

# ELEMENTOS DE DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

ELEMENTS OF DEFINITION OF ECONOMIC LAW

---

Dimitri DIMOULIS

Mestre em Direito Público pela Universidade Paris-I Sorbonne. Doutor e pós-doutor em Direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professor visitante da Universidade Panteion e da Universidade Politécnica de Atenas. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Resumo

O presente trabalho estuda as funções econômicas dos regulamentos jurídicos com ênfase no atual período da globalização. São indicadas as vantagens da abordagem *pragmatista*, que descreve as normas jurídicas que incidem sobre a atividade econômica, sem prescrever determinada finalidade à “Constituição econômica”. Em seguida, são examinadas várias teorias sobre a relação entre direito e economia, indicando-se o papel constitutivo que exerce o direito em âmbito econômico.

Palavras-chave: constituição econômica; economia; ordem econômica.

Abstract

This paper analyzes the economic functions of the legal regulations especially in the era of “globalization”. We discuss the advantages of the pragmatic approach which describes the legal regulations on the economic activity without prescribing any purpose to the “Economic constitution”. We examine some theories about the relationship between Law and Economics, indicating the constitutive role of law for the economy.

Key words: economic constitution; economics; economic order

## 1 Tendências à desativação econômica das fronteiras nacionais

A construção dos Estados nacionais fundamentou-se, em larga medida, no princípio que podemos denominar *ativação econômica das fronteiras nacionais*. Isso levou a uma configuração *nacional* das trocas econômicas e das estruturas de produção, que se relaciona à atribuição de um papel econômico crucial às fronteiras nacionais.

A importação de produtos e serviços foi regulamentada, fiscalizada e restringida mediante controles de qualidade, limitações quantitativas, taxas de importação e outras “formalidades” com custo econômico. Atravessar uma fronteira nacional tornou-se um ato dificultoso. A única finalidade dessas medidas de controle é a proteção do espaço econômico nacional, restringindo-se a livre concorrência a favor da economia interna-nacional.

O âmbito da economia nacional encontrava-se também internamente regulamentado mediante limitações da liberdade de atuação econômica. A legislação trabalhista, os controles estatais de qualidade, os incentivos para a reestruturação da produção em determinados setores, a política de encomendas e os contratos administrativos, o apoio a setores econômicos em dificuldade permitiam reorientações da vida econômica, conforme decisões políticas do Estado que, tradicionalmente, exercia uma política econômica.

Como regime de produção, a globalização sinaliza o fim desses princípios. Em situação de perfeita globalização, as fronteiras nacionais devem ser economicamente desativadas, deixando de funcionar como pontos de controle dos fluxos econômicos e como delimitação do espaço de produção nacional.

A globalização econômica não permite, *v.g.*, financiar com recursos públicos um sistema de aposentadoria deficitário ou garantir sistemas de renda mínima para todos os cidadãos. Isso é possível no espaço protegido de uma economia nacional que permite, mediante a regulação dos fluxos econômicos, que o Estado apoie setores de produção ou grupos sociais em dificuldade. No âmbito de uma abertura generalizada, que retira do Estado os instrumentos de controle do processo econômico, a manutenção de políticas de intervenção econômica com alto custo significa prejudicar a economia nacional. Isso pode ocorrer diretamente mantendo altos custos de produção em comparação com concorrentes estrangeiras, ou indiretamente, déficit público financiado com empréstimos externos, provocando o aumento dos impostos para o serviço da dívida e, como consequência final, prejuízos dos agentes econômicos nacionais.

Em paralelo, um regime de globalização impede a implementação de políticas econômicas que dão preferência ao capital ou aos trabalhadores de certo país, pois isso constitui uma intervenção estatal que impede a livre concorrência entre produtores e trabalhadores do mundo.

Em ambos os casos, os Estados nacionais perdem, voluntariamente ou não, a capacidade de cumprir o papel de regulador, obrigando-se a iniciar um processo de intensa *desregulamentação* dos processos econômicos.

A globalização pode ser compreendida como um processo com três dimensões: constitui a *abertura* de espaços até então protegidos com as fronteiras; constitui sua *integração* em um sistema econômico

mundial e também um processo de desregulamentação política, já que as instituições políticas desregulamentadas não são substituídas, em nível macrorregional ou global, por semelhantes instituições de regulação dos processos econômicos e sociais. (ALTVATER; MAHNKOPF, 1999, p. 119)

O problema que se coloca nesse âmbito é a transformação do quadro jurídico da atividade econômica, permanecendo em aberto a questão se deve reinar a “anarquia” da liberdade ou se é possível criar normas internacionalmente vinculantes e capazes de regulamentar, ainda que de maneira minimalista, a atividade econômica. No âmbito da erosão do poder estatal-nacional, a pergunta é se há possibilidade de *universalizar* normas e institutos econômicos nacionais e de redefinir as características (amplitude e conteúdo) da atividade legislativa (JOERGES, 1994, p. 360).

As propostas de globalização e abolição das fronteiras nacionais adotam uma ótica econômica conhecida como liberalismo econômico ou neoliberalismo, fundamentada na ideia da liberdade econômica dos atores do mercado, sem interferência estatal. Na perspectiva do liberalismo político, ao contrário, a orientação neoliberal causa inquietação porque cria centros de poder isentos de controle e desvinculados dos sistemas de contrapesos. Um adepto do liberalismo político pode rejeitar as tendências da globalização, referindo-se criticamente ao “despotismo do mercado” e requerer medidas de controle dos movimentos internacionais de produtos e capitais. Nesta perspectiva, encontramos propostas de reestruturação do poder nacional (primazia do interesse nacional) e também propostas de realização de acordos internacionais, com a finalidade de controlar os movimentos econômicos (solidariedade internacional).<sup>1</sup>

Além das iniciativas políticas de organização da denominada “sociedade civil”, com a finalidade de controle da economia pelos cidadãos<sup>2</sup>, há reivindicações concretas, tais como a imposição da taxa de Tobin. Trata-se da reativação de antiga proposta do economista estadunidense James Tobin (1918-2002) para estabelecer um acordo internacional, prevendo a imposição de uma taxa em qualquer transação que implique transferência de capital de um país a outro. Com uma taxa de transferência entre 0,25% e 0,05%, poderiam ser freados movimentos de capital de caráter especulativo ou de pressão sobre as economias nacionais. Com efeito, nos últimos anos, os movimentos do capital financeiro são realizados sem liame com investimentos concretos e permanecem em determinado país menos de uma semana (WARDE, 1997).

---

1 Para uma apresentação e comparação das propostas do liberalismo político e econômico, cf. DIMOULIS, 2006, p. 83-105.

2 Sobre isso podem ser consultados muitos artigos da revista *Le Monde Diplomatique*.

É interessante observar que uma taxa semelhante à proposta feita por Tobin foi instituída no Brasil com a figura do Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (ICMF), criado em 1993 pela Emenda Constitucional n. 3.<sup>3</sup> Esse imposto, que, após várias transformações constitucionais e legais, vigorou até 2007 com a denominação CPMF, permitia limitar as contínuas transferências de recursos, ainda que de forma distorcida, pois taxava as transferências independentemente de sua frequência e finalidade, impondo, por exemplo, o pagamento da mesma alíquota a quem recebia seu salário em conta bancária e a quem investia na Bolsa de Valores.

É indicativo da força política de imposição das receitas do neoliberalismo no Brasil o fato de que, a partir de 2002, tal imposto passou a *não* ser cobrado em caso de movimentações financeiras de finalidade especulativa, em virtude do art. 85 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional n. 37, de 12-6-2002.<sup>4</sup>

A CPMF foi cobrada em praticamente todas as transações que envolviam particulares, com exceção daquelas que um amplo movimento de cidadãos e economistas deseja controlar mediante um imposto da mesma natureza e alíquota. Quem usava recursos econômicos para consumo pessoal ou para investimentos produtivos era submetido ao imposto. Quem usava os mesmos recursos para fins de especulação gozava de isenção – e possuía maiores possibilidades de sonegação, pois a isenção permite que as transações econômicas não deixem traços que facilitariam o trabalho de fiscalização das autoridades tributárias. Não poderia ser dado um exemplo mais claro de incentivo à especulação do capital financeiro.

Em âmbito jurídico, o liberalismo político exprime sua crítica à liberdade total do mercado com concepções *ordo-liberais*. O termo *Ordoliberalismus* foi cunhado na Alemanha por economistas como Walter Eucken (1891-1950) e juristas como Franz Böhm (1895-1977) para designar uma versão do liberalismo político que objetiva evitar o risco de um “despotismo” exercido pelos detentores de capital e, por consequência, de poder privado.

---

3 O imposto foi implementado mediante a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993.

4 “Art. 85. A contribuição a que se refere o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não incidirá, a partir do trigésimo dia da data de publicação desta Emenda Constitucional, nos lançamentos: I - em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de: [...] c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro; II - em contas correntes de depósito, relativos a: a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado; b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros; III - em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos no inciso II deste artigo.”

O ordo-liberalismo propõe uma regulamentação prévia e geral das condições da atividade econômica, criando uma situação institucional que propicia o desenvolvimento ordenado e equilibrado da atividade econômica. Não se trata somente de adotar políticas legislativas de correção das disfuncionalidades do mercado graças a medidas pontuais, introduzindo, por exemplo, salários mínimos ou horários de trabalho, que limitam a liberdade contratual a favor do bem-estar dos trabalhadores, mesmo se o mercado não o permite.

O ordo-liberalismo deseja elaborar uma *Constituição econômica* (*Wirtschaftsverfassung*), que expresse de forma sistemática, ordenada e controlada, as leis do mercado, limitadas e corrigidas segundo considerações políticas. Dessa forma, os ordo-liberalistas objetivam evitar o intervencionismo aleatório do Estado que obedece a interpelações conjunturais e emergenciais, criando entraves ao funcionamento do mercado.

Em paralelo, o ordo-liberalismo propõe recorrer a meios impositivos (normativização jurídica), no intuito de mitigar o liberalismo econômico do *laissez-faire* em vista de interesses gerais. Trata-se de fixar, mediante normas “constituintes” nacionais e internacionais, as finalidades da atividade econômica, tendo como princípio regulador o bem-estar de comunidades, locais ou nacionais ou mesmo da comunidade internacional.<sup>5</sup>

Nessa perspectiva, o Estado (ou a comunidade internacional) atua como instância constitutiva da atividade econômica mediante sua Constituição econômica. O direito que emprega medidas autoritárias (mandamentos com ameaça de sanção) não deve desrespeitar os dados estruturais de uma economia fundada na iniciativa privada, isto é, o princípio da autodeterminação dos agentes econômicos. Mas isso não impede que esses agentes exerçam sua liberdade de ação no quadro pré-definido da atividade econômica, ditado por considerações de equilíbrio e bem-estar geral.

Dessa forma, o liberalismo político, na figura do ordo-liberalismo, leva em consideração a referência coletiva da atividade econômica. Sem abdicar da primazia do indivíduo, de sua vontade e capacidade de tomar decisões, os partidários do

---

<sup>5</sup> Sobre as ideias ordo-liberais, cf. MESTMÄCKER, 1984; REICH, 1977, p. 36-47; JOERGES, 1994, p. 324-327, 358. Muitos ordo-liberais alemães (“Escola de Friburgo”) adotam posições de liberalismo econômico (neoliberalismo), pois consideram que o princípio central da Constituição econômica (*Wirtschaftsverfassung*) é a defesa da livre concorrência e rejeitam regulamentações jurídicas de cunho social, alegando que isso constitui o “caminho da escravidão” (HAYEK, 1980; 1981; KÜBLER, 1994, p. 369-370, 376). Mas isso não impede uma interpretação extensiva da visão ordo-liberal sobre os limites da intervenção econômica do Estado. Além disso, os ordo-liberais indicam a necessidade de estabelecer garantias jurídicas dos princípios reguladores da economia, preocupação que se exprime com a vontade de combater a concentração econômica, que, sob o pretexto de liberdade de ação, distorce a livre concorrência, anulando a liberdade do mercado mediante atos do próprio mercado (e não do Estado).

liberalismo político consideram que o bem-estar deve ser atingido mediante ações que respeitem a prévia definição do “sentido coletivo” da economia privada pelo Estado, mediante o direito. O legislador deve decidir sobre o papel econômico das fronteiras nacionais, escolhendo um caminho nacionalista ou “globalizado” ou, como ocorre na prática, uma combinação de ambos, para em seguida decidir sobre o papel do Estado no funcionamento interno da economia.

## 2 Características gerais da “constituição econômica”

A ordenação da economia em um Estado liberal se realiza fundamentalmente mediante normas constitucionais. Isso é devido a duas razões. Primeiro, porque o liberalismo político hoje predominante posiciona-se a favor do estabelecimento de condições e limites fixos da atividade econômica (condições-quadro, *Rahmenbedingungen*) que deveriam se encontrar no texto constitucional, gozando da estabilidade temporal que oferece a rigidez constitucional.

Segundo, porque as regulamentações econômicas limitam direitos fundamentais dos agentes econômicos, principalmente a propriedade e a livre atividade econômica. Nesse sentido, necessitam de embasamento constitucional, atuando como *leges speciales* em relação aos referidos direitos fundamentais. Para analisar a Constituição econômica devemos inicialmente esclarecer que existe, hoje, um *direito constitucional mundial* que possui duas dimensões, em grande medida simétricas:

a. *Direito constitucional nacional*. Apesar das especificidades, as Constituições nacionais adotam as mesmas matrizes de organização do Estado e de suas relações com os indivíduos: contêm uma lista de direitos fundamentais e organizam o poder político segundo as regras da tripartição das funções e de eleição democrática do poder legislativo (não se excluindo a eleição popular da cúpula do poder executivo e de partes do poder judiciário).

As diferenças que se constatarem entre as Constituições nacionais são de menor importância e, quase sempre, adotam um dos termos das alternativas típicas do constitucionalismo: parlamentarismo ou presidencialismo; Estado unitário ou federal; controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (ou combinação de ambos). Ao mesmo tempo, constata-se uma intensa comunicação internacional entre os doutrinadores do direito constitucional. Nesse sentido, podemos falar em uma cultura constitucional comum a todos os países. Referir-se ao direito constitucional brasileiro ou argentino não faz muito mais sentido do que referir-se à cardiologia brasileira ou argentina. As pessoas, as instituições e os detalhes de procedimento são diferentes, mas o conteúdo essencial não apresenta consideráveis diferenças.

b. *Direito constitucional internacional*. Aqui encontramos as regras constitutivas das organizações internacionais e supranacionais que seguem o modelo das Constituições nacionais. Seus criadores e principais sujeitos são os Estados nacionais; sua finalidade central é a solução de conflitos entre nações, a intensificação da integração entre Estados (segundo o modelo ideal de uma federação), a organização de instâncias centrais de decisão e a tutela universal dos direitos individuais. Por essa razão, podemos afirmar que o direito constitucional internacional apresenta grandes semelhanças com as constituições nacionais.

Um dos componentes centrais do direito constitucional mundial é a Constituição econômica internacional (*internationale Wirtschaftsverfassung*), que consiste em um conjunto de normas provenientes de vários titulares de soberania e estabelece os princípios da integração econômica mundial, respeitando a soberania nacional (LANGER, 1995).

A Constituição econômica inclui as normas formal ou materialmente mais importantes do direito econômico, isto é, os princípios da atividade econômica que são constitutivos em virtude de sua relevância estruturante e de sua primazia jurídica, pois se encontram formulados nas Constituições ou em textos internacionais com semelhante função.<sup>6</sup>

Por sua vez, o termo “direito econômico” refere-se à regulamentação jurídica da economia. O termo aparece no final do século XVIII em muitos países da Europa continental com sistema econômico capitalista, sendo em seguida adotado nos países da América Latina e, com maior intensidade, nos países socialistas (KÜBLER, 1994, p. 366-368; SOUZA, 1999, p. 48-52).

Em relação ao seu objeto geral, podemos distinguir três abordagens que se relacionam com as diferentes concepções sobre o significado da regulamentação jurídica da economia:<sup>7</sup>

a. Abordagem *normativa-social*, que considera objeto do direito econômico as intervenções estatais, no intuito de corrigir os mecanismos do mercado, modificando parcialmente seus resultados.

b. Abordagem *normativa-liberal*, que considera objeto o estudo da Constituição econômica, que garante a livre concorrência, fiscalizando situações tendencialmente monopolistas.

c. Abordagem *descritiva-pragmatista*, que observa as normas jurídicas vigentes que incidem sobre a formação e a direção da atividade econômica

---

6 Cf. a definição da Constituição econômica em MOREIRA, 1978, p. 135-151; REICH, 1977, p. 74-77.

7 Seguimos a tripartição proposta por KÜBLER, 1994, p. 368-372, que apresenta clareza conceitual, evitando as exposições casuísticas de intermináveis definições. Para uma apresentação casuística, cf. SOUZA, 1999, p. 38-45.

(*wirtschaften*), sem prescrever determinada finalidade e sem fixar limites à ordenação jurídica da economia.

Pergunta-se se o direito econômico possui autonomia de objeto. Devemos descartar, de plano, o argumento dogmático. O direito econômico não pode existir (ou deixar de existir) como ramo do direito em virtude de uma previsão constitucional. Contudo, esse argumento foi apresentado como fundamento da “autonomia disciplinar” do direito econômico (SOUZA, 2002, p. 205; GRAU, 2002, p. 178), após a inclusão do “direito econômico” entre as matérias de competência legislativa concorrente previstas no art. 24, inciso I da Constituição Federal. Ora, uma referência constitucional não influencia a existência objetiva de um ramo do direito e, de qualquer forma, a referência ao direito econômico não significa que haja autonomia cognitiva, metodológica ou outra desse setor de regulamentação.

Independentemente das propostas interpretativas que devem formular os intérpretes da Constituição para operacionalizar juridicamente esse dispositivo (em que sentido o direito econômico teria um campo de incidência diferente do direito empresarial ou administrativo?), a existência ou não de um ramo do direito é um problema de teoria geral do direito, que elabora os critérios para tanto, e independe da vontade de determinado legislador.

Para analisar a autonomia do direito econômico devemos inicialmente examinar se ela possui um objeto de estudo claramente delineado. Grande parte da doutrina nacional apresenta como objeto exclusivo do direito econômico a “política econômica” (GRAU, 2002, p. 286; SOUZA, 2002, p. 206). Esse posicionamento nos parece indevidamente restritivo, pois não leva em consideração dimensões relevantes do direito econômico. Para dar um exemplo, a ampla garantia da propriedade privada dos meios de produção constitui um dos pilares do direito e da ordem econômica brasileira. Dificilmente poderíamos considerar que essa garantia faz parte da política econômica do Estado, conceito este último de caráter conjuntural.

Muito mais adequado seria determinar como objeto do direito econômico o estudo dogmático e teórico-crítico das normas jurídicas que regulamentam a *ordem econômica*, estabelecendo regras de ação econômica tanto dos particulares como do Estado. Podemos definir a ordem econômica como: “Expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico”.<sup>8</sup>

A clareza na fixação do objeto de estudo, mediante referência à ordem econômica, oferece um argumento no sentido da autonomia do direito econômico.

---

<sup>8</sup> TAVARES, 2006, p. 83. Para uma análise dos elementos conceituais da ordem econômica, cf. SOUZA, 2002, p. 116-139.



Estudar os elementos normativos que conformam ou preordenam o sistema econômico parece atividade dedicada a um específico objeto de conhecimento.<sup>9</sup> Contudo, parece difícil admitir a autonomia do direito econômico sem negar as tradicionais e, a nosso ver, úteis<sup>10</sup> distinções entre os ramos do direito. O direito econômico constitui um conjunto de normas que, segundo as classificações tradicionais, são oriundas dos mais variados ramos do direito. Suas componentes centrais são, além do direito constitucional e administrativo, o direito empresarial, o direito do trabalho e, em parte, o direito civil, ambiental, do consumidor e da propriedade imaterial.<sup>11</sup> Além disso, o estudo do direito econômico pressupõe conhecimentos multidisciplinares, principalmente de natureza econômica.

Em decorrência disso, o enfoque dado ao direito econômico não depende de sua natureza e objeto, supostamente único, e sim do interesse cognitivo e da especialização disciplinar de cada autor, que estuda determinadas partes do direito que regulamentam atividades econômicas. Isso se verifica facilmente analisando obras de vários autores, de sensibilidade juspublicista ou jusprivatista, mais jurídica ou mais econômica e sociológica.

Por essa razão, o direito econômico funciona principalmente como enfoque de interesse que permite um “corte” transversal (e bastante seletivo) de vários ramos do direito e, em geral, do saber das ciências sociais no intuito de interpretar e criticar regras jurídicas que dizem respeito à atividade econômica.

No centro das controvérsias interpretativas encontra-se o problema do conteúdo da Constituição econômica. Formular e interpretar seus princípios significa desenhar o quadro no qual devem atuar as autoridades estatais em suas intervenções econômicas e, sobretudo, determinar as margens de atuação do legislador para a elaboração da política econômica.

As referidas óticas normativas (liberal e social) procuram formular os princípios gerais de organização da atividade econômica de acordo com suas preferências ideológicas, atribuindo à Constituição econômica um significado central, ideologicamente determinado (proteção da livre concorrência ou garantia do bem-estar coletivo).

Na ótica pragmatista, aqui preferida, a Constituição econômica tem caráter pontual e fragmentário, limitando-se aos enunciados normativos de cada legislador. Em nível constitucional, o direito econômico não possui um único significado, mas resulta do conjunto dos direitos fundamentais, dos princípios e das normas de competência estabelecidas no texto constitucional. Uma medida legislativa não contraria a Constituição econômica de determinado ordenamento

---

9 Sobre o problema da autonomia do direito econômico, cf. SOUZA, 1999, p. 66-67.

10 Para uma defesa das tradicionais divisões do ordenamento jurídico, cf. DIMOULIS, 2007, p. 300-320.

11 Sobre os problemas de delimitação do direito econômico, cf. KÜBLER, 1994, p. 379-382.

jurídico quando viola o suposto espírito ou princípio central de ordenação econômica, mas quando entra em conflito com normas jurídicas em vigor (KÜBLER, 1994, p. 372-375). Com base nessa perspectiva pragmatista deve ser analisada a incidência normativa do direito na atividade econômica.

### **3 Concepção funcional-estrutural da relação entre direito e economia: a primazia da política**

O grande desafio teórico que enfrentam os estudiosos do direito econômico encontra-se na determinação das possíveis relações entre as esferas do direito e da economia.

#### **3.1 “O direito é determinado pelas relações econômicas”**

Uma primeira posição afirma que o direito depende das estruturas econômicas. Essa posição se exprime com particular clareza em autores marxistas, que entendem a relação entre direito e economia com base no esquema da determinação da superestrutura jurídica pela base econômica-material (MOREIRA, 1978, p. 265 e passim; REICH, 1977, p. 52-56).

Pode-se argumentar que a predominância do mesmo modo de produção em vários países explica a semelhança dos aspectos econômicos dos respectivos ordenamentos jurídicos. Nessa ótica, a forte semelhança das Constituições nacionais econômicas dos países com predominância do modo de produção capitalista se explica em termos econômicos. A matriz comum da produção econômica e, principalmente, as necessidades de reprodução das relações de produção impõem (e ao mesmo tempo explicam) as semelhanças nos enunciados normativos constitucionais de vários países.

Essa abordagem demonstra-se insuficiente se for feito um estudo concreto e detalhado das normas da Constituição econômica em cada país, entendida esta última no sentido formal de parte da Constituição diretamente relacionada a processos econômicos.<sup>12</sup>

Com efeito, se em nível de princípios não encontraremos diferenças entre as Constituições dos países capitalistas (garantia da propriedade privada, da livre iniciativa, da concorrência etc.), as regulamentações concretas divergem fortemente. Isso não se verifica só em relação a normas de detalhe, por exemplo, as referentes às competências tributárias, mas também em relação a normas centrais do sistema econômico.

---

<sup>12</sup> TAVARES, 2006, p. 71-81; SOUZA, 2002, p. 22-24; BERCOVICI, 2006, p. 11-43.

Basta citar o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1948, que, apesar de regulamentar a economia de um país que desenvolveu uma das mais eficientes redes de proteção social das classes populares (Estado social), não incluiu em seu texto a garantia de direitos sociais. Ao contrário, países como o Brasil, que são marcados por enormes deficiências na política social, incluem no texto constitucional um extenso rol de direitos sociais, apesar da pré-programada ineficiência.

Como explicar essas diferenças usando o argumento da estrutura econômica, que supostamente determina o direito? Se a sociedade alemã admitiu fortes limitações patrimoniais impostas aos agentes econômicos em decorrência da política social e, apesar disso, silencia em seu texto supremo, como explicar que, no Brasil, onde a política social enfrenta a firme oposição dos grupos de poder, incluiu-se no texto constitucional uma extensa lista de direitos sociais, que possuem densidade normativa comparativamente alta<sup>13</sup> e forte imperatividade, porque são garantidos – pelo menos teoricamente – pelo mandado de injunção?

Mesmo em relação aos princípios, as Constituições de países economicamente semelhantes utilizam diferentes estratégias de garantia normativa do sistema econômico. No âmbito de uma comparação de textos constitucionais encontramos desde o quase absoluto silêncio sobre a parte econômica, no caso da Constituição Federal dos Estados Unidos, até a prolixidade da Constituição portuguesa, passando pelas mais variadas estratégias intermediárias. Como afirmar que o direito é determinado pela economia, se constatamos grandes e relevantes evidentes disparidades em nível normativo e de implementação?

Em segundo lugar, podemos observar que a ocorrência de significativas mudanças estruturais no regime econômico de um país não é sempre acompanhada de modificações dos enunciados da parte econômica da Constituição. Esse fenômeno permitiu afirmar que existiria uma Constituição econômica “neutra”, que poderia conciliar-se tanto com o regime capitalista, em todas as suas variações estruturais e conjunturais, como com um regime socialista.<sup>14</sup> Sem adentrar o debate, interessa constatar que a Constituição econômica nem sempre corresponde à base econômica, situação essa que invalida a tese da determinação do direito pela economia.

---

13 Sobre o conceito da densidade normativa, cf. DIMOULIS, 2007, p. 83-86.

14 Sobre o debate alemão cf. KRÖLLS, 1994, p. 1-19. Segundo a opinião que prevaleceu, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) não é economicamente neutra, isto é, não aceita qualquer sistema econômico. Mas tampouco consagra como princípio central da atividade econômica a livre concorrência típica do capitalismo liberal. Tal consagração levaria à inconstitucionalidade de importantes elementos do direito econômico, tais como a possibilidade dos trabalhadores de influenciar, mediante suas organizações, as decisões das empresas e a atuação do Estado pela “direção” da atividade econômica, com incentivos ou sanções segundo considerações de interesse geral. Cf. KÜBLER, 1994, p. 372-375.

Seria pouco provável encontrar um país comunista cuja Constituição garanta a propriedade privada e a livre concorrência ou um país capitalista cuja Constituição imponha o planejamento econômico no setor privado. Abstraindo de situações de extremo descompasso entre o direito e a economia, podemos afirmar que o estudo empírico das Constituições econômicas invalida a tese do espelhamento da economia no direito, pois é impossível deduzir as características do sistema produtivo da leitura da Constituição. Isso indica a necessidade de pensar de outra forma as relações entre o direito e a economia.

Seja como for, é consensual entre os especialistas e corresponde ao senso comum a tese de que as mudanças no regime econômico acarretam profundas modificações na regulamentação jurídica da economia. Caso contrário, o direito permaneceria letra morta ou perderia sua credibilidade normativa, sendo formalmente aplicado, mas constantemente adaptado à realidade econômica por obra dos intérpretes.

Por outro lado, encontra também consenso a tese de que a atividade econômica deve fundamentar-se em normas jurídicas que não só contrariem a vontade de agentes econômicos, mas que também tentem modificar tendências de evolução dos mercados e setores de produção, proíbam ou limitem atividades.

Essa constatação, aparentemente paradoxal, adquire seu pleno significado se pensarmos na finalidade geral do direito, muitas vezes ocultada pelas abordagens idealistas, largamente dominantes, que postulam a harmonia entre ser e dever ser, isto é, entre o sistema normativo jurídico e as relações sociais.

Na realidade, o direito apresenta caráter *contrafático* (DIMOULIS, 2007, p. 69-70). Sua finalidade é modificar a realidade social, transformar o comportamento das pessoas e as relações sociais. Mesmo quando o objetivo do direito é manter determinadas estruturas, por exemplo, preservar os direitos de propriedade privada, mediante sua garantia constitucional, o direito desempenha uma função *contrafática*, pois manifesta a vontade de manter a atual situação, ou seja, as instituições políticas, as relações sociais e as posições dos indivíduos.

O elemento mais importante da função *contrafática* do direito é a ameaça de sanções contra tentativas de mudar a situação social de forma juridicamente não desejada, assim como (mas em menor medida) contra a eventual inércia das autoridades estatais e dos particulares, que contraria a vontade jurídica de mudança.

O caráter *contrafático* dos regulamentos jurídicos da economia é particularmente claro. Caso contrário, não teria garantia do regime econômico nem mesmo regras de orientação dos agentes da economia, e seria simplesmente um “reflexo da realidade”. Isso significa que o direito seria totalmente desnecessário.

Uma norma jurídica refletindo à lógica econômica diria, por exemplo, que os preços podem oscilar dependendo da demanda e da oferta ou que os

funcionários podem ser demitidos a qualquer momento segundo as necessidades das empresas, mas tal norma careceria plenamente de sentido, equivalendo à norma que permite respirar ou se alimentar, pois mesmo sem sua existência o “mercado” agiria da mesma forma. Dito de outro modo, a normatividade do direito econômico só tem sentido social se contrariar fatos e tendências empiricamente observáveis ou que podem ocorrer no futuro.

### 3.2 “O direito regulamenta e transforma as relações econômicas”

Encontramos aqui a *segunda* posição sobre as relações entre direito e economia. O direito não só depende da economia, mas também regulamenta e, afinal de contas, *transforma* as relações econômicas. Em sua versão extrema, essa tese poderia afirmar que a atividade econômica depende plenamente dos regulamentos jurídicos. Basta uma mudança no sistema normativo para que mude a economia. Essa versão carece de plausibilidade, pois não pode responder à pergunta sobre as origens, as causas ou, segundo a terminologia jurídica, as fontes materiais de um regulamento jurídico, evidenciando-se a insuficiência dessa abordagem.

Mesmo admitindo-se uma visão estritamente positivista, que, por razões metodológicas, exclui do campo de interesse do direito as possíveis causas ou influências de legiferação, não seria possível afirmar que o direito configura as relações econômicas, uma vez que isso não constitui um resultado e sim um axioma que sustenta a abordagem puramente jurídica de forma declaradamente contrafática. Para afirmar algo válido (não circular) sobre a relação entre o direito e a economia, devemos abandonar esse axioma e avaliar o antes do direito (causas, fontes materiais) e o depois (eficácia social da norma).

Nessa perspectiva, devemos admitir que o direito surge e se aplica em estrita interação com a economia, que impõe, *grosso modo*, determinados conteúdos jurídicos, sendo em seguida submetida à influência transformadora do próprio direito. Essa versão afirma a autonomia relativa dos dois subsistemas sociais “direito” e “economia”, indicando suas interações, isto é, influências recíprocas. Essa tese, que poderíamos denominar dialética, reflete-se, por exemplo, na seguinte observação de um doutrinador alemão:

A internacionalização da economia necessita de institutos jurídicos correspondentes. A criação de tais institutos constitui um desafio político e institucional do Estado constitucional democrático, que não pode eximir-se de suas responsabilidades relativas aos problemas econômicos e sociais. (JOERGES, 1994, p. 353)

Isso significa que, mesmo modificando-se o titular da soberania econômica (como, parcialmente, ocorre no caso da perda progressiva da substância da soberania dos países europeus, membros da União Européia)<sup>15</sup>, as normas jurídicas continuam sendo necessárias para disciplinar essa atividade, mas, ao mesmo tempo, seu conteúdo depende da mudança estrutural da economia, devendo-se adaptar aos ditados da internacionalização.

Tanto a posição da primazia e do caráter determinante da economia como a posição da relação dialética entre direito e economia partem tacitamente da premissa do *individualismo metodológico* (SCHNELL et al., 1999, p. 104-107).

O individualismo metodológico afirma que, para entender o funcionamento da sociedade, é necessário identificar unidades primeiras ou elementares e analisar seu comportamento, pois toda e qualquer ação social é consequência de um conjunto de ações individuais. Essas unidades são normalmente individuais (seres humanos). Podem também ser entes coletivos, desde que seja clara a unicidade e individualidade, como é o caso das empresas.

Em seguida, analisa-se a ação de cada ente em suas relações com os demais. As interferências oriundas de outros atores – por exemplo, a empresa deve praticar certos preços ou deixar de vender um produto em virtude de imposição legal – consideram-se externas e são geralmente criticadas, por limitar a liberdade individual.<sup>16</sup>

Consideramos essa visão equivocada porque parte de uma premissa problemática. Na realidade, aquilo que é apresentado como “interno” constitui o produto (ou ponto de confluência) de uma série de condicionamentos. Sob o ponto de vista *causal*, o interno e o externo se confundem, não havendo primazia do interno. O interno é resultado de múltiplos e difusos condicionamentos causados por fatores e processos que são considerados externos à vontade do indivíduo, da empresa ou do Estado. Por sua vez, o externo é o resultado da contínua ação e pressão de vários agentes, re-elaborando regras e instituições mediante decisões políticas, impostas por pessoas e grupos que reagem a problemas sociais, modificando os fatores de seu condicionamento.

Vejamos o exemplo do tráfico de drogas. O indivíduo A “quer” vender drogas e o indivíduo B quer comprar drogas, atuando em um mercado que um conjunto de pessoas, os legisladores de determinados países e momentos históricos,

---

15 Sobre a situação atual da integração jurídica européia, caracterizada por uma tripolaridade historicamente inédita, assim como sobre os cenários de sua possível evolução, ver CHRISTOPOULOS/DIMOULIS, 2001.

16 Foi observado que o emprego do termo “intervenção” para indicar a atuação econômica do Estado corresponde a essa abordagem do liberalismo, que apresenta a atuação do Estado como “invasão” em processos econômicos que, em princípio, seriam auto-reguláveis (TAVARES, 2006, p. 54).

declarou ilegal e outras pessoas, as autoridades encarregadas da aplicação das leis penais, tentam abolir, reprimindo seus atores econômicos.

Do ponto de vista do individualismo metodológico explicaríamos todas essas condutas analisando a vontade/decisão de vender, comprar, proibir ou perseguir. Ora, nenhuma dessas pessoas tomou a decisão livremente. Todos reagem a estímulos externos. No caso do vendedor e, em certa medida, do usuário de drogas, temos como elemento decisivo a subcultura de determinados ambientes sociais que permite, por um lado, realizar contatos e adquirir conhecimentos sobre o tráfico de drogas e, por outro, neutralizar as críticas morais e o medo de punição, permitindo que a pessoa atue nesse setor ou que use drogas apesar de uma reprovação jurídica e oriunda da moral social dominante. Esse quadro, ao qual podemos acrescentar a existência de problemas sociais (exclusão da educação ou do emprego formal), induz a pessoa ao tráfico e/ou uso de drogas.

No momento em que um indivíduo manifesta a decisão de ser, por exemplo, traficante de entorpecentes, essa decisão não é “dele”. Decorre de um conjunto de fatores que determinaram sua vontade “individual”. Assim sendo, quando o Estado tenta impedir o tráfico de drogas com ações repressivas, nada mais faz do que continuar exercendo pressão sobre o indivíduo com formas e finalidades funcionalmente equivalentes àquelas que o levaram a ser traficante de drogas.

Portanto, sob o ponto de vista da teoria, não é possível considerar a decisão individual como ponto de partida da interpretação de acontecimentos, distinguindo-se entre o interno (liberdade individual) e o externo (coação). Tanto antes como depois de certa conduta, o indivíduo sofre influências e pressões que a determinam e podem beneficiá-la.

De forma simétrica, o supostamente externo (a ação repressiva do Estado contra o tráfico de drogas) também não é oriundo de uma instância autoritária que decidiu oprimir certas pessoas ou grupos. Resultou da pressão exercida por outros indivíduos e grupos que conseguiram impor uma modificação da legislação no sentido de proibir o tráfico de drogas (atividade essa permitida até o início do século XX) e, em seguida, conseguiu que as autoridades repressivas considerassem prioritária a denominada guerra contra as drogas. A atuação estatal não constitui uma força quase sobrenatural que restringe a liberdade dos indivíduos, nem pode ser reduzida à expressão de vontade de cada legislador, juiz ou policial.

Sem multiplicar os exemplos, podemos afirmar que, por razões teóricas, revela-se impossível distinguir o interno do externo nos processos sociais, incluindo os econômicos. Por esse motivo, carece de fundamento a visão liberal da economia como algo intrínseco ou originário e da intervenção jurídica estatal como algo supostamente externo. O sistema jurídico não é um fator externo à economia. Nem a visão liberal, segundo a qual o direito, vindo de fora, impõe limitações a

uma natural ordem econômica fundamentada na vontade originária dos indivíduos (e/ou do mercado), nem a visão predominante no marxismo, segundo a qual o direito espelha as relações de produção econômica, podem explicar o verdadeiro funcionamento do direito no âmbito da produção econômica.

Por essa razão parece-nos extremamente problemática a abordagem teórica conhecida como *Law and Economics*. Essa abordagem, que surgiu nos Estados Unidos nos anos de 1960, deseja realizar, segundo a definição usual, uma “[...] aplicação da teoria econômica (principalmente da microeconomia e dos conceitos básicos da economia do bem-estar) na avaliação da formação, da estrutura, dos processos e do impacto econômico do direito e das instituições legais”.<sup>17</sup>

Essa abordagem, que recentemente ganhou espaço no Brasil<sup>18</sup>, fundamenta-se em uma *dupla instrumentalização*. Por um lado considera possível influenciar a economia atuando “de fora”, isto é, mediante uma intervenção jurídica nas transações econômicas. Por outro lado, considera o direito como fator que pode ser economicamente avaliado em termos de custo. Os adeptos da abordagem *Law and Economics* realizam a operação que foi designada como “mercantilização do direito” (*marchéisation du droit* – TERRÉ, 1999, p. 385). O problema teórico central encontra-se no pensamento em termos de exterioridade, isto é, na separação radical entre o direito e a economia.<sup>19</sup>

Buscando uma nova definição do papel econômico do direito, devemos partir da tese “negativa” de que a distinção metodológica entre interno e externo é insustentável do ponto de vista teórico, pois não indica uma relação de causalidade e de suposta primazia do “interno”.

Isso não significa que a distinção carece de qualquer relevância. Devemos aqui registrar e comentar um paradoxo criado pelo próprio direito moderno. A distinção entre interno e externo, entre o indivíduo (ou a empresa) e seu “ambiente” (Estado, demais instituições, empresas, pessoas), constitui uma realidade normativa criada pelas próprias normas jurídicas em vigor.

A atuação econômica do Estado só pode apresentar-se juridicamente como externa e “segunda” em relação à liberdade do indivíduo e das empresas, se um conjunto de normas jurídicas estabelecem tal relação. Em outras palavras, podemos realizar a distinção entre interno e externo do ponto de vista *funcional*, se houver várias unidades/agentes e vários campos de ação com finalidades diferentes, definidas não natural ou economicamente, mas *juridicamente*.

---

17 MERCURO & MEDEMA, 1997, p. 3; cf. COOTER & ULEN, 2004, p. 4. O primeiro livro oferece uma apresentação panorâmica das várias escolas no âmbito dessa abordagem; o segundo, uma síntese das análises eficientistas-comportamentais nos vários ramos do direito.

18 ZYLBERSZTAJN & SZTAJN (orgs.), 2005; SADDI & CASTELAr, 2006.

19 Para ulteriores críticas a essa abordagem, cf. NOBLES, 2002, p. 863-866.



Quando vigora a regra de que qualquer decisão do indivíduo deve ser respeitada em relação ao gozo de certa propriedade que o direito reconhece como particular, a não ser que uma lei conforme à Constituição proíba certas condutas, podemos afirmar que existe uma primazia do indivíduo e o Estado só intervém em sua esfera de forma externa, como ocorre com a tributação, a desapropriação ou o sequestro de bens.

Essa regra encontra-se nos ordenamentos jurídicos modernos que garantem a propriedade privada. Em sua forma geral, a primazia do indivíduo no sentido da prioridade de suas decisões é proclamada mediante o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). O dispositivo legalidade estabelece uma regra de competência. Se não houver lei restritiva e conforme a Constituição, qualquer decisão do indivíduo deve ser respeitada, mesmo sendo prejudicial para os demais. Essa regra fundamenta-se, por sua vez, na distinção entre a decisão primária do indivíduo (ou da empresa) e na atuação secundária ou mesmo subsidiária do Estado.

Só nesse âmbito pode encontrar fundamento a visão liberal da primazia da vontade individual. Mas isso ocorre somente quando (e até onde) o Estado permite o exercício da liberdade dos agentes econômicos. Isso significa que a liberdade individual é “segunda” em relação ao poder estatal, que cria e modifica as normas jurídicas, podendo traçar, em cada momento e setor de atividade, os limites da liberdade dos agentes econômicos.

Constatamos aqui a completa *inversão* da visão liberal. Se o indivíduo, a empresa ou, em última instância, o mercado são soberanos em sua atuação, isso se deve à decisão jurídica de garantir esse espaço, decisão essa tomada pelas autoridades legislativas que *criam* o espaço da liberdade individual e não o limitam de forma externa, como alega o liberalismo.

Da mesma forma que seria inexato afirmar que há crime antes de sua tipificação legislativa, seria equivocada afirmar que há liberdade de ação (econômica ou outra) do indivíduo antes de sua consagração jurídico-estatal.

Não é possível analisar aqui os fundamentos e as implicações teóricas dessa visão. Podemos, porém, facilmente entender que as regulamentações jurídicas do campo da atividade econômica não são exteriores e limitadoras da suposta autonomia individual, mas sim o fator *constitutivo* da atividade econômica. O que seriam os dois elementos centrais do mercado, a mercadoria e o contrato, sem um direito que os regulasse, garantindo a propriedade, as condições de compra e venda, a execução dos contratos e a própria liberdade do comércio? Simplesmente não existiriam.

Podemos, assim, afirmar que as normas jurídicas precedem *socialmente* a atividade dos indivíduos como agentes econômicos e influenciam tanto as decisões iniciais (*v.g.*, cria-se uma empresa de produção de sacolas de papel porque o Estado

oferece incentivos para a produção de embalagens “ecologicamente corretas”) quanto sua atuação em geral.

Além disso, grande parte dos regulamentos jurídicos funciona como fator ideológico-cultural, que motiva a atuação individual. As normas e práticas dos aparelhos estatais geram crenças sobre o justo e o útil, levando ao cumprimento espontâneo do direito, que funciona também como autoridade de cunho moral.

A propriedade e a autonomia privada, o reconhecimento do princípio da concorrência e a estruturação da economia em torno do comércio de mercadorias produzidas para serem trocadas segundo o princípio da equivalência de valores de mercado constituem dados culturais, que os indivíduos de uma sociedade capitalista consideram naturais. Comprar pão na padaria parece, em nossos dias, tão natural quanto a própria fome e, seguramente, muito mais natural do que preparar pão na própria casa!

Esse processo de interiorização-naturalização das regras da economia capitalista foi, em grande parte, produzido pelos sistemas jurídicos, que contribuíram para a imposição de reivindicações de grupos de comerciantes e intelectuais, que se encontravam, no início do capitalismo, em posição politicamente marginal. Seria, por essa razão, contrário à evidência histórica afirmar que o Estado atua de forma secundária e externa na economia, impondo limites à liberdade dos indivíduos, porque significaria ignorar, por completo, que o Estado desempenhou e continua desempenhando o papel de criador e de principal garantidor do agir econômico no capitalismo.

Por estas razões, devemos entender que a regulamentação jurídica da ordem social-econômica constitui sua verdadeira *fundamentação*. Trata-se de um amplo conjunto de normas e instituições que, na maior parte do mundo atual, permite e garante a livre concorrência individual e a propriedade privada, sendo as regras básicas fixadas nas Constituições e, por isso, dotadas de estabilidade. Assim sendo, devemos concordar plenamente com a definição da Constituição econômica como “[...] parte da Constituição [...] que dá forma ao sistema econômico que é, em essência, capitalista” (SILVA, 2008, p. 790-791).

Uma reforma na direção de “menos Estado” (privatizações, diminuição dos impostos, liberalização das importações, abolição dos incentivos estatais etc.) é sempre possível, mas, contrariamente à crença liberal, a abordagem funcional-estrutural indica que tal evolução será sempre decorrência de uma decisão pública de natureza claramente política e não de uma vitória da liberdade individual. Em tal caso, as normas jurídicas criarão novos espaços privados, não se tratando de uma “libertação” de potencialidades reprimidas dos indivíduos, e sim de uma decisão coletiva, ditada pela prevalência de certos interesses.

Assim sendo, parece adequado nos referirmos à *primazia da política sobre a economia*. Entendendo a produção de normas jurídicas como atividade exclusivamente política (DIMOULIS, 2007, p. 119-129), parece coerente concluir que o funcionamento do sistema econômico repousa na vontade política que cria certas normas.

Em outras palavras, a tese central da abordagem funcional-estrutural é que as decisões jurídico-políticas criam e, ao mesmo tempo, (de)limitam segundo regras complexas o espaço da atividade econômica. Isso significa que, para constituir esse espaço e avaliar seu funcionamento, é seguido o código principal da comunicação jurídica: lícito/ilícito (LUHMANN, 1997).

Sem pretender fazer uma reconstrução genealógica dessa abordagem, observemos que a tese da função constitutiva do direito para os processos econômicos se encontra formulada em uma das principais obras de Jeremy Bentham, publicada pela primeira vez em francês em 1802. Referindo-se à propriedade, o filósofo sublinha: *La propiedad y el derecho nacen y mueren juntos. Antes de que las leyes fueran promulgadas no había propiedad; sin las leyes la propiedad cesa.*<sup>20</sup>

Se “as leis” criam um dos fundamentos da economia capitalista, tal a propriedade privada, podemos estender essa tese, afirmando que *o direito é condição de possibilidade da economia*, pois nenhuma estrutura de produção, nenhuma relação de emprego ou intercâmbio comercial poderia ocorrer da forma que conhecemos hoje sem a preexistência de um quadro jurídico adequado.

Podemos, assim, afirmar que o direito é “condição necessária da existência e funcionamento” da economia, devendo reconhecer o “papel constitutivo dos institutos jurídicos estatais para a economia capitalista de mercado” (KRÖLLS, 1994, p. 21-22).

Essa tese pode parecer demasiadamente idealista, resultado de uma leitura da sociedade com as lentes ideológicas do jurista. Como afirmar que o direito cria a economia? Qualquer vontade de qualquer legislador seria capaz de moldar qualquer sistema econômico? Não estaríamos aderindo à ilusão de um poder legiferante ilimitado, que “cria o mundo” conforme sua vontade, sendo uma espécie de milagre ou até manifestação de um poder quase divino, conforme ensinam as clássicas e recentes teologias do poder constituinte?<sup>21</sup>

Contra a nossa tese podem ser formuladas duas críticas. A primeira possível crítica refere-se à primazia da política sobre a economia, tese essa que pode ser criticada como expressão de um idealismo cego. Podemos, evidentemente, esclarecer que não retomamos aqui a visão agnóstica sobre a origem e as determinações do direito, que, conforme indicamos, caracterizam um positivismo

20 Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, apud MORESO, 1992, p. 326.

21 Cf., por exemplo, BRITTO, 2003.

estritamente intrajurídico, mas que não podem oferecer nenhuma explicação sobre a origem e a finalidade do direito.

Ora, mesmo sublinhando que o direito não é entendido como simples conjunto de normas inexplicavelmente criado, mas como produto e instrumento da política dominante em determinado momento, poderia ser sustentado que a atividade econômica antecede e também excede o direito. Não compramos e vendemos produtos porque isso está regulamentado pelo Código Civil nem se observa sempre na atividade econômica o legalmente prescrito. Caso contrário não haveria máfias, contrabandos ou sonegação fiscal!

A crítica não convence. A última “causa” de qualquer atividade humana, incluindo a econômica, é a satisfação de necessidades dos seres humanos. Ora, essa “causa” não pode explicar nenhuma das formas históricas de atuação econômica nem a distribuição de papéis e posições concretas em determinada sociedade.

A necessidade de consumir determinado número de calorias por dia e de ter uma alimentação diversificada não indica como devemos procurar e distribuir os alimentos, nem qual é o preço “justo”. O furto, o exercício de violência ou a direta apropriação de alimentos que se encontram na natureza são meios de encontrar alimentação não só funcionalmente equivalentes à conclusão de um contrato com pagamento da contraprestação, como também são meios muito mais simples e correspondentes a impulsos humanos do que a atuação juridicamente prescrita.

Nenhum dos atuais institutos econômicos pode ser explicado de forma “natural”.<sup>22</sup> Não haveria fábricas, empresas e Bolsas de Valores sem uma rígida regulamentação e fiscalização de seu funcionamento, e isso indica que a atual “ordem” da economia não é literalmente pensável sem seu quadro jurídico.

Por outro lado, a regulamentação jurídica não pode impedir a atuação econômica ilegal, que transgrede limites que o direito estabelece. Esse fenômeno não permite, porém, concluir que a economia seria algo anterior a sua forma jurídica. Com efeito, as atividades econômicas desenvolvidas fora do quadro jurídico adquirem suas características devido às normas jurídicas que as proíbem.

As estruturas da criminalidade organizada e da corrupção determinam os preços nos mercados ilegais e as condições de gestão econômica em resposta à proibição jurídica e ao risco de punição. Isso explica os preços altos dos mercados ilegais, as condições paramilitares de atuação da criminalidade organizada e os demais custos da ação econômica ilegal.<sup>23</sup> Tudo isso deve-se ao fato de o sistema jurídico regulamentar, ainda que de forma negativa, a economia ilegal,

---

22 Cf. A crítica em TERRÉ, 1999, p. 395-396.

23 Cf. As análises jussociológicas em RUGGIERO, 2001.

considerando certos acontecimentos ilícitos e prevendo sanções de natureza, civil, penal ou administrativa.

Podemos concluir que, sem a existência do direito econômico, as sociedades continuariam produzindo para satisfazer suas necessidades. Mas não haveria as atuais formas econômicas, impensáveis sem a regulamentação jurídica, isto é, sem a imposição de condições e de formas específicas de atuação. Nesse sentido, não procede a crítica que considera idealista a posição da primazia do direito sobre a economia.

A segunda possível crítica é de natureza jussociológica. Parte da constatação de que não é possível entendermos o papel do direito na sociedade sem evidenciar a origem das normas jurídicas. Só há aposentadorias e seguro desemprego porque um conjunto de normas jurídicas regula essas prestações. Ora, a resposta tautológica “X recebe aposentadoria porque isso está legalmente previsto” não exime o estudioso do direito e do dever de explicar qual é a origem dessas normas.

Essa crítica fundamenta-se na corriqueira rejeição da abordagem positivista do direito como formalista e vazia de conteúdo. Essa crítica é parcialmente justificada, pois indica a necessidade de analisar as razões de criação do direito. Mas isso não invalida a constatação de que a economia se fundamenta logicamente na preexistência de normas jurídicas. Nem deve levar a um desmesurado otimismo, fazendo acreditar que um estudo de natureza histórica ou sociológica oferecerá uma completa explicação causal da legislação econômica. Nenhuma necessidade econômica pode explicar a alíquota de certo imposto, as razões de previsão de isenção tributária a favor de uma categoria de agentes econômicos ou as condições legalmente estabelecidas para que ocorra legalmente uma fusão de empresas.

Diante disso, podemos manter a posição de que a regulamentação jurídica da ordem econômica constitui sua *fundamentação*. Se, porém, a “forma-Constituição” determina a atividade econômica, essa “forma” constitui, ao mesmo tempo, o produto de processos sociais, que são, em grande parte, fundamentados nos dados estruturais da atividade econômica.

Podemos, assim, formular a tese de que a Constituição é uma *forma formans formata*, isto é, uma estrutura que dá forma à atividade econômica, mas, ao mesmo tempo, é determinada por necessidades sociais e se vincula a formas culturais dominantes em determinado período e sociedade.

Assim sendo, parece adequado admitir a *primazia da política sobre a economia*, sendo as escolhas políticas dominantes expressas em normas jurídicas. Isso não impede que, segundo o esquema da *forma formans formata*, os regulamentos jurídicos sejam analisados como produto de processos sociais, ou seja, como conjuntos normativos heterônomos. Essa dualidade de perspectiva (a

Constituição configura, dá forma à realidade social e, ao mesmo tempo, é formada por ela) deve guiar qualquer análise da ordem econômica.<sup>24</sup>

A abordagem funcional-estrutural indica que a concepção da globalização como triunfo do liberalismo econômico constitui um mito. Segundo estudos estatísticos, os fluxos comerciais internacionais e os investimentos diretos no exterior encontram-se, nos últimos anos, nos mesmos níveis que tinham atingido antes da Primeira Guerra Mundial e que as economias da grande maioria dos países continuam “fechadas”, com legislações ainda muito protecionistas e com relações econômicas preferenciais entre países vizinhos ou “amigos”, no âmbito de acordos de colaboração/integração econômica regional (HIRST; THOMPSON, 1998; BAIROCH, 1996). Não se detecta, assim, uma tendência de desregulamentação, de unificação da economia mundial ou de “morte do Estado”.

A principal modificação real refere-se, como já indicamos, ao considerável crescimento dos níveis da especulação. A velocidade e o volume da circulação do capital financeiro internacional aumentou de 18 milhões de dólares por dia, no início dos anos 1970, para 1 bilhão e 300 milhões de dólares em 1985, sendo superior a 2 trilhões de dólares por dia nos últimos anos. Desse volume, menos de 20% circula com a finalidade de realizar pagamentos em razão de transações comerciais internacionais. O restante é um capital especulativo que circula constantemente pelos mercados de valores.<sup>25</sup>

Essa situação fortalece o capital financeiro, aumentando seu poder de pressão sobre as políticas econômicas dos Estados. Esse poder não é, contudo, intrínseco, devido às próprias atividades de especulação. Na abordagem funcional-estrutural, revela-se como consequência de políticas permissivas dos Estados, que desejam atrair mais capitais, facilitando as condições de entrada, oferecendo taxas de juros maiores do que os lucros na denominada “economia real” e, em última instância, tolerando o grande jogo de azar, de interesses e de alianças que é a especulação financeira.

Qualquer Estado pode, se o desejar, inverter essa situação, tomando algumas simples medidas legislativas, limitando o fluxo de capitais com a exigência de controles, de pagamento de taxas e de impostos ou mediante a fiscalização mais rigorosa das Bolsas de Valores. Ademais, um acordo internacional poderia introduzir políticas de controle dos movimentos do capital internacional. Por que o capital internacional pode viajar ao redor do mundo em segundos sem a menor fiscalização? É evidente que não se trata de um fenômeno natural ou de decorrência

---

24 Essas distinções são válidas em perspectiva analítica. Do ponto de vista histórico, não se constata anterioridade do político-jurídico sobre o econômico ou vice-versa, e sim uma *contemporaneidade*. Não há economia capitalista sem direito capitalista nem o contrário.

25 WARDE, 1997, p. 24; Disponível em: <http://www.globalpolicy.org/socecon/glotax/currtax/index.htm>.

do progresso da tecnologia das telecomunicações, mas de uma decisão política dos governos. Temos aqui uma tentativa de institucionalizar a utopia do mercado sem Estado, com decisão dos próprios Estados, que abandonam políticas públicas de caráter social e aumentam as margens de lucro dos detentores de capital com políticas de inspiração neoliberal que, por razões de legitimação, apresentam-se como a “única via”.

A abordagem funcional-estrutural analisa essas mudanças como produto de uma política legislativa e administrativa de modificação parcial das regras de atividade econômica. Porém, ao contrário do que o liberalismo sustenta, a diminuição de barreiras tarifárias nas importações ou o desmantelamento de um sistema de saúde mantido pelo Estado em prol da população sem recursos não deixa de ser uma medida legislativa e uma expressão da vontade coletiva-política.

Em outras palavras, a abordagem funcional-estrutural indica que não há, hoje, uma simples “desregulamentação”. No âmbito do Estado moderno, que é elemento estrutural de uma economia de mercado, existem sempre fundamentações jurídicas das regras da atividade econômica. Essas podem consistir em ações ou omissões do Estado, em sua expansão ou recuo, no apoio a determinados agentes econômicos em detrimento de outros etc., mas em todos os casos se tratará de medidas estatais que estruturam o espaço econômico.

## Referências

- ALTVATER, Elmar; MAHNKOPF, Birgit. *Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 1999.
- BAIROCH, Paul. Globalization Myths and Realities: One Century of External Trade and Foreign Investment. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (orgs.). *States Against Markets: The Limits of Globalization*. London and New York: Routledge, 1996, p. 67-79.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. Crises e perspectivas da integração jurídica na Europa. *Cadernos de Direito*, v. 1, n. 2, p. 75-91, 2001.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Boston: Pearson, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri. Fundamentação constitucional dos processos econômicos. In: *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77-152.
- \_\_\_\_\_. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. *RECHt, Gesetzgebung und Freiheit*. Landsberg am Lech: Verlag Moderne Industrie, 1980. v. 1

\_\_\_\_\_. *RECHt, Gesetzgebung und Freiheit*. Landsberg am Lech: Verlag Moderne Industrie, 1981. v.3

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. Petrópolis: Vozes, 1998.

JOERGES, Christian. Die Wissenschaft vom PrivatRECHt und der Nationalstaat. In: SIMON, Dieter (org.). *RECHtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, p. 311-363.

KRÖLLS, Albert. *Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft*. Frankfurt/M.: Haag und Herchen, 1994.

KÜBLER, Friedrich. WirtschaftsRECHt in der Bundesrepublik. Versuch einer wissenschaftstheoretischen Bestandsaufnahme. In: SIMON, Dieter (org.). *RECHtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, p. 364-389.

LANGER, Stefan. *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*. Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation. München: Beck, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Das RECHt der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law*. From Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *RECHt und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*. Baden-Baden: Nomos, 1984.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1978.

MORESO, José Juan. *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona: PPAU, 1992.

NOBLES, Richard. Economic Analysis of Law. In: PENNER, James et al. (orgs.). *Jurisprudence and Legal Theory*. London: Butterworths, 2002, p. 855-896.

REICH, Norbert. *Markt und RECHt*. Theorie und Praxis des WirtschaftsRECHts in der Bundesrepublik Deutschland. Neuwied: Luchterhand, 1977.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes and Markets*. Essays in Anti-Criminology. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SADDI, Jairo; CASTELAR, Armando. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006.

SCHNELL, Rainer, HILL, Paul, ESSER, Elke. *Methoden der empirischen Sozialforschung*. München: Oldenbourg, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006.



TERRÉ, Dominique. Droit et benefi. *L'année sociologique*, v. 49, n. 2, p. 381-406.

WARDE, Ibrahim. Le projet de taxe Tobin. *Le Monde Diplomatique*, p. 24-25, fev. 1997.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

