela qual se promove uma diminuição do Estado, ou seja, “a transferência do poder decisor da arena pública para outros lugares: ‘para as pessoas’, na retórica do poder; para as tiranias privadas, no mundo real”. (CHOMSKY, 2006, p. 144)

Canclini se pergunta como os cidadãos podem influenciar na tomada de decisões em um ambiente (pretensamente) democrático onde as campanhas eleitorais custam milhões e a imagem dos candidatos não se baseia em programas partidários, mas sim em *marketing* político. Em um ambiente como este, “os conflitos sociais e a gestão de suas interações se deslocaram para lugares herméticos, onde atuam forças às quais os cidadãos não podem confrontar”. (CANCLINI, 2006, p. 208)

Para tanto, o poder econômico age no sentido de deslegitimar o Estado como agente ideal para suprir as necessidades da comunidade:

A ideologia, na forma de propaganda simplificadora, do Estado incompetente, ineficiente, corrupto, letárgico, obeso e de um mercado austero, ágil, eficiente, probo, voltado para a qualidade total, é utilizada em dois sentidos: de um lado, legitima importantes itens da pauta neoliberal; de outro, ampliando enormemente o *déficit* de legitimação política do Estado, reduz seu custo, legitimando o modelo preconizado pelos neoliberais. O Estado que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir. (GOMES, 1996, p. 128)

O mercado desacreditou o olhar político, não apenas porque lutou contra a política, mas também porque se firmou como uma maneira mais eficaz de organizar as sociedades, “devorando-a, submetendo a política às regras do comércio e da publicidade, do espetáculo e da corrupção”. (CANCLINI, 2006, p. 34) E arremata Canclini:

Em um processo de integração transnacional, a reivindicação do público não pode ser uma tarefa para ser desenvolvida apenas dentro de cada nação. As macroempresas que reordenaram o mercado de acordo com os princípios de administração global criaram uma espécie de “sociedade civil mundial” de que são protagonistas. Com uma capacidade de decisão muito maior do que a dos partidos políticos, sindicatos e

movimentos sociais de alcance nacional, remodelam o que a ação coordenada dos Estados modernos tinha configurado como *espaço público*. Fazem-no, contudo, em escala mundial e subordinando a ordem social a seus interesses privados. Por isso, conceber o exercício da cidadania somente em nível local ou nacional é o equivalente político de enfrentar a Sony ou a Nestlé com estratégias de varejista. (CANCLINI, 2006, p. 220)

Há o que José Eduardo Faria denomina de “porosidade” nas relações entre as instituições financeiras, as corporações empresariais transnacionais, os organismos multilaterais e os Estados-nação, o que o leva a concluir que as instituições jurídicas, forjadas nessa nova realidade, dificilmente “guardarão muita semelhança com o tipo de direito forjado pelo Estado moderno”. (FARIA, 2004, p. 322-323)

Os institutos jurídicos estariam sendo objeto de uma “feudalização”: o direito moderno, vinculado a concepções de obrigações gerais, universais, claramente definidas e construídas pelo movimento codificador iluminista vinculado a um território soberano estaria sendo substituído por um “complexo de relações hierárquicas de dominação privada”, nos quais os direitos não são próprios dos indivíduos, mas da classe a que pertencem. O direito desterritorializa-se e protege seu titular, como membro da classe da qual deriva aquele direito, onde quer que se encontre. O direito individual assume, assim, o caráter de um “privilegio de uma pessoa como integrante de um dado grupo ou associação particular, culminando na coexistência de diversas comunidades jurídicas, cujas jurisdições autônomas se sobrepujam”. (FARIA, 2004, p. 325)

Se no período feudal os direitos decorriam de fatores como nascimento, etnia, nobreza, religião, agora decorrem dos interesses e das vontades “dos atores políticos e econômicos – as ‘organizações complexas’ – com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento e capacidade de geração tanto de emprego quanto de receitas”. O direito, nestes termos, assume um caráter neofeudal. (FARIA, 2004, p. 325)

A “feudalização” do direito representa um retrocesso das conquistas político-jurídicas obtidas no âmbito do Estado moderno. Decorre do poder político obtido pelas organizações transnacionais que deslocaram o centro nevrálgico de discussão e tomada de decisões políticas do Estado para o mercado. Aquelas organizações “atingiram um nível tão avançado de autonomia que possuem condições de se postarem em nível de superioridade em relação do ordenamento jurídico ou mesmo fora dele, bem como na interlocução com os cidadãos no âmbito da esfera pública”. (LIMA, 2002, p. 313)

No âmbito jurídico, ocorre um processo de miniaturização do Estado, contribuindo para o esvanecimento dos direitos políticos, de modo que os cidadãos não têm mais a

possibilidade de definir os destinos da sociedade dentro da seara política. Esta, por sua vez, perde significância devido ao poder das empresas transnacionais e das organizações internacionais, “havendo um deslocamento do local de deliberação e definição da política”. (LIMA, 2002, p. 344-345)

5 CONCLUSÃO

São vários os fatores reais de poder que atuam na configuração sócio-político-jurídica da atualidade. Uns com maior influência, abrangência e poderio que outros. Mas o poder econômico é o poder preponderante que, de certa forma, permeia os demais poderes. É o poder que representa o sistema de produção atual, o poder ligado à infraestrutura que alicerça os demais poderes, ideologias, a burocracia e o direito. Ele não exclui a existência de outros poderes, com os quais pode até mesmo unir-se. Mas é o poder preponderante, o poder configurador.

No atual estágio histórico, afirma Milton Santos, “o dinheiro e o consumo aparecem como reguladores da vida individual”. O dinheiro torna-se onipresente e reforça “a vocação para considerar a acumulação como uma meta em si mesma”. (SANTOS, 2010, p. 56)

Demonstrou-se anteriormente que o poder econômico deslocou o *locus* de tomada de decisão política da arena estatal para o mercado, enfraquecendo o poder de determinar o conteúdo normativo do direito. Representantes de diversos setores da sociedade – principalmente dos setores minoritários, mas também de muitos setores mais abrangentes – vêm perdendo sistematicamente a capacidade de influenciar na tomada de decisão política e de definição do conteúdo das normas jurídicas, pois o espaço de discussão e tomada de decisões não é mais o mesmo, não se encontra aberto e de livre acesso à comunidade. As empresas e organismos transnacionais assumiram o controle das decisões políticas e jurídicas, enfraquecendo o poder decisório do Estado. Assim, as mazelas político-jurídicas “decorreram da transnacionalização da esfera política e foram causadas pela globalização econômica, quando a política perde o seu referencial espacial delimitado, transcendendo as fronteiras do Estado-nação, desterritorializando-se”. (LIMA, 2002, p. 347)

Tanto o direito quanto as políticas públicas tornaram-se alvo da racionalidade formal-legalista instituída inicialmente pelo liberalismo pós-iluminista, pregando uma racionalidade jurídica fundada em critérios formalistas de validade, de aplicação da norma jurídica por mero exercício de subsunção, de forma que as instituições jurídicas tornaram-se procedimentais,

“pouco comprometidas com resultados substantivos e finalísticos, como era próprio do Estado intervencionista do pós-Guerra”. (FARIA, 2004, p. 149)

Como fator real de poder preponderante da atualidade, o poder econômico atua na elaboração do conteúdo das normas jurídicas. É fonte material do direito de primeira ordem. Enquanto Lassale considerou os fatores reais de poder na elaboração da Constituição jurídica, qualificando-os como constituição real, os fatores reais de poder também atuam em momento posterior ao nascimento da constituição do país: quando as leis estão contrárias aos interesses do poder econômico, este atua politicamente – e não juridicamente – com vistas à conformação normativa do direito, sintonizando-o com seus interesses.

Mas, como bem afirmado por Hesse, a relação entre os fatores reais de poder – a constituição real – e a Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas sem dependerem, pura e simplesmente, uma da outra. (HESSE, 1991, p. 15) Assim, embora o poder econômico tenha atuado na conformação normativa da Constituição e das leis infraconstitucionais, o direito também influencia e conforma o poder econômico, muitas vezes contra os interesses financeiros deste poder dominante. A relação é de mútuo condicionamento, uma via de mão dupla, embora haja uma preponderância na conformação exercida no sentido poder econômico-conteúdo das normas jurídicas. Não há, assim, uma relação mecanicista entre o poder econômico e o conteúdo das normas jurídicas: o poder econômico não configura todos os aspectos do conteúdo do direito, conquanto este também exerce sua influência sobre os movimentos do poder econômico. Mas há uma preeminência ontológica, essa preponderância da economia, dos modos de produção, sobre as demais categorias sociais, inclusive o direito.

O direito não constituiu o poder originariamente. A relação, aqui, é inversa, mas mútua: é o poder que constitui o direito, mas esse ato de constituição dá origem há uma relação dialética de contínuas superações e simbioses entre o poder e o jurídico, de mútua coordenação, de retroalimentação que garante a sobrevivência de ambos. Esse relacionamento dialético se configura na medida em que, reconhecendo a importância das “forças sociopolíticas no surgimento e na sustentação da Constituição folha de papel”, Hesse “postula como ponto de partida para a análise dessas relações a existência de um condicionamento recíproco entre a Lei Fundamental e a realidade político-social que lhe é subjacente”. (COELHO, 1998, p. 187)

O poder econômico atua como fator real de poder também infraconstitucional, atuando na conformação do conteúdo normativo do Direito. É uma das fontes materiais do direito, a mais preponderante delas. A atuação do poder econômico como fator real de poder não é

mecanicista, não age como fator determinante absoluto, mas participa de uma relação dialética com o Direito por ele conformado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. **A interpretação sociológica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. trad. Maurício Santana Dias. 6ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse / Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n.º 138, abr.-jun. de 1998, p. 185-191.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global**. trad. Pedro Jorgensen Jr. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

ENGELS, Friedrich. Letters on historical materialism to Joseph Bloch. In: TUCKER, Robert C. (org.) **The Marx-Engels reader**. 2ª. ed. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 760-765.

ENGELS, Friedrich. Prefácio para a terceira edição alemã d'O 10 Brumário. In: MARX, Karl. **O 18 Brumário e cartas a Kugelmann**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Transformações do trabalho e reforma trabalhista. In: Sidnei Machado; Luiz Eduardo Gunther. (Orgs.). **Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectiva**. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 13-25.

GIDDENS, Anthony. **Capitalism and modern social theory: an analysis of the writings of Marx, Durkheim and Max Weber**. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand Johann Gottlieb. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MARX, Karl. Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política'. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **História**. (org. Florestan Fernandes). São Paulo: Ática, 1984.

MARX, Karl. **O 18 Brumário e cartas a Kugelmann**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PLATÃO. **A República**. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s. d. 2005.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.