

DIREITO, PODER, ESTADO: UM CONTRAPONTO À “CRÍTICA FOUCAULTIANA” EM TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE

Luiz Augusto da Silva¹

Resumo: O artigo oferece um contra-argumento ao que chama de “crítica foucaultiana” do Direito. Apresenta as concepções de poder em Michel Foucault – poder disciplinar e biopoder –, para então discutir a influência dessas ideias no pensamento jurídico crítico brasileiro. Se, por um lado, a “crítica foucaultiana” tem sido útil para desvelar percepções ideológicas da Modernidade do Direito (séc. XVII-XIX), por outro, ela apresenta insuficiências na medida em que descarta de certos aspectos do que se tem identificado, com base na obra de Jacques Chevallier, de “pós-Modernidade” jurídica. Daí a necessidade de renovar a análise crítica para enfrentar os novos desafios do Direito “pós-moderno”.

Palavras-Chave: Direito. Poder. Pós-modernidade. Teoria do Estado.

LAW, POWER, STATE: A COUNTER-ARGUMENT ON THE “FOUCAULTIAN CRITICISM” IN TIMES OF POST-MODERNITY

Abstract: The article offers a counter argument on the “foucaultian criticism” of the Law. It presents the conceptions of power in Michel Foucault – disciplinary power and biopower – and then discusses the influence of these ideas in Brazilian critical legal thought. If, on the one hand, the “foucaultian criticism” has

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (BR). Advogado em Curitiba, Paraná (BR).

been useful to unravel the ideological perceptions of legal Modernity (cen. XVII-XIX), on the other, it suffers of insufficiencies to the extent that it does not tackle certain aspects of what has been identified, based on the works of Jacques Chevallier, as legal “post-Modernity”. This raises the need of renewing the critical analysis in order to face the new challenges posed by “post-modern” Law.

Keywords: Law. Power. Post-modernity. Theory of the State.

1 INTRODUÇÃO



ireito, poder e Estado: três categorias cujo profundo entrelaçamento histórico, inaugurado com o advento da Modernidade, condiciona a maneira pela qual se concebe a teoria jurídica, seu objeto e a sua função enquanto saber explicativo da sociedade. De fato, o grande projeto moderno, se for possível sintetizá-lo numa frase, reside precisamente aí: buscar *tornar jurídico o poder do Estado*. Acreditava-se que a submissão do Estado às amarras do Direito se mostraria suficiente para conter o poder soberano, cuja tendência seria desvirtuar-se em poder totalitário e opressor – esse era o valor político subjacente à própria ideia moderna de “Estado de Direito”². Com isso, estariam assegurados, contra os abusos de um poder extroverso, os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos. O Estado moderno – ao menos em termos de modelo teórico – se faz verdadeira *criatura jurídica*; ele condensa, na imagem da sua soberania, todo o poder social, que se institucionaliza, se racionaliza e se expressa

² “O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos.” (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96).

através de seu Direito por excelência – a lei.

Muito contribuiu para revelar o caráter dissimulador por detrás dessas concepções a obra de Michel Foucault (1926-1984). Suas análises em torno do fenômeno do poder e do Estado não cansam de inspirar reflexões, especialmente no campo do Direito. Com base nas noções de “poder disciplinar”, “biopoder” e “normalização” – todas centrais em Foucault – muitos estudiosos do Direito tem atacado a teoria jurídica legada pela Modernidade direto em suas raízes: existem, afinal, diversos poderes *para além* do poder do Estado; a lei emanada do Estado – prosseguem –, pretensamente democrática, *não é* fruto de uma razão imanente a ele, e aparece impregnada de uma série de estratégias normalizadoras de disciplina e de biopolítica. Chamaremos essa vertente teórica, correndo o risco de fazer alguma simplificação, de “crítica foucaultiana” do Direito.

Mas não iremos aqui acompanhar os críticos – ao menos não totalmente. Este artigo procura trazer, num modesto convite ao debate, um contraponto a essas críticas. Eis a argumentação a ser desenvolvida: o Direito – e, por consequência, suas relações com o poder e com o Estado – já não apresenta aqueles mesmos traços que lhe foram a marca na Modernidade (séculos XVII-XIX). Ou, pelo menos, ele apresenta atributos novos que vieram a se somar e a modular a configuração dos antigos, oitocentistas: algo que se tem identificado, sobretudo com base nos trabalhos de um teórico do Estado conterrâneo de Foucault, Jacques Chevallier (1943-), como a “pós-Modernidade” do Direito. A teoria jurídica se defronta com outros desafios – de modo que sua “crítica foucaultiana” deve também renovar-se, e passar a se dirigir a esse paradigma inovador de Direito “pós-moderno”.

2 O PODER PARA FOUCAULT: PODER DISCIPLINAR E BIOPODER

Para compreender o que se denomina de “crítica

foucaultiana” do Direito, é preciso, antes, tecer algumas considerações sobre a ideia de *poder* no pensamento de Michel Foucault. Não é a proposta do artigo fazer glosa detalhada dos textos do filósofo francês³. O que interessa, particularmente, são as suas análises sobre o que ele identifica como sendo duas “tecnologias de poder” distintas, as quais conduzem a uma observação mais geral sobre como o poder se manifesta nas esferas de relações sociais. Seguindo o percurso teórico empreendido pelo próprio Foucault, trata-se do “poder disciplinar”, descrito na obra *Vigiar e Punir* (1975) e do “biopoder”, ou “biopolítica”, discutido numa das aulas proferidas durante seu curso ministrado no Collège de France entre 1975 e 1976, e posteriormente compiladas no livro *Em Defesa da Sociedade*.

Vamos a elas. Tanto a disciplina quanto a biopolítica operam tendo como referência uma “norma”. A *norma*, em Foucault, não possui o significado que os versados no Direito estamos acostumados a manter em mente – de “norma jurídica”, regras de observância obrigatória resultado de um texto sancionado pelo Estado. Bem mais difusa e etérea, a “norma” é apenas um padrão, uma média, um referencial a ser seguido, discursivamente definido. Buscando conformar o indivíduo aos critérios estabelecidos pela “norma” – torna-lo “normal”, “normalizá-lo” – é que emergem as “tecnologias de poder”. São poderes “positivos”, na medida em que suas funções não se restringem a simplesmente limitar as condutas individuais (limites “negativos” à conduta), mas de fato moldam, condicionam, permeiam, em nível constitutivo, as subjetividades⁴. Tudo isso faz com que se vivencie, desde a Modernidade, uma verdadeira *sociedade de normalização*.

2.1 O PODER DISCIPLINAR E O CONTROLE

³ Para isso, remete-se o leitor aos trabalhos específicos indicados nas referências bibliográficas.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 59-60.

SOBRE OS CORPOS

A primeira dessas tecnologias é o *poder disciplinar*. Ao estudar o nascimento das prisões, Foucault constata que as sociedades modernas, ao longo do século XVIII, tornaram-se sociedades eminentemente marcadas por estratégias de *disciplina*: uma técnica de poder voltada ao “bom adestramento” individual; ela incide sobre os *corpos* dos indivíduos, buscando moldá-los de acordo com os padrões normalizadores. A disciplina, pois, segundo Foucault, “separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes”, ao que complementa que “a ‘disciplina ‘fabrica’ os indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.”⁵ São inúmeras as instituições sociais de cunho fortemente disciplinar identificadas por Foucault: escolas, quartéis, hospitais, asilos, fábricas e, é claro, as prisões.

O poder disciplinar se vale de três instrumentos principais: (i) a vigilância hierárquica, (ii) a sanção normalizadora e (iii) o exame. A *vigilância hierárquica* faz presente o poder por meio do olhar constante, generalizado e anônimo sobre os indivíduos. Opera-se especialmente através da arquitetura específica das instituições disciplinares: exemplos emblemáticos, descritos por Foucault, são os acampamentos militares, as escolas e hospitais edifícios, e os panópticos das prisões⁶. Em todas elas, a disposição espacial dos corpos é feita de tal modo que, sobre eles, incidem incessantemente os olhares da vigilância.

A *sanção normalizadora*, por sua vez, consiste num “pequeno mecanismo penal” no interior das instituições

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 167.

⁶ “A vigilância se torna um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 172).

disciplinares: são castigos aplicados em face dos desvios de comportamento, do desvio em relação às regras. Possui função não de vingança contra o infrator, mas de efetiva correção das condutas (daí a ênfase dada às punições de aprendizado intensificado, pela repetição da tarefa inicialmente descumprida). Sobressaem também sanções “premiais”, incentivos, honorarias, que permitem classificar e hierarquizar os indivíduos segundo critérios de “bons” e “maus” – leia-se, mais ou menos conformes à “norma”⁷.

Por fim, o *exame*, combinando as técnicas de vigilância e de sanção, é o momento no qual se qualifica, classifica e pune o indivíduo desviante da norma. Aqui ocorre a máxima individualização do sujeito, que é analisado e descrito numa linguagem técnica: ele se torna um “caso” específico, a ser relatado e documentado em todas as suas especificidades para posterior comparação com a “norma”. O ritual do exame inverte a economia da visibilidade no exercício do poder, colocando no centro dos holofotes o próprio sujeito examinado. Em suma, mediante o procedimento do exame, “cada uma recebe como *status* sua própria individualidade.”⁸

2.2 A BIOPOLÍTICA E O CONTROLE SOBRE AS POPULAÇÕES.

Mas não é só através da disciplina – do controle sobre os corpos individuais – que se manifesta o poder no interior da sociedade de normalização. Desde a segunda metade do século XIX, diz Foucault, aparece uma nova tecnologia de poder, orientada não mais ao controle dos corpos, do indivíduo em si, e

⁷ “A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 179-180).

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 187.

sim às populações inteiras – ao homem enquanto ser biológico vivente, à *vida*. É o surgimento do que o filósofo chama de *biopolítica*, ou *biopoder*⁹.

Preocupa-se, a biopolítica, com o ser humano tomado como membro de uma “massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida”: taxas de nascimento e de óbito, taxas de reprodução, de longevidade, índices de incidência de doenças endêmicas sobre determinados grupos, acidentes de trabalho, para mencionar alguns exemplos¹⁰. E os objetivos biopolíticos, os propósitos almejados pelo biopoder, naturalmente são correlatos ao caráter dos fenômenos aos quais seu olhar se volta: não se trata de conformar os corpos, como na disciplina, mas sim de regular – ou melhor, de *normalizar* – certos aspectos globais da existência humana, como diminuir as taxas de fecundidade e mortalidade, reduzir a ocorrência de doenças, ou aumentar a expectativa de vida. Significa dizer, por tudo isso: a partir do século XIX, a vida converte-se em verdadeiro *problema político fundamental*, a ser endereçado e conformado pelas estratégias de poder.

O instrumental da biopolítica não reside mais na vigilância hierárquica, na sanção normalizadora ou no exame – essas são técnicas da disciplina, por vocação direcionadas a agir sobre o corpo do sujeito. O biopoder, por se referir aos acontecimentos gerais da espécie humana, se vale de instrumentos de qualidade também geral: ele é exercido principalmente através de previsões, de estatísticas, dos sensos demográficos e das medições globais. Desenvolvem-se outras ferramentas orientadas a exercer o controle e o direcionamento sobre a população, de igual modo sutis; porém, talvez de maneira mais intensa, economicamente racionais. São as várias formas de assistência social maciça, politicamente organizadas: seguros, poupanças individuais

⁹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 289-290.

e coletivas, instituições de previdência, tratamentos medicinais de massa¹¹, etc. Enfim, se o poder soberano, na tradição política clássica, era aquele capaz de “deixar viver e fazer morrer” os seus súditos, com o biopoder essa relação altera os polos: trata-se agora de “fazer viver e deixar morrer”¹².

No mais, note-se que – e o alerta é feito pelo próprio Foucault – o poder disciplinar e o biopoder não são estratégias mutuamente excludentes, e que tampouco se sucederam no curso da história, uma tomando o lugar da outra. Pelo contrário, cada uma delas opera em diferentes planos – a disciplina, no plano do corpo individual; o biopoder, no plano das massas das populações – sendo que ambas passaram a conviver entre si¹³. A disciplina e biopolítica, juntas, configuram a intrincada rede de relações de poder a que estão submetidos constantemente os indivíduos na sociedade de normalização.

2.3 SÍNTESE PARCIAL: O PODER COMO RELAÇÃO

Aí estão, em breves linhas, poder disciplinar e biopolítica: duas tecnologias de poder, duas estratégias de normalização que conformam e constituem os sujeitos. O ponto central, para os propósitos deste artigo, é chamar a atenção para o fato de que – contra toda uma teorização clássica em torno da soberania – *o Estado não é a fonte única e exclusiva de “emanação” de poder*

¹¹ A propósito, segundo Foucault, a medicina se eleva à condição de saber-poder dos mais eficazes – afinal, todo campo do saber é também tido como uma forma de poder: “Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 31).

¹² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 297-298.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

no interior da sociedade. Aliás, o próprio verbo “emanar”, quando se analisa o poder, já está equivocado. Pois o poder não “emana” de lugar nenhum; não é algo que se “tenha” ou que se “titularize”: é, antes, uma *relação*. Com efeito, apesar de suas diferenças de escopo e de instrumentos, se há um fator em comum que liga o poder disciplinar e a biopolítica, ele parece ser o seguinte: os dois funcionam, se exprimem e se operacionalizam independentemente de qualquer instituição oficial, dentre as quais está aquela que, em tese, seria a mais formidável delas – o *aparato do Estado*. Disciplina e biopolítica são técnicas de poder que se *espraiam entre as relações sociais*.

Por isso, não há falar, para Foucault, em nenhuma “essência” ou “ontologia” do poder, pronta para ser descoberta¹⁴. O poder é visto como uma *estratégia*, e não como uma propriedade ou um privilégio. Daí a imprecisão das análises político-jurídicas tradicionais, tão bem denunciada por Foucault, que sempre insistiram em tratar o poder exclusivamente da perspectiva do soberano – como se o rei, “detentor” do poder, o impusesse “de cima para baixo” aos seus súditos, numa relação hierárquica de sentido único. O que existem, na realidade, são redes complexas de *relações de poder*, em constante tensão, travadas entre os indivíduos na vida em sociedade – é o atributo “microfísico” do poder de que fala Foucault: o poder perpassa por todos, sem ser apropriado por ninguém, ele circula, sem assentar-se em lugar nenhum¹⁵. O Estado, pois, representa apenas mais um feixe,

¹⁴ Acolhemos a leitura de Ronaldo Porto Macedo Junior sobre o poder em Foucault: “[...] o poder [para Foucault] não tem essência, não é concebido como uma propriedade (não é como dinheiro que dá poder a quem o possui), nem está localizado em algum lugar. Ele é concebido como uma *estratégia*. [...] O poder não tem essência, é apenas uma *relação*. Por tal motivo, ele não deve ser concebido como sendo fundamentalmente repressivo nem confundido com a violência.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 2(1), pp. 151-176, jan./jun. 1990, p. 158).

¹⁵ “Ora, o estudo desta microfísica [do poder] supõe que o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma *estratégia*, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma ‘apropriação’, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes *uma rede de*

limitado e particular, dentro de um universo muito mais vasto dessas relações de poder.

São essas as reflexões de Foucault acerca do poder e do Estado, em especial, que irão exercer forte influência sobre alguns segmentos do pensamento jurídico brasileiro – dando origem ao que se vinha referindo como uma “crítica foucaultiana” do Direito. Agora é o momento de especificar melhor o que se quer dizer com isso.

3 A “CRÍTICA FOUCAULTIANA” DO DIREITO: O PODER PARA ALÉM DO ESTADO

Pois bem: em que consiste a crítica? A verdade, como se sabe, é que Foucault nunca se interessou especificamente pelo Direito: existem somente passagens, pistas, em sua obra, que sugerem o que filósofo pensa a respeito dele¹⁶. O que aqui se denomina de “crítica foucaultiana”, portanto, – e é importante deixar isso claro – não é nada que Foucault tenha dito, *ele mesmo*, sobre o fenômeno jurídico (ao menos não explicitamente). A expressão se refere, antes, às teses que uma linha de *juristas*, inspirados pela interpretação que fazem das análises histórico-filosóficas de Foucault, tem elaborado sobre o seu próprio objeto de estudo. Buscam, em síntese, “cortar a cabeça do rei” no campo do Direito – para usarmos a metáfora tornada célebre por Foucault –, seguindo o conselho de que “é preciso *estudar o poder*

*relações sempre tensas, sempre em atividade, que um privilégio que se pudesse deter [...] O que significa que essas relações se aprofundam dentro da sociedade, que não se localizam nas relações do Estado com os cidadãos ou na fronteira das classes e que não se contentam em reproduzir ao nível dos indivíduos, dos corpos, dos gestos e dos comportamentos a forma geral da lei ou do governo [grifamos].” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 30).*

¹⁶ Nesse sentido: “(...) uma pesquisa sobre o direito em Foucault não pode beneficiar-se da precisão e da constância de um objeto que permitiriam um estudo linear. Estamos diante de uma fragmentação, portanto, do objeto.” (FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonade, 2002, p. 19).

*fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisá-lo a partir das técnicas e táticas de dominação [destaques adicionados].*¹⁷

A crítica assume uma dupla conotação, embora nem sempre esse recurso fique bem delimitado no argumento. Refere-se, por vezes, (a) ao próprio *conteúdo* das normas¹⁸ veiculadas pelo Direito (“direito objetivo”, “positivo”, ou linguagem das normas jurídicas); noutras, (b) às premissas político-filosóficas fundantes da *teoria jurídica* (discurso especializado sobre o Direito, ou metalinguagem do Direito)¹⁹. A partir daí, os críticos tomam como foco um modelo de teoria jurídica bem definido, e razoavelmente localizável no curso da história: a Modernidade jurídica, vivenciada especialmente entre os séculos XVII e XIX. E o confronto com o passado é *trazido ao presente*: no geral, esse movimento é levado a cabo pela referência ao fato de que, a despeito da passagem dos séculos, continuamos presos, numa espécie de *path dependence*²⁰, a determinados esquemas de raciocínio jurídico inaugurados na era moderna. Ao que tudo indica, segundo a crítica foucaultiana, também o Direito, enquanto prática social institucionalizada, sofreria de uma dificuldade acentuada para se desvencilhar das práticas modernas, por

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

¹⁸ Aqui o termo “norma” já está sendo utilizado em seu sentido propriamente *jurídico*, de regra extraída de um texto de caráter normativo positivado por uma instância institucional, geralmente o Estado.

¹⁹ A bem da verdade, essa é uma simplificação feita para fins exclusivamente didáticos: na prática, é muito difícil distinguir entre argumentos orientados à linguagem jurídica e à metalinguagem sobre o Direito, já que ambas se apresentam como componentes de uma mesma prática discursiva.

²⁰ Expressão empregada sobretudo na literatura neoinstitucionalista do “Direito e Desenvolvimento” (*Law and Development*), aqui utilizada por analogia, para designar a dificuldade de mudanças institucionais decorrente da consolidação de um determinado arranjo de instituições ao longo do tempo (PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, April 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415040>> Acesso em 03/03/2018).

terem elas sido o paradigma jurídico dominante durante muitos séculos²¹.

3.1 CRÍTICA AO CONTEÚDO DAS NORMAS JURÍDICAS

Procedamos em etapas. Quanto ao (a) conteúdo das normas jurídicas, a crítica enfatiza a circunstância de que o Direito não foi, não é e nem nunca será “neutro” ou “racional” em seus comandos, como quis a Modernidade e o jusracionalismo – até porque o Estado formalmente democrático do qual ele provém não é o arauto de uma Razão transcendental. O processo histórico que conduziu àquela essa percepção, moderna, sobre a tríade “Estado, poder e Direito” é conhecido: sendo o Estado a encarnação da *nação*, ele passa a ser o único detentor do poder político legítimo; a normatividade jurídica posta por esse poder, logo, na medida em que reflete a *vontade geral da nação* expressada através do Estado – a lei – reveste-se de uma autoridade intrinsecamente racional, superior e universal²². O Direito, aí, se esgota na lei, que por sua vez é obra do poder político proveniente do Estado.

Contrariando esse discurso de “neutralidade” e “racionalidade”, afirma a crítica foucaultiana: a lei estatal pode ser – e muitas vezes ela é – instrumentalizada, capturada, por mecanismos de poder normalizadores, tanto disciplinares quanto biopolíticos²³. De fato, se, por um lado, é certo que estratégias de

²¹ Por todos, ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, *passim*.

²² COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, pp. 1115-1143. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 1120.

²³ “[...]a lei integra os mecanismos de poder, os quais permeiam nossa sociedade, se apresentando a todo o momento dentro do poder soberano influjos, influências, do poder disciplinar. Ou, em linguagem mais direta (e talvez rasa), o poder disciplinar

disciplina e de biopolítica se expressam em redes intrincadas de relações de poder, sem qualquer interferência *necessária* de um “poder central” institucionalizado (como pretende ser o do Estado), por outro, e não menos importante, não há uma incompatibilidade absoluta entre o mundo “normativo” (normalização) e o mundo “jurídico” (poder do Direito e do Estado). Vale dizer: a lei promulgada pelo poder estatal acaba se tornando um veículo de poderes dispersos nas relações sociais – um *artifício normalizador*²⁴. É possível que haja um espectro contínuo de *imbricação e congruência* entre esses dois tipos de poder: o Direito é colonizado por elementos de poder que lhes são externos e muitas vezes independentes, exercendo uma *função normalizadora* sobre os indivíduos submetidos a ele²⁵.

À luz dessa constatação, advém um desdobramento relevante, que se poderia chamar de uma *crítica ideológica* ao conteúdo do Direito moderno. Muitos dos ideais político-jurídicos consagrados pela Modernidade, por focalizarem excessivamente no relacionamento entre o poder do Estado e o cidadão, passam a ser vistos, nesta cadeia argumentativa, como instrumentos encobridores de outras relações de poder mais enraizadas – e talvez, até mais decisivas para a vida das pessoas – que se multiplicam no interior da sociedade.

3.2 CRÍTICA ÀS PREMISSAS DA TEORIA JURÍDICA

também se utiliza da lei.” (LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. *Poder e Norma: Michel Foucault e a aplicação do direito*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 64).

²⁴ FRANÇA, Fábio Gomes. Foucault, o Direito e a Norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico. *Revista Publius*, São Luís, v.1, n. 1, jan./jun. 2014, p. 12.

²⁵ “A norma (seja o poder disciplinar, seja o biopoder) pode funcionar sem o recurso do direito; o direito também pode funcionar sem que ele seja necessariamente normalizador; mas o direito pode funcionar (e de fato funciona em diversas vezes) articuladamente com uma nítida função de ‘normalização’.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 277).

Passemos à vertente da crítica dirigida à (b) teoria jurídica. O problema para os críticos está, essencialmente, na imagem errônea que a teoria desenha do *fenômeno do poder* no seio da sociedade. A tradição jurídica clássica é tida como reducionista, ou mesmo falseadora da realidade, uma vez que se restringe à análise de um poder pretensamente exclusivo e superior: o poder *do Estado*, ou, nas palavras de Foucault, do “poder soberano”. Afinal, a grande preocupação no pensamento jurídico-político desenvolvido na Modernidade sobre o poder sempre girou em torno da figura do Estado: quais requisitos lhe conferem legitimidade, como ele exerce seu poder sobre os cidadãos, quais devem ser os limites desse poder, e assim por diante – temas, aliás, que deram as bases para o surgimento, nos séculos XVIII-XIX, de ramos mais “novos” do próprio Direito, como o Direito Constitucional e o Direito Administrativo²⁶.

Noções-chave contidas no Direito moderno (e no respectivo discurso jurídico) como “princípio da legalidade”, “Estado de Direito”, “autonomia da vontade”, “igualdade”, “sujeito de direito”, separação entre “esfera pública” e “esfera privada”, entre “Estado” e “sociedade civil”, revelam-se, no fundo, como abstrações enganosas. Pois em paralelo a esse plano jurídico, povoado pelos sujeitos de direito formalmente livres e iguais, protegidos contra os possíveis abusos de um único “centro irradiador” de poder – o Estado – segue uma existência concreta, de sujeitos reais, marcada por toda uma sorte de relações de poder disciplinares e biopolíticas que constroem sua liberdade de autodeterminação política e intelectual²⁷.

²⁶ Sobre o tema, ver o magistral trabalho histórico de um dos maiores administrativistas italianos do nosso tempo: CASESSE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, pp. 23-110.

²⁷ ²⁷ “Se de um lado o saber jurídico em geral visualiza o ‘sujeito de direito’ e de ‘poder’ como categorias que estão envoltas em noções como autonomia da vontade, interesse, contrato, igualdade entre as partes, racionalidade, poder do Estado, autoridade legítima, etc. – o que denota uma dívida muito grande com toda a conceptualização em torno do sujeito e do poder feita entre os séculos XVII e XIX –, de outro

E justamente aí é que estaria, segundo a crítica, a miopia analítica da teoria jurídica moderna: conforme exposto, não é o Estado o “detentor monopolístico” do poder. Existe poder *para além do poder público/estatal*²⁸; existem inúmeras relações de poder que constroem os indivíduos fora de suas interações com o Estado, as quais merecem ser desveladas e, em alguma medida, remediadas – aspecto que, na opinião dos críticos, acaba permanecendo às escuras na teorização jurídica.

3.3 SÍNTESE PARCIAL: AS DISTORÇÕES NO DIREITO MODERNO

Assim, à guisa de síntese, é possível identificar três premissas básicas, representadas por atributos percebidos como os “sensos comuns” da teoria jurídica, contra os quais investe a crítica foucaultiana do Direito: (i) a teoria jurídica encara o Estado como fonte única de poder na sociedade, que se expressa através da lei; (ii) esse poder é legítimo, na medida em que emana de um ente racional – a lei promulgada pelo Estado legitimado democraticamente; e (iii) somente o Estado, entidade racional, é fonte de Direito.

A questão que se coloca, a essa altura do desenvolvimento do conhecimento jurídico, é saber se e em que medida toda a construção teórica moderna sobre o poder do Estado e sobre uma lei racional (bem como todos os seus consectários: “legalidade”, “igualdade formal”, “sujeito de direito”, etc.)

lado assistimos a um sujeito real cada vez com menos autonomia política, com cada vez menos autonomia intelectual para desatar-se do caráter sistêmico das diversas racionalidades que o envolvem, cada vez mais envolto em dispositivos e tecnologias de poder que o tornam mais controlado disciplinado e ‘normalizado’.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 279).

²⁸ No original: “Not all power is public power”: CRAIG, Paul. Public Law and control of Private Power. In: TAGGART, Michael (org.). *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 204.

permanece sendo, tal como aduz a crítica, o *verdadeiro adversário* que ainda hoje se nos apresenta. Aos contrapontos, então.

4 OS CONTRAPONTO: A “PÓS-MODERNIDADE” JURÍDICA (OU: DE COMO A CRÍTICA PRECISA ACOMPANHAR AS MUDANÇAS DO DIREITO)

É bem verdade que os juristas de hoje somos, em certa medida, ainda legatários daquilo que foi a tradição jurídica moderna. Lidos enquanto parte de uma *crítica histórica* (ou mesmo de uma *historiografia crítica*), os argumentos dos teóricos inspirados em Foucault são absolutamente precisos. Ao encará-los, no entanto, como uma *crítica teórico-filosófica* do Direito, ou seja, uma crítica àquilo que efetivamente se passa *aqui e agora* na reflexão jurídica – e é isso o que parecem pretender fazer esses autores –, seremos instados a levantar alguns questionamentos relevantes. Estaríamos tão presos assim às concepções herdadas da Modernidade jurídica? Acredita-se, realmente, num Estado plenipotenciário, fonte de um Direito unitário e racional, entregue sob o invólucro exclusivo da lei? Seriam essas as melhores implicações tiradas da atual ordem jurídica positiva? Se sim, então a crítica continua acertando em cheio o alvo; se não, ela precisará se adaptar a novos desafios ainda por serem inteiramente descobertos.

O título deste texto já antecipa parte da resposta: o Direito *mudou*; suas premissas e teorizações *mudaram com ele*. O conceito de Estado e de Direito “pós-Moderno”, elaborado pelo jurista Jacques Chevallier, pode trazer aportes muito úteis para enriquecer ainda mais o debate, dialogando de maneira interessante com algumas das contribuições fornecidas por Foucault sobre o fenômeno do poder.

Antes, todavia, vale um esclarecimento. Cogitar de “pós-Modernidade” é algo que, de imediato, pode suscitar um sem-número de objeções por parte daqueles que não compartilham

dessa mundivisão. E nem se teria a pretensão, neste espaço, de adentrar na instigante e inesgotável controvérsia sobre a existência real ou “essencial”, por assim dizer, de uma autêntica “pós”-Modernidade – entendida como superação do paradigma da Modernidade – em confronto com categorias rivais como “hipermodernidade”²⁹, “transmodernidade”³⁰, “Modernidade líquida”³¹, ou até, “Modernidade tardia/reflexiva”³². Usa-se aqui a expressão para objetivo bem mais simples e direto: trata-se, apenas, de situar metodologicamente a origem teórica dos contra-argumentos a serem esboçados³³.

Nesse sentido, conforme enfatiza Chevallier, a pós-Modernidade a ser discutida, isto é, a pós-Modernidade na vida do Direito e do Estado, *não se refere* a um suposto “fim” da Modernidade. Ela remete, isso sim, a um conjunto bastante heterogêneo de elementos sociais, políticos e econômicos que afetam a configuração do Estado e as suas relações com o Direito. Uns deles são “hipermodernos”, pois “leva[m] ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade”; outros são “anti-modernos” mesmo, já que “se desvinculam de certos esquemas da modernidade”³⁴. É dizer: não se sustenta qualquer forma de superação, de evolução linear e pré-definida, entre Modernidade e pós-Modernidade – postura que seria contrária à própria ideia de *complexidade estrutural* que a noção invoca³⁵. O fato é que,

²⁹ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

³⁰ Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

³¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. São Paulo: Zahar, 2001.

³² Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 24, 2011; GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

³³ Feito esse esclarecimento teórico, no restante do texto será dispensado o emprego de aspas no uso da expressão “pós-Modernidade”.

³⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 20.

³⁵ Segundo Chevallier “[...] O Estado pós-moderno é um Estado cujos traços permanecem, precisamente e enquanto tais, marcados pela *incerteza*, pela *complexidade*, pela *in-determinação*: esses elementos devem ser considerados como elementos

quando se trata do trinômio Direito-poder-Estado, *o velho convive com o novo*, e esse *algo novo* tornou-se significativo demais para ser desconsiderado pelas análises jurídicas – inclusive as que se propõem críticas. Confira-se.

4.1 O DIREITO JÁ NÃO É VISTO COMO EXPRESSÃO DA RACIONALIDADE INERENTE AO ESTADO.

Pelo menos desde meados do século XX, com o advento do chamado “Estado providência”, o Direito parou de ser encarado como fruto de uma “racionalidade transcendental”, inerente ao Estado. Com efeito, a partir do momento em que o Estado deixa de ser mero enquadrador de condutas, como pretendeu ser na era Moderna, que assegurava direitos mínimos de propriedade e de *enforcement* dos contratos para viabilizar as livres trocas econômicas – um Estado “guarda-noturno”³⁶ –, passando a intervir diretamente no domínio social e econômico para a implementação de políticas públicas das mais diversas, sua posição se modifica substancialmente: ele desce de seu pedestal de superioridade em relação à “sociedade civil”. Em outras palavras, o Estado perde seu “privilégio da transcendência: a legitimidade *não é mais adquirida de pleno direito*, mas depende da

estruturais, constitutivos do Estado contemporâneo.” (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21).

³⁶ A expressão exige esclarecimento. Não se deve confundir a postura *ab initio* absentista do Estado moderno em relação à atividade econômica, de “guarda-noturno” das relações interprivadas, com a ideia, que nunca se concretizou na prática, de um Estado “fraco”, “omisso”, ou de qualquer forma desengajado do contexto maior das relações sociais. Conforme destaca o jurista e cientista político alemão Franz Neumann: “O Estado liberal sempre foi tão forte quanto a situação política e social e os interesses burgueses exigiam. Ele travou guerras e reprimiu greves, protegeu seus investimentos com fortes frotas, defendeu e ampliou suas fronteiras com fortes exércitos, estabeleceu ‘paz e ordem’ com a polícia. Ele era forte exatamente naquelas esferas em que precisava e queria ser forte.” (NEUMANN, Franz. *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, pp. 13-87, jul./dez. 2014, pp. 15-16).

pertinência das ações engajadas [grifou-se]”³⁷. Com isso, a ação pública deixa de ser revestida de qualquer forma de “excelência” *a priori*, devendo *demonstrar sua adequação e conveniência*, caso a caso, no plano dos fatos, quanto aos seus métodos de atuação e, de modo mais acentuado, quanto aos seus *efeitos concretos* sobre o domínio social.

Para o Direito, as transformações são igualmente profundas, e seguem essa mesma linha: na medida em que passa a ser utilizado pelo Estado rumo à consecução de pautas socioeconômicas de cunho interventivo – surge um “direito intervencionista”, *e.g.*, o Direito Econômico³⁸ –, também ele perde toda a sua aura de racionalidade intrínseca e universal.

Basta observar, a fim de testar o argumento, como os principais atributos formais “inerentes” ao Direito construídos pela teoria jurídica moderna, que dariam a nota de sua racionalidade, sofreram um intenso processo de declínio, e que segue até os dias de hoje: (i) o “direito sistemático” deu lugar a uma *proliferação anárquica de regras* (leis, regulamentos, portarias, medidas provisórias, tratados, decisões judiciais, etc.), ferindo de morte a ideia duma “racionalidade intrínseca”; (ii) a “generalidade” das normas cedeu a um direito cada vez mais *especial e particular*, composto por regras detalhistas e de teor nitidamente técnico (*e.g.*, veja-se o que fazem as agências reguladoras), o que afasta qualquer tentativa de expressar uma “universalidade” normativa; (iii) a “estabilidade” do direito, enfim, perde para a necessidade de *ajustamentos normativos constantes*, por conta do próprio caráter particular e técnico das regras jurídicas, o qual faz delas objeto permanente de obsolescência e posterior

³⁷ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

³⁸ Sobre a formação histórica de um “Direito Econômico”, de cunho marcadamente intervencionista, conferir os clássicos: LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985; VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

substituição, quase que ao calor do momento³⁹⁻⁴⁰.

Quanto à teoria da lei – na era Moderna revestida pela mística da “expressão da vontade geral” –, há tempos foi-se muito de seu encanto: a concepção idealista de democracia representativa, a qual supostamente tornaria o Estado representante da “nação” e conferiria uma legitimidade incontestável às suas leis, foi substituída por uma visão bem mais crítica, desconfiada até, dos mecanismos democráticos⁴¹. Toma-se a democracia não mais como critério absoluto de legitimação do governo e do Estado, e sim, apenas, como um conjunto de “regras do jogo”, aptas a definir quem governa, e como deve governar⁴² – nada mais sofisticado do que isso. Não se fala mais em “nação” representada como um todo na imagem do Estado: o que há são grupos de interesses mais ou menos articulados, mais ou menos organizados em torno de algum projeto político, que, agindo estrategicamente segundo essas “regras do jogo” democrático,

³⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

⁴⁰ A propósito, pesquisa conduzida pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação apurou que foram editadas, no Brasil, desde 1988, mais de 5,4 milhões de normas (federais, estaduais e municipais), com uma média de 769 normas por dia útil. Disponível em: <<https://goo.gl/VAegvd>> Acesso em 10/02/2018.

⁴¹ “[...] a velha mística da Lei ‘expressão da vontade geral’ perdeu muito de sua credibilidade: a concepção segundo a qual os eleitos nada mais fazem do que falar em nome da Nação cede lugar a uma percepção mais realista e a uma avaliação muito mais crítica das virtudes da democracia representativa.” (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123).

⁴² A esse respeito, tornou-se célebre a definição de “democracia” formulada por Norberto Bobbio: “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considera-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. [...] No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles quem compete tomar a decisão.” (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo* 6ª Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 10-11).

almejam ocupar posições no interior da estrutura governamental⁴³. A lei democrática, aí, emerge como simples produto de uma relação contingente de forças políticas e sociais – e, como tal, sempre passível de contestação em termos de justiça, moralidade, eficiência, e por aí vai.

Resultado disso tudo: o Direito e o Estado passam a ser submetidos à *crítica* persistente em relação aos seus propósitos, aos seus meios e, sobretudo nas últimas décadas (pós-reformas liberalizantes), à sua *eficiência* em termos econômicos. Aquela Razão transcendental – com maiúscula –, típica do jusraciona-lismo, de que cogita a “crítica foucaultiana” do Direito moderno, simplesmente *não existe mais*; ela foi substituída pelos testes constantes da *razão prática*, instrumental, concreta, “pé no chão”. Quanto ao ponto, a síntese do próprio Chevallier merece ser transcrita:

A crise da modernidade jurídica implica que o direito não se beneficia mais de uma legitimidade *ab initio*, estando desprovido dos atributos da Razão; [...] ele necessita aportar a demonstração concreta de sua legitimidade, pelo rigor de seus métodos de elaboração e a pertinência de seus efeitos; a Razão jurídica não desaparece mas se transforma em uma Razão prática, fundada não mais sobre o postulado da racionalidade do direito, mas sobre o empreendimento de uma racionalização do que ele é o objeto [...].⁴⁴

O que se extrai desse contexto é que os riscos de estratégias “normalizadoras” de disciplina e biopolítica impregnarem o Direito – que ainda existe, por certo – não ficam mais encobertos por uma suposta racionalidade “transcendente”, quer do Estado, quer do Direito (com destaque para a lei). É raro encontrar atualmente teorizações que sustentem esse tipo de

⁴³ Confira-se, dentre todos, o trabalho seminal nesse estilo de teorização mais “realista” da democracia, precursora do que se veio a consolidar como “teoria da escolha pública (*public choice*): DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

⁴⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

metafísica. Uma hipótese que pode ser desde logo levantada (a depender de testes em trabalhos futuros, estudos de caso, análises legislativas, etc.) é esta: as estratégias normalizadoras que capturam o Direito, hoje, aparecem com um aspecto significativamente mais explícito – porém elas são veiculadas, precisamente, pela *enormidade de “racionalidades práticas” que buscam colonizar o Direito e conferir-lhe uma “legitimidade” segundo seus próprios critérios* (economia, ciência, grupos de interesse, etc.). O grande problema é como identificar os poderes normalizadores e garantir algum grau de autonomia do Direito, quando são tantas as forças que o disputam. A ver.

4.2 O DIREITO JÁ NÃO ENCARA O ESTADO COMO A ÚNICA FONTE DE PODER NA SOCIEDADE

Esse seja talvez o ponto central de ataque da crítica foucaultiana em face da teoria jurídica. Seus partidários denunciavam-na, com bons motivos, por ter historicamente limitado sua análise ao poder do Estado, como se ele fosse o único “titular” do poder, deixando à margem todas as demais relações de dominação experimentadas pelas pessoas – disciplinares e biopolíticas. E, na Modernidade, essa foi a visão predominante, sem dúvida. Havia um “direito privado” individualista para as relações travadas entre “sujeitos de direito” abstratos, dentro do qual eram formalmente livres e iguais para entabular contratos e exercer comércio, indústria e trabalho como melhor lhes aprouvesse – com toda a carga ideológica por trás desse discurso. Em paralelo, desenvolvia-se um “direito público”, orientado, bem à moda da tradição liberal, pela defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o poder estatal soberano (com destaque para a Administração Pública). Tudo relativamente simples e delimitado.

Ocorre que, chegado o século XX, essa deixou de ser, em larga medida, a maneira pela qual o Direito pós-moderno opera,

tanto em termos de direito positivo quanto de teoria jurídica. O Direito já não mais encara o Estado como a *única fonte de poder* nem como a única ameaça à liberdade dos indivíduos. Com efeito, a existência de autênticos “poderes privados”, não-estatais, foi *constatada e embutida na normatização jurídica*, passando a ser objeto de preocupação detida pelo Direito.

Retomemos, por exemplo, o tema da *summa divisio*, tão combatida pela “crítica foucaultiana”: a dicotomia entre direito público e direito privado – o primeiro, um direito voltado ao controle do poder extroverso e exclusivo do Estado; o segundo, um direito da plena liberdade e igualdade formais entre sujeitos de direito abstratos – passou por *incisivas releituras*. Seria apenas uma meia-verdade afirmar que essas categorias, tal como concebidas na Modernidade, seguem sendo os atributos centrais da teoria jurídica contemporânea. Ora, com mais e mais intensidade se observa a tendência de certos ramos do Direito, que seriam típicos do “direito privado” – entenda-se, regulamentadores das relações intersubjetivas que não envolvem diretamente o Estado –, para transformar-se num conjunto de regras jurídicas “*disciplinador, condicionador e limitador da autonomia privada e da liberdade contratual*”: em benefício, justamente, da mediação e da estabilização das diversas *relações de poder* que circulam na esfera privada. Postas essas considerações, é certo que “o direito privado pode cada vez menos configurar-se como um sistema de regulação de relações marcadas pela ausência de poder e exclusivamente confirmativo da autonomia privada.”⁴⁵

O gradativo reconhecimento de relações de poder para além das relações com o Estado possui nexos com outro movimento muito particular da pós-Modernidade, mais profundo. Aquela figura do “sujeito de direito” abstratamente livre e igualitário, embora ainda exista (*e.g.*, em alguns campos do Direito

⁴⁵ GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 276.

Civil ou Comercial), hoje convive com um percurso que Chevallier denomina de “hipersubjetivação”: um dos traços do Direito pós-moderno é, de fato, a retomada do personagem do “sujeito”, só que não mais com aquela tônica abstrata e homogeneizante da Modernidade. Ao “sujeito”, agora, é atribuída ênfase a determinados aspectos específicos de sua individualidade, que passam a ter relevância jurídica: condições de vulnerabilidade, pertencimento a grupos, posições de domínio no mercado, etc.⁴⁶.

Significa dizer: surge uma infinidade de outros sujeitos mais “concretos”, participantes de relações de poder e que, nessa condição, são apreendidos pelo Direito. São *consumidores* que reclamam proteção contra as práticas abusivas de fornecedores; são *funcionários e trabalhadores* que dependem de uma proteção qualificada em face do poder do empregador; são *minorias étnicas, sociais e econômicas* que pleiteiam ações afirmativas de inclusão e discriminações positivas por parte do Estado; são *microempresas* que demandam tratamento favorecido para que possam desempenhar suas atividades num mercado povoado por multinacionais; são *acionistas controladores* que devem usar seu poder para direcionar companhias em proveito dos demais acionistas e da coletividade na qual atuam; são *grandes empresas e conglomerados* que exercem poderes quase-regulatórios no mercado e que devem adequar suas condutas aos parâmetros concorrenciais. E os exemplos poderiam seguir.

Recorre-se mais uma vez às palavras do jurista português Pedro Gonçalves, em passagem de sabor pós-moderno cujo impacto e a clareza pedem referência na íntegra:

[...] *há muito tempo que a doutrina identificou áreas de poder no âmbito do direito privado* (‘poderes privados’): relações associativas (‘poderes associativos’), relações de emprego (‘poderes de comando’ e ‘poderes disciplinares’), relações escolares (‘autoridade escolar’), relações econômicas (‘poderes de regulação de mercados’) são, todas elas, ‘relações privadas de

⁴⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 134.

poder' que confirmam a exigência de *rejeitar a tese segundo a qual o Estado é a 'omnipotente fonte de poder'*. [...] A privatização dos 'grandes serviços públicos' está na base do aparecimento de novos poderes privados de natureza económica: 'poderes significativos' e 'dominantes' em mercados de prestação de serviços essenciais para os cidadãos. [...] *O direito privado, ainda que considerado, na sua raiz, um 'direito dos cidadãos', regula, portanto, relações de poder e de autoridade [...].* A legislação das últimas décadas confirma, claramente, *o aparecimento de um direito privado atento às relações de poder e de domínio entre particulares*, que, de forma assumida, se afirma, cada vez mais intensamente, como direito disciplinador, condicionador e limitador da autonomia privada e da liberdade contratual. [grifou-se].⁴⁷

Por tudo isso, é provável que o problema maior já não seja tanto o de declarar que o Estado não é a única fonte de poder na sociedade. É afirmação verdadeira, porém que se tornou hoje autoevidente, inclusive ao Direito: as próprias transformações do ordenamento jurídico positivo e da teoria jurídica que as seguiram dão conta de prova-la. Daí se segue uma segunda hipótese de estudo: uma vez verificada a ocorrência de relações privadas de poder juridicamente relevantes, *cabe ao Direito o papel de elaborar critérios valorativos que permitam identificar e equilibrar essas mesmas relações*, mitigando, com isso, possíveis *efeitos normalizadores* que pesem sobre os indivíduos.

O ponto é sem dúvida instigante: diferentemente do argumento de grande parcela dos autores da crítica foucaultiana, ele aponta rumo a uma interpretação do Direito que não o limita a simples veículo ocasional dos discursos e estratégias de poder, mas que reconhece nele, ao contrário, uma potencial *função emancipatória* em face do poder – não só do poder público, mas também em face dos “recém-descobertos” poderes privados⁴⁸.

⁴⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 276-277.

⁴⁸ Justiça feita, o professor Ricardo Marcelo Fonseca menciona *en passant* esse potencial emancipador do Direito na nota de rodapé n. 48 de seu texto, já citado.

Agora, deve o jurista compreender se o Direito, realmente, vem ou não desempenhando a contento seu papel emancipatório nas relações sociais – ressalte-se, *todas elas*, e não somente as relações com o Estado –, e, se não, o porquê das insuficiências.

4.3 JÁ NÃO SE TEORIZA SOBRE UM ESTADO “MONOLÍTICO” PRODUTOR DE UMA ÚNICA FONTE DE DIREITO (LEI)

Como se sabe, a concepção moderna de Direito era eminentemente *monista*: uma única fonte de Direito, a *lei*, proveniente de um único centro de autoridade, o Estado soberano⁴⁹. Sob o manto do “princípio da legalidade”, como bem observado pela crítica foucaultiana, escondiam-se inúmeras táticas de poder sem que elas fossem apreendidas por esse esquema simplificador da realidade. Só que hoje o problema assume novas dimensões que fogem à crítica: o Estado já não é visto como o único produtor de Direito – a lei –, tampouco é possível identificar no ente “Estado” uma estrutura monolítica, fonte unitária de elaboração normativa. Eis que o Direito pós-moderno se apresenta como um

Referindo-se ao Direito do Trabalho e ao Direito Constitucional, diz ele: “[...] pode [o Direito] também cumprir uma função de emancipação diante de constrangimentos normalizadores *levados a efeito pelo próprio Estado* [grifou-se]” (FONSECA, ob. cit., p. 277). Sem retirar o mérito da relevante nota, um complemento merece ser feito, para que não se incorra no mal que se pretende curar: aparentemente, o autor restringe o papel emancipatório do Direito às normalizações veiculadas unicamente pelo *poder do Estado* – quando se pode cogitar, à luz das possibilidades do atual Direito, do cumprimento dessa função não só em face do poder estatal, como também, e sobretudo, em face dos vários *poderes privados* (leia-se, não-estatais) que afligem o indivíduo na vida em sociedade. Também aqui, deve-se encarar o poder para além do poder do Estado.

⁴⁹ Conforme demonstram os historiadores do Direito: GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 2-6; HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 51.

Direito *plural*⁵⁰⁻⁵¹. Para mostra-lo, Chevalier menciona três “planos” de normatividade nos quais se manifesta, cada um a seu jeito, esse caráter pluralista do Direito pós-moderno: (i) o direito extraestatal; (ii) o direito supraestatal e (iii) o direito infraestatal.

O *direito extraestatal*, fruto da globalização, é aquele criado à margem dos ordenamentos estatais, em grande parte pelos próprios *operadores econômicos do comércio internacional*. Baseia-se nos usos e costumes do comércio (práticas comuns, modelos contratuais padronizados), bem como em instrumentos de correção e autorregulação elaborados pelos atores econômicos (códigos de conduta e cartas éticas), os quais ganham normatividade pelo recurso à *arbitragem internacional* para a solução de disputas entre as empresas⁵². É um autêntico “direito global”, que na maior parte do tempo se desenvolve e se aplica sem qualquer interferência do poder dos Estados⁵³⁻⁵⁴.

Sobre o *direito supraestatal*: não se confunde com o

⁵⁰ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 14; HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, pp. 85-112; TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. *Sydney Law Review*, Sydney, v. 29, pp. 375-411, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105> Acesso em 20/03/2018, p. 375.

⁵¹ Deve-se observar que o “pluralismo” jurídico de que cogita Chevallier (corroborado por outros autores) é significativamente diferente do “pluralismo” trabalhado por algumas correntes da história do Direito. O autor francês fala num “*pluralismo ordenado*” ao redor do Estado, para ressaltar o fato de que a figura estatal, embora não possa ser considerada como fonte exclusiva da produção jurídica, permanece importante como instituição responsável por coordenar e articular as demais instâncias de normatividade (CHEVALLIER, ob. cit., p. 154). Algo bastante distinto, portanto, daquele “pluralismo” que marcou o Direito, por exemplo, da Idade Média: lá, seu caráter pluralista decorria, justamente, da *ausência* de uma entidade tendencialmente totalizante como é o Estado. (GROSSI, 2014, pp. 47-105).

⁵² Sobre a existência de uma “ordem jurídica arbitral”, distinta das ordens jurídicas estatais, ver: GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

⁵³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 145-147.

⁵⁴ Veja-se que o Brasil, com 123 litigantes, é desde 2016 o 5º país do mundo com mais arbitragens internacionais no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Disponível em: <<https://goo.gl/jrQzFx>> Acesso em 10/02/2018.

antigo direito dos tratados, que já existia na Modernidade e era compatível com o ideal de soberania – da soberania advinha da autonomia dos Estados para se vincularem uns com os outros (tal como os indivíduos firmam contratos entre si). Mais do que isso, os Estados de hoje passam a aderir a verdadeiras *instituições de governança global*⁵⁵ – pense-se em instituições como ONU, FMI, OMC, Banco Mundial, União Europeia –, as quais operam editando normas jurídicas de variadas espécies e níveis de cogência no plano interno (diretivas, recomendações, intermediação na celebração de tratados pelos Estados). Essa profusão normativa das instituições globais segue “uma lógica de ação que lhes é própria”⁵⁶, de maneira independente e, não raro, desvinculada dos interesses imediatos dos Estados que lhes deram origem.

O *direito infraestatal*, por fim, também experimenta diversos influxos de pluralismo. Para além da emergência de instituições privadas de normatização jurídica encarregadas de complementar ou, por vezes, até de suprir a regulação estatal – a autorregulação realizada por conselhos profissionais, câmaras de comércio, etc.⁵⁷ –, é a própria estrutura do Estado que passa por um intenso processo de *complexificação e fragmentação interna*. Não se cogita somente dos Parlamentos enquanto legisladores – expressão máxima do “princípio da legalidade” na era Moderna –, pois proliferam incontáveis entes infraestatais com

⁵⁵ Embora ainda pouco explorado no Brasil, o tema das instituições de governança global – muito devido à ascensão da União Europeia e seu avanço sobre a autonomia dos Estados-membros – tem sido alvo de grande preocupação por parte dos juristas europeus. Ver, dentre todos: KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: P. DOBNER; M. LOUGHLIN (orgs.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010; MEDEIROS, Rui. O paradoxo do constitucionalismo estadual no início do século XXI. In: _____. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa:Universidade Católica Editora, 2015.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 148.

⁵⁷ Quanto ao assunto, ver o célebre estudo sobre “autorregulação privada” (que convive com a “hereroregulação” provida Estado): MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

competências normativas mais ou menos autônomas sobre amplos setores da esfera econômica e social: são as chamadas “administrações independentes”. Tal modelo de administração pública é apresentado eloquentemente no Brasil pela ampla criação de *agências reguladoras independentes*, em processo de reforma do aparelho do Estado inaugurado nos anos 1990 e aprofundado no curso dos anos 2000 – a chamada “reforma gerencial do Estado”⁵⁸ –, além de outros entes administrativos com extensas competências normativas.

Esse policentrismo das estruturas estatais – sobretudo de natureza administrativa – implica uma “diversificação das fontes do direito no seio do próprio Estado”, de modo que “cada uma das estruturas tende a tornar-se uma pequena ilha de direito.”⁵⁹. Isto é: a própria ordem jurídica estatal não se resume à ideia de *lei*, sendo que a multiplicidade de fontes independentes em seu âmago não permite reconduzi-la a um “Estado” todo-poderoso com base num princípio de hierarquia normativa⁶⁰.

⁵⁸ Cf. trabalho do economista brasileiro responsável por idealizar e coordenar o entendimento da “reforma gerencial” do Estado no Brasil: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁵⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 153.

⁶⁰ O tema já foi tangencialmente tratado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF, movida pela Associação Médica Brasileira, o STF teve a oportunidade de avançar num entendimento sobre a Constituição e as novas formas de relacionamento entre a lei e atos infralegais (administrativos), indo além do princípio clássico de “hierarquia das fontes de Direito”. A ação discute a constitucionalidade da Lei n. 13.269/2016, que autorizou o uso da substância “fosfoetanolamina” – a chamada “pílula do câncer” – no tratamento de pacientes com câncer terminal, sem que ela tivesse sido previamente submetida à análise e aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: agência reguladora, de *natureza administrativa*, responsável pelo controle e fiscalização de medicamentos no Brasil. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, *considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do artigo 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de*

Os estudiosos engajados na tarefa de identificar as estratégias normalizadoras de poder nas entranhas do Direito, portanto, se encontram diante de uma paisagem bem mais vasta – e muito mais complexa – do que somente a “lei” vinda do “Estado-Leviatã”. E não devem imputar à teoria jurídica contemporânea o erro de limitar o Direito à lei do Estado: longe de ser mera conjectura, tudo o que foi descrito acima corresponde ao que efetivamente *se passa hoje* no mundo do Direito. Ao que se pode encerrar com esta terceira hipótese: os discursos normalizadores (disciplinares e biopolíticos), que podem se perpetuar tanto de maneira independente a qualquer institucionalização oficial, nas redes de relações sociais, quanto através da normatividade provinda do Estado (vide item 3), agora, possuem campo fértil também nas *múltiplas fontes de normatividade jurídica extra, supra e infraestatais que se formam no contexto pós-moderno*. Há aí um espaço vastíssimo para pesquisas, ainda por ser desbravado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: NOVOS RUMOS PARA A CRÍTICA DO ESTADO, DO PODER E DO DIREITO

Neste artigo, foi oferecida uma contra-argumentação àquilo que se identificou como a crítica foucaultiana do Direito. Procurou-se traçar alguns pontos de limitação dessa corrente teórica, apontando, construtivamente, para possíveis aprimoramentos investigativos sobre a relação entre o Direito e as estratégias normalizadoras de disciplina e biopolítica. Ao se

Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados [destaques adicionados].” Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, deferiu a liminar suspendendo os efeitos da lei autorizativa do uso da fosfoetanolamina. Atualmente o processo aguarda julgamento do mérito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966501>> Acesso em 21/04/2018).

concentrar no combate às premissas do Direito Moderno, a crítica acaba por se desviar de adversários novos e, talvez, mais prementes, advindos dessa que vem sido reconhecida como a pós-Modernidade do Estado e do Direito. Afinal, existe mais para o Direito contemporâneo do que a antiga lógica da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 ou do *Code Napoléon* de 1804.

Numa nota conclusiva, enfim, deve-se ressaltar o seguinte: apesar de terem sido opostas divergências com uma linha de análise jurídica “foucaultiana”, de maneira alguma será possível desconsiderar o pensamento de *Michel Foucault* na tentativa de formular uma compreensão abrangente sobre o poder, o Estado, e o papel que o Direito tem a desempenhar nisso tudo. Certamente vale para Foucault o que Dworkin uma vez disse sobre John Rawls: um clássico cuja riqueza da obra permite *múltiplas apropriações* por meio da interpretação. E, se é certo que as reflexões de Foucault se constituíram em excelente caixa de ferramentas aos operadores do direito para a avaliação crítica de seu objeto de estudo, não há dúvidas de que elas ainda têm muito a contribuir para desvelar – e, quem sabe, enfrentar – as estratégias de poder presentes no atual panorama do Direito pós-moderno.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. São Paulo: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 24, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das*

- regras do jogo. 6ª Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966501>> Acesso em 21/04/2018.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CASESSE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, pp. 1115-1143. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CRAIG, Paul. Public Law and control of Private Power. In: TAGGART, Michael (org.). *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da*

- globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonade, 2002.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.
- _____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANÇA, Fábio Gomes. Foucault, o Direito e a Norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico. *Revista Publius*, São Luís, v.1, n. 1, jan./jun. 2014.
- GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.
- KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: P. DOBNER; M. LOUGHLIN (orgs.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University

- Press, 2010.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Económico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. *Poder e Norma: Michel Foucault e a aplicação do direito*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 2(1), pp. 151-176, jan./jun. 1990.
- MEDEIROS, Rui. O paradoxo do constitucionalismo estadual no início do século XXI. In: _____. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 109, pp. 13-87, jul./dez. 2014.
- PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, April 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415040>> Acesso em 03/03/2018.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. *Sydney Law Review*, Sydney, v. 29, pp. 375-411, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105> Acesso em 20/03/2018.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.