

Função promocional do direito e liberalismo

Jonathas Ramos de Castro¹

Resumo: Este trabalho se desenvolve em duas etapas. Em primeiro lugar, analisa o conceito de função promocional do direito, tal como proposto por Norberto Bobbio. Em seguida, defende da possibilidade de se reconhecer uma função promocional do direito no liberalismo, tomando como referência os estudos de Michel Foucault a propósito da “governamentalidade” liberal.

Palavras Chave: função promocional do direito; Estado de bem-estar social; liberalismo; Norberto Bobbio; Michel Foucault.

Abstract: This work is composed by two moments. First, the analysis of the concept of law's promotional function, as proposed by Norberto Bobbio. Secondly, the defense of the possibility of recognizing a promotional function of law in liberalism, taking as reference Michel Foucault's studies on liberal "governmentality".

Keywords: promotional function of law; Welfare State; liberalism; Norberto Bobbio; Michel Foucault.

1. A análise funcional do direito

Entre o final dos anos 1960 e o começo dos anos 1980, Norberto Bobbio publicou uma série de escritos dedicados àquilo que chamou de a função “promocional” do direito. Com essa expressão, pretendia isolar uma técnica específica de controle social, a saber, as “técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo”². Aí já se diz que a difusão (não, propriamente, o surgimento) dessas técnicas está ligada, para Bobbio, a uma mudança institucional: o surgimento do Estado social após a crise do Estado liberal clássico³. Em um artigo de 1969, Bobbio afirma que o uso das técnicas de encorajamento promoveu uma “verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social”⁴. Transformação que, ele dirá em 1976, é a passagem do direito como forma de controle social para o direito como forma de controle e de direção social⁵.

Em um primeiro momento, o presente artigo tem como objetivo se introduzir na discussão, iniciada por Bobbio, a respeito da função promocional do direito. Mas pretende-se ir, se possível e se necessário, além de Bobbio. Daí porque, em um segundo momento, se interroga sobre a possibilidade da função promocional do direito fora do horizonte do Estado social – que era, como se disse, o horizonte de Bobbio. Mais especificamente, pergunta-se se o direito liberal pode apresentar uma função promocional. Uma resposta afirmativa a essa questão pode, talvez, não ser fácil de se encontrar a partir da perspectiva de Bobbio, autor para quem o direito liberal tem fundamentalmente uma função protetora (o direito protege a liberdade mediante proibições) e repressiva (o direito reprime os atentados à liberdade mediante castigos)⁶. Outras perspectivas, porém, são possíveis. Daí que, na segunda parte deste

¹ Mestrando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP).

² BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 6.

³ BOBBIO, Norberto. “Liberalismo velho e novo”, in: _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 177.

⁴ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 15.

⁵ BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 79.

⁶ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 2-7.

trabalho, empregam-se os estudos de Michel Foucault sobre a “governamentalidade” liberal para defender, para além de Bobbio (e mesmo contra Bobbio), a possibilidade de uma função promocional do direito no liberalismo.

2. Normas positivas e negativas, sanções positivas e negativas

Antes de prosseguir, são necessárias algumas precisões conceituais. Esse cuidado com os conceitos é especialmente importante em se tratando de Bobbio, autor de grande capacidade analítica. Duas diferenciações são particularmente relevantes para a análise funcional do direito: trata-se da diferença entre normas positivas e normas negativas, de um lado, e sanções positivas e sanções negativas, de outro.

As duas diferenças não se sobrepõem: a primeira equivale à distinção entre comandos e proibições; a segunda, à distinção entre prêmios (vantagens, encorajamentos) e castigos (desvantagens, desencorajamentos)⁷. É frequente, diz Bobbio, que normas positivas sejam reforçadas por sanções positivas e normas negativas sejam reforçadas por sanções negativas: “os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições”⁸. Seja, por exemplo, a situação na qual um pai obriga (norma positiva) seu filho a fazer uma tradução do latim, prometendo-lhe, se ele a fizer, levá-lo ao cinema (sanção positiva)⁹. Seja, por outro lado, a situação na qual esse mesmo pai proíbe (norma negativa) seu filho de faltar às aulas de latim, ameaçando-o, caso ele descumpra a norma, com um castigo (sanção negativa).

Mas Bobbio não vê incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Naquela mesma relação entre um pai e seu filho, temos que o primeiro pode obrigar (norma positiva) o segundo a realizar a tradução do latim, mas dessa vez ameaçando-o com um castigo caso ele não a faça (sanção negativa). Temos, ainda, que o pai pode proibir o filho de faltar ao seu curso de latim (norma negativa), prometendo-lhe, em caso de frequência total, levá-lo ao cinema (sanção positiva).

Dessa forma, o quadro pode ser assim resumido: “podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos”¹⁰.

3. Mudanças sociais e institucionais no século XX e necessidade da revisão das teorias do direito dos séculos XVIII e XIX

Bobbio tem contra a teoria do direito tradicional o fato de ela ser “prisoneira” de um conceito de direito limitado, que pressupõe um tipo simplista e superado de organização política – o “Estado gendarme” – que perseguia fins igualmente simplistas e superados. Com a política do *Welfare*, amplamente empregada no século XX, outros foram os fins propostos ao Estado e outras foram as técnicas de que ele se valeu. Uma dessas técnicas, “as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico”¹¹, é o “emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou

⁷ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 6.

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Idem, p. 7.

¹⁰ Idem, p. 6.

¹¹ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 2.

em substituição, às técnicas tradicionais de encorajamento”¹². Aqui podem ser feitas duas observações importantes: em primeiro lugar, o uso das técnicas de encorajamento, para Bobbio, não surgiu com o Estado social. Em segundo, a difusão dessas técnicas não implica, necessariamente, a substituição das técnicas protetivo-repressivas tradicionais; estas, na verdade, apenas são deslocadas, de mecanismo central do direito para um de seus usos possíveis em função de determinados objetivos.

As teorias do direito tradicionais do direito se apresentam, para Bobbio, como teorias “reducionistas”, porque consideram o direito exclusivamente do ponto de vista de uma de suas funções possíveis – não a única, nem, talvez, a principal. Portanto, são reducionistas as teorias do direito inspiradas no Estado liberal clássico, o Estado que assume “a função de guardião da ordem pública”¹³: de Kant a Hegel, a necessidade do direito se limita à proibição. São reducionistas, também, as teorias elaboradas no século XIX, sob a égide do Estado industrial; é o caso de Spencer e, principalmente, de Jhering. Finalmente, é também reducionista – e, talvez, *par excellence* – a teoria pura do direito de Kelsen, na medida em que faz das sanções negativas o próprio princípio de determinação do direito.

Após examinar a teoria do direito dos séculos XVIII e XIX através de alguns de seus principais nomes, a conclusão de Bobbio pode assim ser resumida: tal teoria consiste em “um modelo teórico que permite representar, com particular precisão, um determinado tipo histórico de sociedade”, qual seja, “aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída, ou se deseja que esteja cada vez mais subtraída, à intervenção do poder político”¹⁴. Ali onde ocorreu o contrário, isto é, onde “a intervenção do poder político na esfera dos interesses econômicos foi aumentando em vez de diminuir”, aquela teoria torna-se necessariamente inadequada.

Em suma: a partir do momento em que se torna mais frequente o uso das técnicas de encorajamento, torna-se necessário abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo e encará-lo como “ordenamento com função promocional”¹⁵.

4. Função repressiva e função promocional, técnicas de desencorajamento e técnicas de encorajamento¹⁶

Assiste-se, então, a partir de meado do século XIX, a uma mudança ao nível da sociedade e das instituições. Essa mudança pode ser percebida nos textos das constituições ocidentais. Nas constituições liberais clássicas, as principais funções do Estado são tutelar e garantir. Nas constituições “pós-liberais” (a expressão é de Bobbio) surge, ao lado das funções de tutela e garantia, as funções de promover, favorecer, facilitar, encorajar. Ou seja, nessas constituições pós-liberais coexistem

a afirmação de uma tarefa meramente protetora, que se realiza quase sempre mediante a técnica das medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase sempre por medidas positivas¹⁷.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ Idem, p. 4.

¹⁴ Idem, p. 10.

¹⁵ Idem, p. 13.

¹⁶ Idem, p. 14-16.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 14.

Parece possível, assim, definir o ordenamento jurídico ocidental moderno como composto por funções repressivas e funções promocionais. Talvez não seja o caso de pensar em uma substituição progressiva das primeiras pelas segundas, mas sim, propriamente, em uma diferenciação funcional. Desse modo, a finalidade aparece como um critério privilegiado para compreender a racionalidade das funções que um ordenamento pode se propor.

Qual é a finalidade de um ordenamento, quando ele se propõe reprimir? Para Bobbio, é impedir, o máximo possível, a prática de comportamentos socialmente não desejados, dessa forma protegendo o exercício dos chamados atos conformes (às normas do ordenamento). Inversamente, um ordenamento, quando se propõe promover, não visa, ou não visa apenas, proteger o exercício dos atos conformes, mas também busca provocá-lo. Em suma: ao “ordenamento repressivo” interessa, sobretudo, “os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática”; ao “ordenamento promocional” interessa, principalmente, “os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes”¹⁸.

Então, o objetivo de um ordenamento, quando ele se propõe a reprimir, consiste em impedir o exercício dos atos não conformes. Quais são os meios aos quais ele recorre para atualizar esse objetivo? Para Bobbio, são operações pelas quais uma ação é tornada impossível, difícil ou onerosa¹⁹. Simetricamente, a finalidade de um ordenamento, quando se propõe a promover, é estimular o exercício dos atos conformes. De que meio ele se vale? Operações pelas quais uma ação é tornada necessária, fácil ou vantajosa. Logo, três operações: tornar impossível/tornar necessário, tornar difícil/tornar fácil, tornar desvantajoso/tornar vantajoso.

A primeira dessas operações, tornar impossível/tornar necessário, é chamada por Bobbio de “medida direta”²⁰. Isso porque ela traz em seu bojo a ideia de compulsão à execução do ato ou de impedimento preventivo da violação. Trata-se de fazer “com que o destinatário da norma seja colocado em condição de não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução”²¹. Assim um ordenamento pode tornar materialmente impossível uma ação indesejada recorrendo ao uso da força impeditiva. *Exempli gratia*, o uso de grades e grilhões para impedir a fuga do prisioneiro ou do escravo. *A contrario sensu*, um ordenamento pode tornar materialmente necessária uma ação desejada através da vigilância. Logo vêm à lembrança a imagem do *Panopticon* de Jeremy Bentham e os estudos de Michel Foucault sobre a vigilância hierárquica e normalizadora das “sociedades de normalização” modernas. Seja, portanto, uma prisão ou uma escola no século XIX, onde os indivíduos são enquadrados em um certo espaço e um certo tempo, no interior dos quais são chamados a realizar uma série de atividades das quais não são capazes de se subtraírem em virtude de uma vigilância contínua e pormenorizada.

As duas outras operações, tornar difícil/tornar fácil e tornar desvantajoso/tornar vantajoso, são denominadas “medidas indiretas”²². Assim Bobbio as define:

[As medidas indiretas] visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado,

¹⁸ Idem, p. 15.

¹⁹ Pois são esses os “três modos típicos de impedir uma ação não desejada”, Idem, ibidem.

²⁰ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 15.

²¹ Idem, ibidem.

²² Idem, p. 16.

*mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento*²³.

A ideia, aqui, é que o comportamento não desejado é materialmente possível, mas sua execução se torna mais difícil ou mais fácil, ou os efeitos que produz se tornam desagradáveis ou agradáveis.

Segundo Bobbio, o recurso do qual se vale um ordenamento para tornar um comportamento difícil ou fácil, ou desvantajoso ou vantajoso, são as técnicas de desencorajamento e de encorajamento propriamente ditas. Desencorajar significa “influenciar o comportamento não desejado [...] obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis”. Por seu turno, encorajar consiste em “influenciar o comportamento desejado [...] facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis”²⁴. Podemos pensar na situação em que o regimento interno de determinado tribunal, visando conter o aumento de recursos interpostos (ação indesejada), busca desencorajar os agentes tornando a interposição mais difícil, por exemplo estabelecendo condições de admissibilidade mais rígidas. Simetricamente, se tal regimento interno quiser estimular a interposição dos recursos (ação desejada), pode encorajar os agentes tornando-a mais fácil, por exemplo autorizando a interposição via internet.

Pode-se pensar ainda em mais duas situações. Primeira, um ordenamento busca desencorajar o exercício de uma ação indesejada atribuindo-lhe consequências negativas: pode, por exemplo, fixar impostos maiores sobre cigarros e bebidas alcoólicas, a fim de aumentar seu preço final, desencorajando seu consumo. Segunda situação, um ordenamento busca encorajar o exercício de uma ação desejada atribuindo-lhe consequências positivas: aqui, Bobbio sugere o exemplo mencionado das “leis de incentivo”.

De uma perspectiva hipotética, talvez não seja difícil perceber que o tema das “medidas indiretas”, isto é, as técnicas de encorajamento e de desencorajamento, não passa apenas pela teoria do direito. Ele está no cruzamento entre teoria social e psicologia. Não é, claro, a partir dessa perspectiva que Bobbio tratou seu tema, o que não significa que o ignorava completamente. Pois o que significa “influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento”, senão afetar a economia psíquica de um sujeito? Por isso, a análise funcionalista do direito não se compõe, parece, de uma reflexão sobre a sociedade moderna apenas, mas também de uma reflexão sobre o sujeito. Mais precisamente, ela se compõe de uma reflexão sobre a maneira como as sociedades modernas produzem sujeitos.

5. Função promocional do direito no liberalismo?

Parece não haver dúvidas de que Bobbio estuda a função promocional do direito a partir do ponto de vista de uma organização política específica, a saber, nas palavras de Celso Lafer, o “Estado democrático, reformista, intervencionista e do bem-estar social”²⁵. Mas é igualmente claro que, para Bobbio, a função promocional do direito não é exclusividade do Estado social; este seria apenas o responsável pela sua difusão.

²³ Idem, *ibidem* (grifo meu).

²⁴ BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 16.

²⁵ LAFER, Celso. “Apresentação à edição brasileira”, in: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. LI.

Insistindo nesse ponto, parece viável um estudo sobre a possibilidade de uma função promocional do direito no liberalismo. Isso implica defender a hipótese – contra Bobbio, talvez – de que o direito liberal não possui apenas uma função protetivo-repressiva. Ao contrário, o direito liberal apresenta também uma função promocional, se bem que à sua maneira, e para atingir os objetivos próprios do liberalismo.

Esquemáticamente, existem ao menos duas maneiras de definir o liberalismo. Uma é propriamente a maneira de Bobbio, que o vê como determinada teoria econômica ou teoria política, cujas teses principais são a defesa da economia de mercado e da redução das atividades do governo ao mínimo essencial²⁶. Outra maneira é a de Michel Foucault, para quem liberalismo é uma “racionalização do exercício do governo”²⁷. Como se adotará a perspectiva foucaultiana, cumpre sugerir uma breve explicação dessa afirmação.

A palavra “governo”, em Foucault, não indica uma instituição política²⁸, mas uma prática. Mais especificamente, um conjunto de “técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens”²⁹. Nesse sentido, “governar” não pode ser simplesmente dirigir políticas públicas. É, de um modo mais amplo, “dirigir a conduta dos indivíduos ou dos grupos”³⁰. Isso permite discernir uma pluralidade de práticas de governar: governo do Estado, certamente, mas também governo da família, governo das crianças, governo das almas, governo de si mesmo³¹. Pluralidade de práticas de governar a si e aos outros, práticas que não funcionam separadamente, de maneira isolada: pelo contrário, estão em interação constante, cruzando-se umas com as outras, apoiando-se umas nas outras. Formam uma rede. O termo “governamentalidade”, em seu uso mais amplo, busca dar conta dessa rede de práticas de governar³².

Essas práticas de governar não se exercem sem uma “reflexão contínua”³³. Foucault cria o sintagma “arte de governar” para se referir à “reflexão sobre a melhor maneira possível de governar”³⁴: como governar os outros, como se governar, como ser governado, por quem ser governado, até que ponto, para quais fins, por quais meios. Arte de governar: “racionalidade que elabora a própria prática do governo”³⁵. Pode-se talvez resumir essa ideia dizendo: toda governamentalidade é acompanhada por uma arte de governar.

²⁶ BOBBIO, Norberto. “Liberalismo velho e novo”, in: _____. *O futuro da democracia*, p. 180-181.

²⁷ FOUCAULT, Michel. “Naissance de la biopolitique”, in: _____. *Dits et écrits*, III. Paris: Gallimard, 1994, p. 819.

²⁸ Como seria, por exemplo, a perspectiva de Gianfranco Pasquino, para quem governo é uma “equipe de homens e mulheres que, em todos os níveis de um sistema político, obteve o poder de escolher, de decidir e de fazer atuar as políticas públicas”. PASQUINO, Gianfranco, “Governo” (verbete), in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di Politica*. Torino: UTET, 2004, p. 412.

²⁹ FOUCAULT, Michel. “Du gouvernement des vivants”, in: _____. *Dits et écrits*, III, p. 125.

³⁰ FOUCAULT, Michel. “Le sujet et le pouvoir”, in: _____. *Dits et écrits*, IV. Paris: Gallimard, 1994, p. 237; FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3. Gilles Deleuze comenta que governar é “afetar sob todos os aspectos”. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 84.

³¹ FOUCAULT, Michel. *Sécurité, territoire, population*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004, p. 92.

³² Em um texto de 1982, governamentalidade é definida como “o encontro entre as técnicas de dominação exercidas sobre os outros e as técnicas de si”. FOUCAULT, Michel. “Les techniques de soi”, in: _____. *Dits et écrits*, IV, p. 785. Judith Revel parece enfatizar essa definição, quando comenta, sob o verbete *gouvernementalité*: “as tecnologias governamentais concernem, pois, tanto o governo da educação e da transformação dos indivíduos quanto aquele das relações familiares e aquele das instituições. É por essa razão que Foucault prolonga a análise do governo dos outros por uma análise do governo de si”. REVEL, Judith. *Le vocabulaire de Foucault*. Paris: Ellipses, 2002, p. 40.

³³ FOUCAULT, Michel. “Naissance de la biopolitique”, in: _____. *Dits et écrits*, III, p. 819.

³⁴ FOUCAULT, Michel. “Le sujet et le pouvoir”, in: _____. *Dits et écrits*, IV, p. 237; FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*, p. 4.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 13.

Tendo isso em vista, o liberalismo, enquanto “racionalização do exercício do governo”, aparece como uma determinada reflexão sobre a governamentalidade, isto é, sobre as práticas de governar a si e aos outros. Dito de outro modo: quem diz que o liberalismo é uma “racionalização do exercício do governo” diz que o liberalismo é uma reflexão sobre o governo que abrange todos os níveis de uma escala que vai desde as relações macroscópicas entre governantes e governados às relações microscópicas do sujeito consigo mesmo. É o que Pierre Dardot e Christian Laval têm em mente quando afirmam que o liberalismo, “antes de ser uma ideologia ou uma política econômica”, é uma “racionalidade” e, como tal, “tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados”³⁶.

Concretamente, o liberalismo não pode estruturar e organizar a ação dos governantes e a conduta dos governados senão através da ativação de um “dispositivo” específico. Um dispositivo, Foucault esclarece em uma entrevista de 1977, é

um conjunto definitivamente heterogêneo, compreendendo discursos, instituições, planejamentos arquiteturais, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas, em suma: o dito assim como o não-dito³⁷.

A partir dessa série de observações, é possível definir “liberalismo” nos seguintes termos: reflexão em diversos níveis (científicos, jurídicos, econômicos, religiosos, éticos), que busca afetar (estruturar e organizar) a conduta dos homens em geral, desde a ação pública (o governo do Estado) à subjetividade (o governo de si). Perceba-se como o conceito de Foucault pretende ser mais amplo que o de Bobbio. Senão por outras razões, porque não quer indicar apenas uma teoria econômica e uma teoria política, que seriam uma reflexão sobre o exercício do governo ao nível do Estado e da população. Pretende abranger também uma reflexão sobre o exercício do governo a níveis “microscópicos”: como governar as crianças, tema de uma pedagogia; como governar as almas, assunto de uma teologia; como governar a si mesmo, isto é, como *s’occuper de soi*, objeto de uma ética.

Mas, como se disse, esse não é senão um conceito ainda amplo de liberalismo, que não permite distingui-lo de outras artes de governar possíveis (Foucault menciona, por exemplo, a *Raison d’État* dos séculos XVI e XVII). O que torna específica a arte de governar liberal é a norma em função da qual ela se orienta. No caso do liberalismo que se desenvolveu no século XX, essa norma é a concorrência. O que é o liberalismo contemporâneo? Uma racionalidade que, mobilizando diversos níveis (arquiteturais, científicos, jurídicos, etc.), enforma o governo dos outros e o governo de si segundo a norma da concorrência.

Considere-se, ao mesmo tempo a título de exemplo e de prova, o fenômeno da empresa, tal como ele pôde ser observado a partir de 1930, o que Foucault chamou de “multiplicação da forma ‘empresa’ no interior do corpo social”³⁸. Ele consiste, em poucas palavras, na generalização da norma da concorrência, que enforma a empresa, para além da esfera econômica, abarcando a sociedade como um todo: “trata-se de fazer do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa o que poderíamos

³⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 17.

³⁷ FOUCAULT, Michel. “Le jeu de Michel Foucault”, in: _____. *Dits et écrits*, III, p. 299.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*, p. 203.

chamar de poder enformador da sociedade”³⁹. Por causas a descobrir, os princípios da empresa foram introduzidos nos âmbitos da ação pública e da subjetividade. A partir de então, a condução do Estado e a condução de si mesmo passam a ser pensados de acordo com a racionalidade da empresa privada⁴⁰. O resultado disso é a instauração uma prática específica de governar os outros e a si que pode ser isolada pelos termos correlatos “Estado empresarial” e “empresário de si”.

O “Estado empresarial” não é tanto um “Estado mínimo” quanto um “Estado eficaz”. Ele é mais um Estado que age de um determinado modo do que um Estado que se retira. Seu problema, portanto, não é simplesmente saber onde intervir e onde não intervir (agenda et non agenda, questão clássica do liberalismo dos séculos XVIII e XIX), mas sobretudo saber como intervir⁴¹. Especificamente, o problema que o liberalismo contemporâneo coloca ao Estado empresarial é como aumentar a eficácia e reduzir os custos da ação pública. Em outras palavras, como maximizar, à maneira da empresa privada, a utilidade da ação. E, à maneira da empresa privada, o critério da utilidade da ação pública será a competição. Cria-se, assim, a concepção de que a ação pública não deve corrigir ou compensar os efeitos da concorrência (o que é próprio do Estado de bem-estar social), mas ordenar as sociedades de acordo com a norma da competição.

O empresário de si é o correlato subjetivo do Estado empresarial. É o princípio da subjetividade adequada à concorrência, ou o princípio da concorrência introduzido na subjetividade. O empresário de si é o indivíduo obrigado a governar a si mesmo segundo a norma da competição e da eficácia. Um trecho do livro de Dardot e Laval pode ser esclarecedor:

Cada sujeito foi levado a conceber-se e comportar-se, em todas as dimensões de sua vida, como um capital que devia valorizar-se: estudos universitários pagos, constituição de uma poupança individual para a aposentadoria, compra da casa própria e investimentos de longo prazo em títulos da bolsa são aspectos dessa “capitalização da vida individual”⁴².

Reflexões desse tipo estão presentes, de modo mais ou menos acentuado, no pensamento liberal contemporâneo em geral. Considere-se, por exemplo, no neoliberalismo alemão, a diferença entre “política reguladora” e “política ordenadora”. Trata-se dos tipos de intervenção estatal considerados adequados a uma economia de mercado. Através da política reguladora o governo intervém para facilitar o processo econômico, afastando os obstáculos à concorrência por intermédio de controle e vigilância⁴³. O governo vai agir, então, controlando e vigiando os cartéis, a inflação, o mercado de trabalho⁴⁴. A política reguladora é fundamentalmente uma polícia do mercado. Por outro lado, a política ordenadora é uma constituição do mercado: através dela, o governo intervém nas “condições de existência do mercado”⁴⁵, tendo como objetivo criar um “ambiente social”⁴⁶ adequado à concorrência. O governo vai agir, então, não apenas sobre dados econômicos, mas também, e principalmente, sobre dados técnicos (equipamentos, tecnologias) e recursos humanos (cultura e moral,

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 272-275.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*, p. 184; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 273.

⁴² Idem, p. 201.

⁴³ Idem, p. 115.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*, p. 190.

⁴⁵ Idem, p. 192.

⁴⁶ Idem, p. 200.

educação e regime jurídico, demografia, geografia)⁴⁷. Vai agir, sobretudo, sobre a mente dos agentes econômicos: condiciona-os psicologicamente, afetar-lhes a relação que têm consigo mesmos. Estimula um “devir-outro” dos sujeitos⁴⁸. Em outras palavras, constrói o empresário de si, modelo de subjetividade considerado adequado a uma economia de mercado⁴⁹.

Assim, o liberalismo promove uma *metanoia* (conversão) da ação pública e da subjetividade. E não pode fazê-lo, como se disse, sem ativar determinado dispositivo. Donde a pergunta: que elementos específicos são mobilizados na fabricação do Estado empresarial e do empresário de si? Dardot e Laval mencionam alguns exemplos: orientações técnicas para a gestão econômica dos Estados (v.g., o Consenso de Washington de 1989), observações morais sobre a conduta dos indivíduos (entre outros, a literatura do *self-help*, a que se pode acrescentar também a “ética do empreendedorismo” atrelada ao neopentecostalismo brasileiro atual).

Um dos elementos que compõem o dispositivo liberal é o direito. É nesse contexto que se pode falar de uma função promocional do direito no liberalismo. Pois, atrelado ao dispositivo da arte de governar liberal, o direito não pode ter apenas uma função protetivo-repressiva.

Retorne-se às terminologias de Bobbio: as “sanções negativas” persistem como elementos de um dispositivo liberal, é claro, mas ocupam apenas um lugar marginal no interior de uma arte de governar que, ela, é fundamentalmente “positiva”. Porque, o que quer uma arte de governar liberal? Ela quer estruturar a ação pública e a subjetividade segundo a norma da concorrência. Por consequência, o dispositivo jurídico que ela irá ativar não deverá simplesmente “impedir os comportamentos não desejados”, tornando sua prática “impossível, difícil ou onerosa”. Ao contrário, ele deverá também, e mais fundamentalmente, “promover os comportamentos desejados”, a saber, aqueles adequados à concorrência, tornando sua prática “necessária, fácil ou vantajosa”.

Ouçá-se Bobbio novamente: tornar uma conduta necessária (i.e., promover por meio de uma “medida direta”) é compelir à sua execução, por exemplo, através da coação e da vigilância. Dardot e Laval demonstram como foi necessário recorrer precisamente a tais expedientes (a uma disciplina, no sentido foucaultiano do termo) para moldar a ação pública e a subjetividade em função de uma norma da competição⁵⁰. Seja, por exemplo, o caso em que um ordenamento jurídico contenha uma legislação antimonopólio. Essa legislação possui evidentemente um caráter protetivo-repressor, na medida em que define uma pena para a prática de cartel. Por outro lado, essa função protetivo-repressora só pode ser concebida corretamente no interior de uma função mais ampla, promocional, que é a de vigiar os mercados a fim de garantir um estado ótimo de concorrência. Ora, isso nada mais é do que aquela política reguladora de que falavam os neoliberais alemães. Donde se conclui haver certo paralelismo entre o que Bobbio chama de “medidas diretas”, no contexto do Estado de bem-estar social, e aquilo que, no contexto do liberalismo, aparece como política de regulação.

Simetricamente, verifica-se um paralelismo semelhante entre “medidas indiretas” e política de ordenação. É Bobbio ainda quem diz: tornar uma conduta fácil ou agradável (i.e., promover por meio de uma “medida indireta”) é influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja um determinado comportamento. Se assumirmos que, da perspectiva de uma arte de governar liberal, o comportamento

⁴⁷ Idem, p. 193; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 114.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁹ Foucault afirma, a propósito do neoliberalismo alemão: “O *homo oeconomicus* que se quer reconstituir [...] é o homem da empresa”. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*, p. 201.

⁵⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*, p. 193.

desejado é um comportamento adequado à concorrência, isso coincide de algum modo com aquilo que os neoliberais alemães consideravam ser um dos alvos da política ordenadora, a saber, a constituição de uma subjetividade adequada ao mercado. Nesse caso, o dispositivo jurídico pode tomar a forma de uma legislação de incentivo a pequenas empresas, ou de uma legislação trabalhista que estimule a qualificação pessoal e a empregabilidade mediante previsão de percentuais adicionais, ou ainda de uma legislação previdenciária que incentive os planos de cobertura de risco privados.

Percebe-se, assim, que a análise funcional do direito parece apresentar resultados eficientes mesmo quando retirada de seu horizonte original de aplicação, a saber, o Estado de bem-estar social.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. “As sanções positivas”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”, in: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. “Liberalismo velho e novo”, in: _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. “Du gouvernement des vivants”, in: _____. *Dits et écrits*, IV. Paris: Gallimard, 1994.

_____. “Le jeu de Michel Foucault”, in: _____. *Dits et écrits*, III. Paris: Gallimard, 1994.

_____. “Le sujet et le pouvoir”, in: _____. *Dits et écrits*, IV. Paris: Gallimard, 1994.

_____. “Les techniques de soi”, in: _____. *Dits et écrits*, IV. Paris: Gallimard, 1994.

_____. “Naissance de la biopolitique”, in: _____. *Dits et écrits*, III. Paris: Gallimard, 1994.

_____. *O nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Sécurité, territoire, population*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004.

LAFER, Celso. “Apresentação à edição brasileira”, in: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

PASQUINO, Gianfranco, “Governo” (verbetes), in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di Politica*. Torino: UTET, 2004

REVEL, Judith. *Le vocabulaire de Foucault*. Paris: Ellipses, 2002.