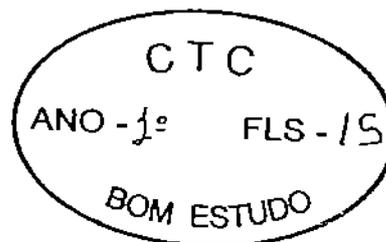


~~Albino~~ TEMA 5
Economia Política

ALESSANDRO S. OCTAVIANI LUIS



RECURSOS GENÉTICOS E DESENVOLVIMENTO

Os desafios furtadiano e gramsciano

Tese de Doutorado em Direito Econômico e
Financeiro, sob a orientação do Prof. Associado
Gilberto Bercovicj

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Largo São Francisco

São Paulo, 2008

termos gerais, o movimento *Law and Development* é caudatário da ideologia norte-americana da modernização, em ambos os momentos em que operou com força, ainda que seja objeto de produção e reflexão de alguns juristas norte-americanos críticos e preocupados com a periferia do sistema. Os limites das teorias da modernização, entrelaçadas ou não à reflexão jurídica, foram expostos, entre outros aparatos críticos, pelo estruturalismo econômico latino-americano.

I.g.ii. O “ainda indispensável direito econômico”: uma reflexão brasileira para a superação do subdesenvolvimento

Existe no Brasil uma cultura jurídica que incorporou o estruturalismo econômico latino-americano no centro de sua reflexão. Essa tradição metabolizou a tarefa teórica e prática de pensar a superação do subdesenvolvimento em pautas concretas do direito. Penso que seja possível apontar um fio vermelho dessa tradição, remontando-a a partir de Fábio Konder Comparato, Eros Grau e Gilberto Bercovici.

I.g.ii.1. Fábio Konder Comparato

Fábio Konder Comparato afirma que adotou as “idéias desenvolvimentistas não por uma moda, mas como verdadeira iluminação”: “Eu fui para a França estudar Ciência Política e Direito Constitucional e acabei escolhendo Direito Comercial porque, na época, não havia nenhuma matéria jurídica mais ligada à questão do desenvolvimento, que era o que me interessava. Eu sempre fui um admirador incondicional do Celso Furtado, não apenas pelo que ele escreveu, mas pelo entusiasmo que pôde dar à minha geração.”¹¹⁶

Avalio possível apresentar a contribuição de Comparato para a tecitura de uma tradição jurídica brasileira preocupada com a superação do subdesenvolvimento costurando sua produção teórica em direito privado, suas sugestões de reorganização constitucional e a postulação de “um indispensável direito econômico”, a partir da

¹¹⁶ Fábio Konder COMPARATO. Desenvolvimento econômico e solidariedade para viver a democracia, in Fernando Haddad (org.). *Desorganizando o consenso -- nove entrevistas com intelectuais à esquerda*, p. 119. Petrópolis: Vozes/Perseu Abramo, 1998.

necessidade apontada pelo autor de construir a “capacidade de governar”.¹¹⁷ Sua reflexão sobre os institutos de direito privado é em larga medida preocupada em colocá-los sob o alcance de um controle público, que transcenda o individualismo e o formalismo jurídico característicos do liberalismo do século XIX; suas propostas de reorganização constitucional e institucional são vertidas à superação do subdesenvolvimento, postulando uma forte participação popular; e o direito econômico, me parece, surge nessa reflexão como instrumento para a organização da capacidade de governar para superar o subdesenvolvimento.

Tomarei reflexões sobre dois institutos de direito privado que podem demonstrar a preocupação do autor em desenvolver mecanismos de controle dos poderes privados encarnados nessas formas jurídicas: a obrigação do segurador no contrato de seguro e a caracterização do fenômeno da empresa a partir do poder de fato exercido. Esses dois exemplos permitem compreender que o direito privado há de ser subordinado à “capacidade de governar”.

Em trabalho de 1968, Comparato apontava ser de garantia a obrigação do segurador no contrato de seguro.¹¹⁸ Ser de garantia a obrigação e não de mera indenização significa

¹¹⁷ Fábio Konder COMPARATO. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional, in *Para viver a democracia*, p. 102. São Paulo: Brasiliense, 1989. “Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão dos fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.” Fábio Konder COMPARATO. *Brasil; um país em busca de futuro*, in Folha de São Paulo, 27 de novembro de 2005, p. A-3: “É sabido que o verbo governar deriva do latim ‘guberno’, correlato de ‘kuberno’ grego, e que ambos têm o sentido de pilotar um navio, isto é, dirigi-lo ou guiá-lo com um rumo determinado.” Nos países subdesenvolvidos a necessidade é maior ainda: Fábio Konder COMPARATO. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional, op. cit., p. 103. “Por outro lado, o estado de subdesenvolvimento impõe a todos os governos de países afetados pelo problema um mínimo de programação de políticas públicas a longo prazo. É que o subdesenvolvimento apresenta características originais, inteiramente desconhecidas até o século passado. Os países subdesenvolvidos não são totalmente ricos nem totalmente pobres, assim como não se apresentam tampouco como países homoganeamente modernos ou atrasados. Há sempre, no contexto do subdesenvolvimento, uma oposição ou tensão entre um pólo rico e um pólo pobre, um setor moderno e um setor arcaico.”

¹¹⁸ Fábio Konder COMPARATO. *O seguro de crédito – estudo jurídico*, p. 136. São Paulo: RT, 1968. “A doutrina tradicional limita-se a ver na prestação securatória o pagamento da indenização estipulada na apólice para o caso de sinistro. Contra esta concepção, tem-se feito valer não só argumentos teóricos, como observações tiradas da própria realidade social. Em primeiro lugar, a doutrina tradicional não explica satisfatoriamente por que na hipótese de sinistro não ocorreria a falta de prestação securatória, ferindo o caráter bilateral do contrato. Ademais, o que se verifica na realidade dos fatos é que, ao subscrever uma apólice de seguro, o segurado tem em vista não apenas uma soma de dinheiro correspondente à indenização, mas também a garantia de supressão do risco que pesa sobre si; em uma palavra, a segurança. Daí a concepção da obrigação própria do segurador como uma obrigação de garantia, ou dever de prestar segurança (Sicherheitsleistung), e a qualificação do contrato de seguro como um contrato de garantia. Pelo contrato de seguro, o segurado obtém, independentemente do sinistro, e pois da indenização, a transferência à seguradora

estar o segurador obrigado desde o início da vigência do contrato, e não meramente no momento da ocorrência do sinistro.¹¹⁹ Essa escolha doutrinária significa que, ao estar obrigada a prestar garantia, a companhia seguradora deve estruturar suas reservas técnicas para ter a capacidade de fazer frente a todas as indenizações que os cálculos atuariais apontam ser prováveis. Ao estabelecer de garantia a obrigação – determinando a necessidade de organização das reservas técnicas – está o autor, em última análise, chamando o Estado para regular a atividade securitária e o contrato individual, pois é ele quem fiscaliza, por meio das regras emanadas pela autoridade responsável (SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e BACEN – Banco Central), a confecção e qualidade das reservas técnicas.¹²⁰ Nesse exemplo, um instituto de direito privado, cuja tradição é ser pensado a partir do interesse exclusivo das partes contratantes, passa a ser interpretado, inclusive para que os interesses individuais sejam melhor protegidos, à luz do interesse do sistema securitário como um todo. A “capacidade de governar” penetra na racionalidade das relações individuais, ampliando as possibilidades de controle político.

Um outro exemplo é a reflexão empreendida sobre os poderes exercidos na e pela empresa. A macroempresa não é tomada como um dado a ser organizado apenas de acordo com a maximização dos lucros de seus acionistas ou controladores tecnocráticos. Deve ser tomada também como um problema político, pois organiza a produção e circulação da

do risco que afeta seu interesse.” Cf. ainda Fábio Konder COMPARATO. *Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança*, in Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial...*, op. cit., p. 438-49. Fábio Konder COMPARATO. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, in Fábio Konder Comparato. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 521-39. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Fábio Konder COMPARATO. *Seguro de garantia de obrigações contratuais*, in Fábio Konder Comparato. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 350-69. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹¹⁹ Sobre a evolução de Comparato a respeito da obrigação de garantia no contrato de seguro: Paulo PIZA. *Contrato de resseguro – tipologia, formação e direito internacional*, p. 150-3. São Paulo: IBDS/EMTS, 2002. Ainda sobre a obrigação de garantia no contrato de seguro: Ernesto TZIRULNIK, Flávio CAVALCANTI e Ayrton PIMENTEL. *O contrato de seguro – de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, 2 ed., p. 30-2. São Paulo: RT, 2003. Ernesto TZIRULNIK. *Regulação de sinistro*, 2 ed., p. 41-58. São Paulo: Max Limonad, 2000. Vera Helena de Mello FRANCO. *Lições de Direito Securitário – seguros terrestres privados*, p. 56-8. São Paulo: Maltesc, 1993. Em sentido ainda notadamente individualista, apegando-se à mera obrigação indenitária, Pedro ALVIM. *O contrato de seguro*, 3 ed., p. 93-136. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹²⁰ Sobre o tema, cf. Rubén S. STIGLITZ. *Controle do Estado sobre a atividade seguradora*, in IBDS (org.). *II Fórum de Direito* José Sollero Filho, p. 43-51. São Paulo: Manuais Técnicos/IBDS, 2002. José Eduardo Martins CARDOZO. *A fiscalização da empresa de seguros e previdência*, in IBDS (org.). *II Fórum de Direito* José Sollero Filho, op. cit., p. 53-74. Amadeu Carvalhães RIBEIRO. *Regulação da atividade seguradora privada*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), p. 108-97. São Paulo, FDUSP, 2003.

riqueza, tornando-se um dos principais atores das relações sociais.¹²¹ Assim, afastar as compreensões mais formalistas sobre quem comanda a empresa e como ela comanda as relações que estabelece passa a ser uma forma de aumentar o conhecimento dos vetores que, *de fato*, manipulam a vontade desse ator social, permitindo um controle público que seja minimamente mais apurado.¹²²

Esses dois breves exemplos – a opção pela obrigação de garantia em contraposição à exclusiva obrigação indenitária e a apresentação da empresa como um ator que faz política e deve ter seu controle submetido à análise dos fenômenos reais e não meramente formalista – apontam que os institutos considerados tipicamente de direito privado devem ser vistos como objeto da “capacidade de governar”.

¹²¹ Fábio Konder COMPARATO. *A reforma da empresa*, in Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial...*, op. cit., p. 3: “Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. (...) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.” Fábio Konder COMPARATO. *Aspectos jurídicos da macroempresa*, p. 4. São Paulo: RT, 1970: “Na verdade, a evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos, e notadamente a partir da segunda guerra mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial.” Sobre a história das grandes empresas: Fábio Konder COMPARATO. *Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença*, in Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial...*, op. cit., p. 261-9.

¹²² Uma análise sobre as formas de controle das sociedades empresariais privilegiando o fato do poder, mais do que arranjos meramente formais: Fábio Konder COMPARATO. *O Poder de controle na sociedade anônima*, 2 ed., p. 22-3. São Paulo: RT, 1977: “Podemos agora estabelecer a distinção dos três níveis nos quais se estabelece a estrutura de poder na sociedade anônima: o da participação no capital ou investimento acionário; o da direção; e o do controle. O controle pode provir da participação no capital, mas não se confunde com ela (...). Por outro lado, se os diretores de uma companhia não precisam ser acionistas, é escusado dizer que o controlador nem sempre assume as funções diretivas.” Uma análise sobre o controle de sociedades empresariais subordinadas por sociedades que as virotizam, controlando sua vida empresarial por meio de contratos: Fábio Konder COMPARATO. *Grupo societário fundado em controle contratual e abuso do poder controlador*, in Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial...*, op. cit., p. 270-91. A respeito de formas de controle não enquadráveis em esquemas clássicos, mas que são um fenômeno existente em economias de industrialização atrasada, organizada pelo Estado: Fábio Konder COMPARATO. *Monopólio público das operações de resseguro*, in *Direito Público – Estudos e pareceres*, p. 164-5. São Paulo: Saraiva, 1996: “O Instituto de Resseguros do Brasil é um órgão estatal *sui generis*. (...) O IRB acha-se submetido ao controle da União Federal, que detém o poder decisório sobre sua estrutura funcional, a orientação empresarial e a própria existência da entidade. Em segundo lugar, o IRB é dotado de uma estrutura *sui generis*. Ele não é empresa pública, no sentido do disposto no art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, porque seu capital não pertence integralmente à União. Ele tampouco é uma sociedade de economia mista, pela boa razão de que lhe faltam os requisitos essenciais para ser tido como uma sociedade *tout court*. Os detentores do capital não são sócios: não têm poderes para deliberar, em conjunto, sobre a existência e o funcionamento da entidade; não decidem sobre o montante de seu capital, a designação de seus administradores, ou a partilha do lucro do exercício.” Uma sistematização de suas reflexões sobre o poder: Fábio Konder COMPARATO. *Educação, Estado e poder*, p. 11-43. São Paulo: Brasiliense, 1987.

Essa "capacidade de governar" deve ser o instrumento de um projeto nacional de desenvolvimento, que subordine, além dos institutos de direito privado, as estruturas constitucionais e institucionais. Para isso, a Constituição e os demais arranjos institucionais deverão incorporar a dinâmica dos conflitos sociais dentro de si, buscando sua legitimidade no processo de resolução dos conflitos, superando o subdesenvolvimento: "(...) todo sistema constitucional, para ter efetividade sociológica e não apenas vigência jurídica, não pode ser estático e meramente declaratório, como imaginavam os primeiros teóricos do constitucionalismo; ele deve, antes, adaptar-se permanentemente às mutações sociais. Sem dúvida, a ordem constitucional de um povo é estabelecida para durar e sobrepairar aos entreschoques políticos e econômicos. Mas isso não significa que uma Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, possa visar à perenidade. (...) se está diante de uma Constituição cujo objetivo último é criar as condições institucionais para a transformação da sociedade. (...) A futura Constituição brasileira, para ter um mínimo de legitimidade a sustentá-la, deve assentar-se na realidade brasileira, construída ao longo da história, e dar satisfação à grande exigência nacional: o desenvolvimento sócio-econômico do país. (...) O ponto de partida é a idéia de que o subdesenvolvimento representa uma situação de desequilíbrio constante e dinâmico entre as classes, setores e regiões do país, de modo a reproduzir múltiplas e crescentes desigualdades. O desenvolvimento aparece, assim, como o processo de eliminação desses desequilíbrios, pela combinação da capacidade de crescimento econômico com a instauração da igualdade básica de condições de vida. Não se trata, pois, de uma noção exclusivamente econômica, ligada ao aumento da renda nacional, ou à simples modernização tecnológica."¹²³

A "capacidade de governar" que deve orientar as estruturas constitucionais e institucionais para a superação do subdesenvolvimento tem sido solapada pelas práticas neoliberais, que atropelaram o processo de democratização que havia finalmente colocado o país nos trilhos, após os descaminhos de 1964: "Na nossa história recente, vivemos dois momentos importantes, durante os quais se afirmou a consciência de um objetivo comum a

¹²³ Fábio Konder COMPARATO. *Muda Brasil - uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, 4 ed., p. 13-6. São Paulo: Brasiliense, 1987. Cf. p. 55: "Já foi explicado que o anteprojeto funda-se na convicção de que o subdesenvolvimento, longe de se confundir com uma situação qualquer de atraso econômico, representa um estado permanente de desequilíbrio social, caracterizado pela desigualdade crescente de condições de vida, entre classes, setores econômicos e regiões. O país subdesenvolvido, não obstante o eventual crescimento econômico global e o progresso técnico, acaba sempre reproduzindo, no interior de suas fronteiras, a mesma situação da dominação e exploração, característica da vida internacional."

ser alcançado. Nos anos que transcorreram do término da Segunda Guerra Mundial até meados da década de 60, graças à atuação de notáveis brasileiros, a começar por Celso Furtado, propusemo-nos a desencadear um amplo processo de desenvolvimento nacional que lograsse a médio prazo estimular o desenvolvimento econômico e reduzir a fabulosa desigualdade na distribuição da renda. Os adversários desse projeto eram todos aqueles, no país ou no exterior, que viviam da exploração do nosso atraso político, econômico ou social. O processo foi bruscamente interrompido pelo golpe militar de 1964, que engajou o nosso país, com armas e bagagens, na Guerra Fria. Contra os abusos e crimes do novo regime político não tardou, felizmente, a se formar a consciência de que o objetivo nacional imediato consistia na instauração de um Estado democrático de Direito. Sucedeu, porém, que, liquidado o regime militar, sucumbimos, desde logo, ao assalto da globalização capitalista e perdemos de vista toda idéia de projeto nacional.”¹²⁴

Para ultrapassar o bloqueio à “capacidade de governar” a fim de superar o subdesenvolvimento, pode-se afirmar que o direito econômico – impulsionado por instituições aquecidas pela participação, se levarmos em conta a leitura combinada dos textos aqui coletados – é “indispensável”.¹²⁵

Nas palavras de um comentador, “para Comparato, o direito econômico visa atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação.

¹²⁴ Fábio Konder COMPARATO. *Brasil, um país em busca de futuro*, op. cit., idem. O autor não deixa de exercer a crítica colada à busca pelas frestas da esperança: Fábio Konder COMPARATO. *Vão cego sem instrumentos*, in Folha de São Paulo, 7 de fevereiro de 1997, p. A-3. “(...) o Brasil tem grandes trunfos para reverter o jogo. Dentre eles, como tem mostrado Celso Furtado nos últimos tempos, é de assinalar o valioso capital econômico e social que representa a imensidão de terras não cultivadas.”

¹²⁵ Fábio Konder COMPARATO. *O indispensável direito econômico*, in Fábio Konder Comparato. *Ensaíos e pareceres de direito empresarial*, op. cit., p. 453-72. Cf. p. 471-2: “Até agora a doutrina jurídica tem-se preocupado quase que exclusivamente com o direito formal, suscitando querelas especiosas e insólúveis a respeito da autonomia dos diferentes ramos do Direito. Não seria tempo de admitir modestamente o que outras ciências sociais já admitiram desde a primeira hora: que ao lado de uma análise de conceitos e categorias, existe um estudo de técnicas? Que ao lado de um direito formal deve haver lugar para um direito aplicado? O direito econômico aparece assim como um dos ramos desse direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade, se se preferir, nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado. (...) A utilidade do direito econômico concebido nesses termos é inegável. (...) Sob o aspecto teleológico, o surgimento do direito econômico representa um estímulo constante ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas em função de seus objetivos concretos. A compreensão do Direito como técnica incita à crítica e à renovação incessante do direito positivo.” Neste trabalho, “os objetivos concretos que servirão de “estímulo constante ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas” são, como já se frisou, o confronto com as condições periférica e subalterna, no seu momento (parcial, mas importante) de construção de um sistema nacional de inovação distributivo e de instalação de uma democracia participativa quente.

E, no caso de países como o Brasil, a tarefa do direito econômico é transformar as estruturas econômicas e sociais, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento.¹²⁶

I.g.ii.2. Eros Grau

A aproximação à contribuição de Eros Grau para a linha que assimila o estruturalismo econômico latino-americano em nossa cultura jurídica será realizada a partir dos seguintes pressupostos: (i) partindo do marxismo, o autor divisa que, no modo capitalista de produção, o direito cumpre a função de conservar o sistema, repondo a correlação de forças que deu origem ao corpo normativo¹²⁷; (ii) o direito assume uma específica forma, que o torna mais apto a cumprir sua função de conservação: a forma do "direito moderno"¹²⁸; (iii) entretanto, ainda que cumprindo essa função, o direito não é um espaço isento de conflitos, ao contrário, passa a ser arena de disputas, em diversos níveis de sua operação¹²⁹; (iv) um dos eixos dessa disputa é a interpretação, espaço aberto aos princípios¹³⁰; (v) o direito econômico e suas formas de organização da atuação estatal em relação à economia é uma das arenas do conflito¹³¹; (vi) a superação do subdesenvolvimento é um dos jogos realizados nessa arena¹³².

Para o autor, uma forma percuciente de se aproximar do fenômeno do direito é a pergunta sobre suas funções. Se "ensina von Jhering que a finalidade é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a um

¹²⁶ Gilberto BERCOVICI. *O ainda indispensável direito econômico*, p. 15. São Paulo: texto inédito, versão encaminhada pelo autor em 23 de julho de 2007.

¹²⁷ Eros Roberto GRAU. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 14-5, p. 20. São Paulo: RT, 1988.

¹²⁸ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5 ed., p. 99-105. São Paulo: Malheiros, 2003. Eros Roberto GRAU. *La doppia destrutturazione del diritto - Una teoria brasiliana sull'interpretazione*, p. 16-20. Milão: Unicopli, 1996.

¹²⁹ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op.cit., p. 44.

¹³⁰ Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 45. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³¹ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 27.

¹³² Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, op. cit., p. 200-4.

finalidade"¹³³, este aparato metodológico pode ser estendido para todo o corpo normativo, quando chegaremos à conclusão de que o "(...) *direito positivo, posto pelo Estado* –, seja quando enquanto visualizado como *direito formal*, seja quando tomado como *direito moderno*, está em que seu fim é a *conservação dos meios*, ainda que tantas vezes isso se tenha pretendido ocultar sob a afirmação de que ele estaria voltado a assegurar a *ordem* e a *paz*. Nesse sentido, o Estado põe um direito definidor das *regras de um jogo* cujo fim ou cujos fins são externos a ele, porque definidos pelo indivíduo, que se vale de suas *formas* para realizar *seus fins*. (...) Inexiste, nos quadros do modelo de *direito formal/direito moderno*, qualquer outro fim senão o de *conservar os meios*."¹³⁴

A forma que essas regras de conservação do jogo estabelecidas pelos mais fortes, detentores do capital, toma é uma forma específica. É o chamado "direito moderno", dotado de características típicas, dentre as quais a universalidade abstrata e a possibilidade de dotar o agente econômico de capacidade de previsão. Para operar essas duas características típicas, a política capitalista transfigura-se em atividade recoberta com a aparência de técnica: "Direito moderno, aqui, conota o direito (positivo) produzido pelo chamado *Estado moderno*, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolveram uma *atividade técnica* – e não *política* (...) –, esse modelo de direito é o *modelo de direito do modo de produção capitalista*. (...) Modelo de direito do

¹³³ Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 35: "A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme." Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, op. cit., p. 151.

¹³⁴ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., 104, 28-30. Daí a afirmação em Eros Roberto GRAU. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, op. cit., p. 20: "(...) na sociedade capitalista, o profissional do Direito, ao atuar no seu ofício, qualquer que seja o setor dele no qual desenvolva sua atividade – na advocacia, na Magistratura, no Ministério Público, como jurista, no magistério – estará sempre provendo a defesa de interesses bem determinados, interesses que convergem para o objetivo de preservação do jogo (...)." Cf. p. 14-5: "O que pretendo ora introduzir é a assertiva de que se poderia perfeitamente conceber um 'jogo da velha' desenvolvido sobre regras tais – excepcionais em relação às que determinam o seu normal processamento – que conduzisse sempre à vitória daquele que dá partida ao jogo. Bastaria, para tanto, que uma das 'regras' vedasse ao adversário a prática da jogada contrária adequada, a ser contraposta ao lance destinado a vencer. Aí teríamos, sempre, assegurada ao jogador mais forte – o que pratica o primeiro lance, no 'jogo da velha' – a vitória. (...) O mais forte, nesse jogo, é o detentor do capital. Divisa-o o conjunto dos trabalhadores como uma luta. Como o conflito é organizado pelo capital, contudo, desenvolve-se como luta apenas na concepção idealística de um dos adversários. (...) O que aquele primeiro grupo visualiza como luta não passa de um jogo, desenvolvido segundo regras muito especiais, que necessariamente conduz: a) à vitória do detentor do capital; b) à preservação dos vencidos; preservação indispensável na medida em que possibilita a continuidade do jogo e o renovar-se da relação de parasitismo: os vencidos não de ser conservados como objeto de exploração; c) ao renovar-se contínuo do conflito, organizado como jogo, indispensável à preservação da relação de parasitismo. (...) São extremamente peculiares, como observei, as

modo de produção capitalista, sua primeira peculiaridade é a *universalidade abstrata*. Os seres concretos que dão sustentação a suas funções estão distribuídos em duas categorias uniformes: as pessoas e as coisas. Se, de uma parte, no capitalismo tardio já se desuniformizam as coisas (bens de produção, bens de consumo), a uniformidade (*universalidade abstrata*) das pessoas – sujeitos de direito – é mantida, na instância do direito, como pressuposto necessário do modo de produção capitalista. A *igualdade (perante a lei)* e a *universalidade das formas jurídicas*, arrematadas na sujeição de todos ao domínio da lei (*legalidade*), é fundamental à estruturação desse modo de produção. A *universalidade do direito*, assim, reflete, ainda que de modo distorcido, a universalidade da troca mercantil, característica desse mesmo modo de produção. A *igualdade de todos (perante a lei)*, de outra parte, oculta a superposição, na base econômica, das relações entre pessoa e coisa. A legalidade, por outro lado, enquanto garantidora das liberdades do indivíduo – *liberdades formais* –, prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários. Sobre tais pressupostos é erigida a noção de *Estado de Direito*, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas do que von Ihering chama de *comércio jurídico*, especialmente o contrato e a propriedade. A segunda peculiaridade do *direito moderno* está em que expressa a forma de domínio racional que – provendo possibilidade de *previsão e calculabilidade* – corresponde à racionalidade do mercado. O desenvolvimento capitalista as reclama (...).¹³⁵

regras que organizam esse jogo. Tais regras consubstanciam o que na sociedade capitalista denominamos de Direito.”

¹³⁵ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., 101-2. Sobre as relações entre o direito moderno e o capitalismo também de uma perspectiva marxista, Juan Ramón CAPELLA. *Fruta prohibida – Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, p. 95-157. Madri: Editorial Trotta, 1997. Sobre a visão desse autor a respeito das normas jurídicas: Juan Ramón CAPELLA. *Elementos de análisis jurídico*, p. 79-104. Madri: Editorial Trotta, 1999. Sobre a involução dos direitos democráticos na atual quadro do capitalismo: Juan Ramón CAPELLA. *Os cidadãos servos*, trad. Lédio Andrade e Tênis Soares, p. 110-1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Articulando a análise do direito capitalista ao ensino do direito: Juan Ramón CAPELLA. *El aprendizaje del aprendizaje – Fruta prohibida. Una introducción al estudio del derecho*, p. 13-24. Madri: Editorial Trotta, 1995. Também na chave marxista, sobre a produção do direito: Óscar CORREAS. *Introducción a la sociología jurídica*, p. 71-90. México: Fontanamara, 1994. Sobre o direito da modernidade e sua opacidade: Carlos María CÁRCOVA. *La opacidad del derecho*, 2 ed., p. 49-51. México: Fontanamara, 1998. Manuel ATIENZA & Juan Ruiz MANERO. *Marxismo y filosofía del derecho*, 2 ed., p. 49-51. México: Fontanamara, 1998. Para a análise do direito na perspectiva marxista, sobre a universalidade abstrata, entre nós: Alaôr CAFFÉ ALVES. *Estado e ideologia – aparência e realidade*, p. 301-45. São Paulo: Brasiliense, 1986. Alaôr CAFFÉ ALVES. *Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica – dialética da norma jurídica*, Teso (Livro-docência em Filosofia e Teoria Geral do Direito), p. 14-5. São Paulo, FDUSP, 1996. Alaôr CAFFÉ ALVES. *A função ideológica do direito*, in D.A. João Mendes Jr. (org.). *Fronteiras do Direito contemporâneo*, p. 19-39. São Paulo: D.A. João Mendes Jr./Imprensa Oficial do Estado, 2002. Alysso Leandro MASCARO. *Introdução à filosofia do direito – dos*

Entretanto, ainda que os detentores do capital tenham tido a capacidade de estabelecer regras do jogo cuja função é conservar o próprio jogo, a história não está parada. As forças sociais continuam em movimento, e o direito é um espaço onde esse movimento reverbera: "(...) o direito positivo (direito posto) (...) é a tradução da correlação das forças produtivas existentes. O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso."¹³⁶

Esse conflito estende-se por toda a existência do direito, porque, em verdade, o direito, surge imerso na sociedade conflituosa.¹³⁷ Um dos eixos desse conflito é a interpretação, momento culminante de aplicação do direito.¹³⁸ Essa interpretação por um intérprete jamais neutro ("[...] ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito, ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas."¹³⁹), haverá de estar aberta

modernos aos contemporâneos, p. 116-31. São Paulo: Atlas, 2002. Para uma discussão fundadora do campo direito e marxismo: E. B. PACHUKANIS. *Teoria geral do direito e marxismo*, trad. Silvio Chagas, p. 68-88. São Paulo: Acadêmica, 1988. Sobre Pachukanis e a forma da mercadoria, fio vermelho, esta, de toda a referência bibliográfica aqui elencada, Márcio Bilharino NAVES. *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis*, p. 79-85. São Paulo: Boitempo, 2000.

¹³⁶ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 44. Cf. p. 86: "(...) o direito é um produto cultural, uma invenção do homem, sendo as realidades sociais o elemento desde o qual se processa sua invenção. (...) Vale dizer: a sociedade inventa sua cultura e, a partir dela, sob pressão das forças sociais, o legislador cria o direito positivo, que resultará legítimo ou ilegítimo."

¹³⁷ Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 65. "Ora, desde o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. Logo, quando o jurista cogita dos elementos e situações do mundo da vida sobre as quais recai determinada norma, não se refere a um tema metajurídico. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica." Sobre direito pressuposto: Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 77. Cf. a menção a Betti, p. 79-80; Gramsci, p. 80 e Sartre, p. 81. Sobre o direito posto, cf. p. 151.

¹³⁸ Eros Roberto GRAU. *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da Lei)*, p. 6. São Paulo: Malheiros, 1995. "A interpretação, pois, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações; isto é, o conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais." Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 11.

¹³⁹ Eros Roberto GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 45.

aos princípios – já assumidos, então, como normas¹⁴⁰ –, para que se configure uma política de interpretação a mais aberta possível ao direito pressuposto na sociedade.

Sendo o direito uma arena conflituosa – mas não isenta de vetores que a orientam com muito mais força em um determinado sentido, conservador, plenamente identificável, como se viu acima –, as próprias formas jurídicas de que se revestem as formas de atuação estatal na e sobre a economia também são objeto de conflito.¹⁴¹

Esse conflito será travado pela utilização das formas de atuação do Estado na e sobre a economia em um ou outro sentido em relação às classes e à hierarquia centro-periferia. Por isso, o corpo de disposições poderá ser interpretado a favor dos que detêm o capital ou não, e a favor dos países centrais ou periféricos. No caso da nossa Constituição, o desenvolvimento – a superação do subdesenvolvimento – foi erigido à condição de princípio:

“Outro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II). (...) Não me deterei, neste passo, em digressões cuja obviedade, inquestionada, pode ser sumariada na distinção entre o qualitativo – o desenvolvimento – e o quantitativo – o

¹⁴⁰ Ibid, p. 39. “Os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica. (...) Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito.”

¹⁴¹ Eros Roberto GRAU. *Planejamento econômico e regra jurídica*, p. 23-4. São Paulo: RT, 1977. Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, op. cit., p. 83-4; p. 131-5: “Afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção, para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (‘domínio econômico’), reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c).” Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 27. “1. atuação na economia: 1.1 atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1.2 atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2. atuação sobre a economia: 2.1 atuação por direção, que ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2.2 atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. (...) A classificação que proponho tem a virtude de apresentar, com nitidez, o peculiar e distinto caráter jurídico de cada uma das técnicas consideradas. Visualiza-se inicialmente a atuação do Estado como agente econômico (atuação na economia) e como regulador do processo econômico (atuação sobre a economia). Após, a atuação estatal mediante a imposição de comandos imperativos, cogentes, a serem suportados pelos agentes econômicos (atuação por direção) e, de outra parte, mediante a utilização de mecanismos do direito premial.” Cf. ainda p. 125-6. Sobre a noção de planejamento: Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, op. cit., p. 135-6 e p. 308-11. Para uma aproximação liberal do tema do planejamento: Marcos SOUTO. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*, p. 177-81. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

crescimento econômico. Importa incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade, 'a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa que esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento.' (...) Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II."¹⁴²

A concreção de tal princípio – objeto, sempre, de conflito – advirá com a realização de políticas públicas. “O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado. Em um segundo momento, contudo, marcado pelo advento do fenômeno das crises nos processos de mercado, o Estado, assumindo a função de administrá-las, lança mão do direito como instrumento voltado à sua preservação. A atuação do Estado, neste sentido, é empreendida sob múltiplas modalidades e facetas. Neste momento é que se presta, precisamente, a implementar políticas públicas.”¹⁴³ Todavia, se “garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas”, estaremos aqui diante de uma possibilidade para o direito que supere o primeiro momento (“viabilizar a fluência das relações de mercado”) e o segundo (“preservação do Estado perante as crise no mercado”). É o momento no qual as políticas públicas serão objeto de um conflito de rescrita da economia política até então vigente. É um momento no qual o direito econômico transforma-se em um direito a superação do subdesenvolvimento.

Discutindo os planos econômicos em comparação com a lei do plano e o planejamento, Ademir BUITONI. *O direito na balança da estabilização econômica (do Cruzado ao Real)*, p. 66-8. São Paulo: Ltr, 1997.

¹⁴² Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, op. cit., p. 200-1. Cf. também p. 178.

I.g.ii.3. Gilberto Bercovici

Gilberto Bercovici afirma, como vimos, que as forças estruturantes do estado exceção permanente estão operando com grande força para o bloqueio do poder constituinte e, sua realização material mais recente e – provavelmente – ampla, a fruição dos direitos econômicos e sociais da democracia de massas. A saída para o bloqueio do estado de exceção é o fortalecimento do poder constituinte, ainda mais em condições de subdesenvolvimento.

Uma das armas nesse combate é a arena constitucional, lexicamente favorável ao desenvolvimento e à democracia (aliás justamente por isso, tão odiada pelos defensores da concentração de renda, poder e conhecimento de sempre, na “batalha pela Constituição econômica”¹⁴⁴): “A Constituição de 1988 tem expressamente uma Constituição Econômica voltada para a transformação das estruturas sociais (...)”¹⁴⁵ Sendo uma “Constituição Dirigente, um programa de ação para a alteração da sociedade”¹⁴⁶, seu art. 3º é a verdadeira “cláusula transformadora”, “que explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. (...) impede que a Constituição considere realizado o que ainda está por realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. (...) objetiva a superação do subdesenvolvimento.”¹⁴⁷

A superação do subdesenvolvimento foi encarnada na Constituição brasileira a partir de um longo e árduo debate e disputas políticas férreas, cujo resultado, entretanto, foi o desenho de um “Estado Promotor do Desenvolvimento”¹⁴⁸, de um “programa de

¹⁴³ Eros Roberto GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 124.

¹⁴⁴ Gilberto BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*, op. cit., p. 37-43.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 30.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 35.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 36-7.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 45-68.

superação das desigualdades regionais"¹⁴⁹, da refuncionalização da propriedade, subordinada à função social¹⁵⁰, a serem catalisados pelos instrumentos do planejamento¹⁵¹.

Nessa perspectiva, o direito econômico é "ainda indispensável", porque "para repensar as bases e estrutura do Estado brasileiro não se pode deixar de levar em consideração a questão central da atualidade: a prevalência das instituições democráticas sobre o mercado e a independência política do Estado em relação ao poder econômico privado, ou seja, a necessidade de o Estado ser dotado de uma sólida base de poder econômico próprio. O fundamento dessa visão, consubstanciada no texto constitucional vigente, é o de que não pode existir um Estado democrático forte sem que sua força também seja ampliada do ponto de vista econômico, para que ele possa enfrentar os detentores do poder econômico privado. Afinal, seguindo a síntese de Hermann Heller, a partir do fim da Idade Média, o poder político lutou para ganhar autonomia em relação ao poder religioso. Esta luta, desde o início do século XX, vem se travando contra o poder econômico privado. Diante de tamanhas tarefas e desafios, é ainda indispensável o direito econômico."¹⁵²

I.g.ii.4. Uma tradição vocacionada a pensar a superação do subdesenvolvimento

A sumária apresentação das reflexões de Fábio Konder Comparato, Eros Grau e Gilberto Bercovici me permite afirmar que estamos diante de uma tradição que incorporou o estruturalismo econômico latino-americano dentro de nossa cultura jurídica. Como toda tradição, não é uniforme e apresenta variedade de preocupações e de aproximações dos problemas, mas articula uma questão comum, com um repertório razoavelmente compartilhado, tácitos e explícitos, de respostas e apostas.

É nessa tradição que o problema do presente trabalho será pensado: como a regulação brasileira dos recursos genéticos deve ser organizada e interpretada para que o

¹⁴⁹ Ibid, p. 87-116. Gilberto BERCOVICI. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, op. cit., p. 271-315.

¹⁵⁰ Gilberto BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988*, op. cit., p. 117-69.

¹⁵¹ Ibid, p. 69-86.

¹⁵² Gilberto BERCOVICI. *O ainda indispensável direito econômico*, op. cit., p. 17-8.

