

Maria Victoria de Mesquita Benevides
Gilberto Bercovici
Claudineu de Melo
Organização

**DIREITOS HUMANOS,
DEMOCRACIA E REPÚBLICA**
HOMENAGEM A FÁBIO KONDER COMPARATO

DIREITO DO ESTADO
BIBLIOTECA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2009
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

**O AINDA INDISPENSÁVEL
DIREITO ECONÔMICO***

Gilberto Bercovici

* Devo este título ao amigo Mario Gomes SCHAPIRO, entusiasmado cultor do direito econômico.

Cada período histórico possui sua própria consciência das estreitas relações entre direito e economia. O modo de produção capitalista¹, destaca Eros Grau, é um modo essencialmente jurídico, ou seja, o direito é um elemento constitutivo deste modo de produção. O direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo. O mercado não é uma "ordem espontânea", natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas é uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros².

A reflexão sobre o direito econômico propriamente dito surge apenas com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Isto não significa que o direito econômico esteja vinculado apenas ao declínio do liberalismo ou à intervenção³ do Estado. A questão é muito mais complexa, pois a especificidade do direito econômico diz respeito, como afirma Clemens Zacher, à emancipação de formas tradicionais do pensamento jurídico. Todas as dificuldades em identificar o objeto e as relações do direito econômico geram a simplificação de sua caracterização como mais um "ramo" do direito ou como um conjunto de normas e instituições jurídicas que regulam e dirigem o processo econômico, perdendo assim, segundo Vital Moreira, a es-

pecificidade do direito econômico, que vem de sua historicidade. O direito econômico só pode ser compreendido no contexto em que surgiu e, neste contexto, está vinculado também à idéia de constituição econômica⁴.

Justamente por surgir em um contexto de crise e de revisão dos métodos jurídicos tradicionais, o direito econômico tem enormes dificuldades em ser classificado como mais um "ramo" do direito⁵. A divisão do direito em "ramos" especializados é fruto do positivismo jurídico do século XIX e a adoção do chamado "método exclusivamente jurídico".

O sucesso da concepção de direito romano-burguês e do paradigma científico formalista e privatista da escola de Savigny coincide com o triunfo da burguesia, não mais revolucionária, na Europa. A razão jurídica burguesa era considerada inerente à forma jurídica. A Escola Histórica, a partir de 1840, praticamente abandona as suas explicações históricas e orgânicas e se preocupa com a construção de um sistema de direito privado que garanta a calculabilidade e a racionalidade do direito. A construção do direito é entendida como abstrata e formal. A Pandectística busca reaproximar os juristas alemães da legislação, seguindo a concepção de ciência jurídica de Savigny, mas abandonando sua visão unilateral contrária à lei. O direito legislado passa a ser entendido também como fruto da evolução histórica da experiência jurídica. O passo final para a construção do sistema de direito alemão vai ser dado com o primado da lógica formal da chamada Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Os conceitos são entendidos como modelos formais dotados de coerência lógica interna, que constituem a base do direito objetivo dos institutos. A tarefa do jurista é vincular o direito objetivo (institutos) ao direito formulado (normas), com o sistema jurídico ultrapassando, assim, a mera vigência das normas emanadas pelo legislador. Como afirma Walter Wilhelm, o método exclusivamente jurídico já está formulado e configurado de forma completa na metade do século XIX⁶.

1 Para as concepções de sistema econômico e de modo de produção utilizadas neste trabalho, vide Antônio José Avelãs NUNES, *Os Sistemas Económicos*, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 10-14 e 24-25.

2 Antônio José Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70; Eros Roberto GRAU, "O Direito Posto e o Direito Pressuposto" in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 65; Eros Roberto GRAU, "O Direito do Modo de Produção Capitalista e a Teoria da Regulação" in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto cit.*, pp. 118-126 e Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Económicos: Reflexões sobre o Papel Económico do Direito" in Ana Lucia SABADELL; Dimitri DIMOULIS & Laurindo Dias MINHOTO, *Direito Social, Regulação Económica e Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Revan, 2006, pp. 127-138. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed., Coimbra, Centelha, 1978, pp. 67-131. Para um levantamento de várias teorias que debatem as relações entre direito e economia, vide Norbert REICH, *Markt und Recht: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied/Darmstadt, Luchterhand, 1977, pp. 29-64. Sobre o debate em torno da natureza jurídica do mercado, vide Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2001 e Marthe TORRE-SCHAUB, *Essai sur la Construction Juridique de la Catégorie de Marché*, Paris, L.G.D.J., 2002.

3 Sobre o caráter ideológico da expressão "intervenção do Estado", vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Económica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 62-65 e 82-83. Neste trabalho, a utilizo indistintamente, como sinónimo de "atuação do Estado".

4 Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland: Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 13-20 e Vital MOREIRA, *Economia e Constituição: Para o Conceito de Constituição Económica*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1979, pp. 63-65. Vide, ainda, Heinz MOHNHAUPT, "Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert" in Jean François KERVÉGAN & Heinz MOHNHAUPT (orgs.), *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie/Economie et Théories Économiques en Histoire du Droit et en Philosophie*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 2004, p. 137. Sobre a centralidade da idéia de constituição econômica, vide também Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Económicos: Reflexões sobre o Papel Económico do Direito" *cit.*, pp. 121-122.

5 Vide, por todos, Fábio Konder COMPARATO, "O Indispensável Direito Económico", *Revista dos Tribunais* nº 353, São Paulo, RT, março de 1965, pp. 25-26.

6 Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der*

Neste processo, que é também o da consolidação do constitucionalismo, Giovanni Tarello destaca as similaridades entre a codificação do direito privado e a codificação constitucional. A concomitância de ambos os processos permitiria que a atividade do jurista passasse a ser uma atividade técnico-cognitiva, não mais prático-valorativa. O jurista se tornou um técnico, muito mais do que um político. Esta tecnicização da profissão jurídica, segundo Tarello, acabou desresponsabilizando o jurista politicamente⁷. Não por acaso, a idéia de um direito político vai ser paulatinamente substituída e neutralizada por um direito constitucional, noção originária do século XIX⁸. Inserida neste movimento, foi criada a cadeira de "droit constitutionnel" na Universidade de Paris, pela ordenança de Guizot de 22 de agosto de 1834, assumida pelo italiano Pellegrino Rossi. A partir de então, o uso da expressão "droit constitutionnel" se tornou mais freqüente e, aos poucos, substituiu a expressão "droit politique", em um esforço de "juridificação" da disciplina⁹.

Embora não tenha sido publicista, Savigny influenciou fortemente a construção do direito público e da teoria jurídica do Estado, especialmente a partir da obra de Carl Friedrich von Gerber e, posteriormente, de Paul Laband. Sua metodologia jurídica vai permitir que se reconduza o poder político no terreno especificamente jurídico, em conformidade com os modelos do direito privado. A teoria jurídica do Estado, assim, nasce da doutrina jurídica dominante no século XIX, com a transposição do método jurídico de Savigny e da Pandectística do direito privado para o direito público. Os publicistas alemães, que, posteriormente, irão influenciar seus colegas no resto do continente europeu, buscam compreender toda a esfera da política e sua dinâmica em formas jurídicas, partindo do pressuposto de uma identificação organicista entre Estado e Volk, sem conflitos. É uma estratégia deliberada de contenção da decisão política com a elaboração de um modelo de Estado perfeitamente jurídico, entendido como

dotado de personalidade jurídica. A personalidade jurídica do Estado dá coerência e credibilidade a todo o sistema de direito público. O Estado é soberano e limitado ao mesmo tempo¹⁰.

A teoria europeia do final do século XIX é uma teoria estatalista e liberal de direitos e liberdades fundamentais. A visão comum de Estado de direito era a da tutela dos direitos e liberdades a partir do direito positivo estatal. A idéia predominante na doutrina política europeia do século XIX era a da supremacia da lei. A lei era entendida como proveniente da Nação, representada no Parlamento. A lei garantia os direitos e deveria ser obedecida também pelo Estado, personificação jurídica da Nação¹¹, que se configurava em Estado de Direito, ou seja, o Estado que obedece ao direito posto por este mesmo Estado. A questão da unidade política estava resolvida¹². Os direitos, então, se fundam no ato soberano de auto-limitação do Estado (*Selbstverpflichtung des Staates*), ou seja, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, ao se submeter ao direito, também se torna sujeito de direitos e de deveres¹³. O direito administrativo prevalece, em um processo de despoliticização e cientificização, sobre a ciência da administração, especialmente a partir da figura central, na Alemanha, de Otto Mayer¹⁴. O

Methoden Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1958, pp. 70-87 e 121-128; Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, reimpr. da 2ª ed, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, pp. 399-402 e 430-443 e Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 23-26.

7 Giovanni TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*, ristampa, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 22-28.

8 Nelson SALDANHA, *Formação da Teoria Constitucional*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 119-120.

9 Pellegrino ROSSI, *Cours de Droit Constitutionnel - Professe à la Faculté de Droit de Paris*, Paris, Librairie de Guillaumin, 1866, vol. I, pp. LVI-LXI, LXIV e 6-9. Vide também Jean-Louis MESTRE, "Les Emplois Initiaux de l'Expression 'Droit Constitutionnel'", *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 55, Paris, PUF, 2003, pp. 471-472.

10 Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 17-69; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts" cit., pp. 23-27; Maurizio FIORAVANTI, "Savigny e la Scienza di Diritto Pubblico del Diciannovesimo Secolo" in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 1, pp. 3-21; Maurizio FIORAVANTI, "Il Dibattito sul Metodo e la Costruzione della Teoria Giuridica dello Stato" in *La Scienza del Diritto Pubblico cit.*, vol. 1, pp. 23-63 e Olivier JOUANJAN, *Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918): Idéalisme et Conceptualisme chez les Juristes Allemands du XIXe Siècle*, Paris, PUF, 2005, pp. 3-5 e 204-206.

11 Vide, por todos, Adhémair ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 6ª ed, Paris, Sirey, 1914, p. 1.

12 António Manuel HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível: Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 196-198.

13 Georg JÉLLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, pp. 169-173, 182-183, 367-375 e 386-387.

14 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Verlag C.H. Beck, 1992, vol. 2, pp. 403-410 e Michael STOLLEIS, "Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht" in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 263-275. Apesar de todas as mudanças ocorridas no decorrer do século XX, o direito administrativo continua preso aos mesmos moldes liberais do século XIX, concebendo o Estado como um inimigo. Nestes termos, fundados na cisão Estado e sociedade (=mercado), a única tarefa do direito administrativo parece ser, para a imensa maioria dos administrativistas, a defesa do indivíduo contra o Estado. Cf. Eros Roberto GRAU, "O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo" in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto cit.*, pp. 257-264. Além do direito administrativo, no direito tributário também prevalece, ainda, a mesma mentalidade. Vide, neste sentido, José Maria Arruda de ANDRADE, *Interpretação da Norma Tributária*, São Paulo, MP Editora, 2006, pp. 101-113.

sufrágio é entendido como exercício de uma função pública, e a força da lei tornava desnecessário qualquer controle de constitucionalidade¹⁵.

O discurso liberal do século XIX, ao negar as vinculações entre direito e economia, impossibilitava o discurso sobre um direito econômico¹⁶. No entanto, além de terem ocorrido vários debates sobre as relações direito e economia, pode-se afirmar que começou a se estruturar no final do século XIX, com as transformações advindas da revolução industrial, uma espécie de, na expressão de Michael Stolleis, "*Wirtschaftsrecht avant la lettre*", muito marcado pela crise e mudanças do direito privado tradicional e focado em torno da empresa¹⁷.

Deste modo, Heinrich Lehmann, ao escrever, em 1913, o ensaio "*Grundlinien des deutschen Industrierechts*", talvez tenha sido apenas o pioneiro na ordenação do material de uma discussão que já vinha ocorrendo na Alemanha há algum tempo. Lehmann tinha na indústria e na economia industrial o centro de suas preocupações e buscava nelas a possibilidade de alteração do direito privado tradicional, com a proposta de criação de uma nova disciplina jurídica em torno da ideia de indústria. Lehmann propõe, assim, a compatibilização entre interesses públicos e privados tendo em vista a tarefa de organização da nova economia industrial¹⁸.

Com a Primeira Guerra Mundial, os Estados envolvidos são obrigados a se reestruturar, justificando a ampliação dos poderes do executivo em todos os países. Ampliação esta que, em princípio, era provisória¹⁹, com base em

leis extraordinárias de delegação de plenos poderes, propostas em virtude da situação de emergência nacional acarretada pela guerra. Os plenos poderes, e a mobilização militar e econômica deles decorrente, modificaram as relações entre executivo e legislativo, ao contrário do que ocorria tradicionalmente com o estado de sítio. No entanto, a extensão dos poderes de exceção foi muito além do pretendido, com as necessidades impostas pela economia de guerra, as delegações de plenos poderes e a militarização do estado de sítio, o que ocasionou, especialmente no último período do conflito, uma ditadura de fato. Com a crise da Primeira Guerra Mundial, o estado de sítio e os plenos poderes passaram, segundo Rossiter, de instituições repressivas a instituições preventivas²⁰.

Como primeira "guerra total" da história, a Primeira Guerra Mundial exige uma mobilização nunca antes vista de todas as forças econômicas e sociais dos países envolvidos para o esforço bélico. Era a organização do que se convencionou chamar de "economia de guerra". O direito, segundo Vital Moreira, é progressivamente chamado a cobrir zonas cada vez mais extensas da vida econômica²¹. É do período da guerra o livro de Richard Kahn, *Rechtsbegriffe des Kriegswirtschaftsrecht*, de 1918, em que se trata de um direito econômico da guerra. Ou seja, para Kahn, o direito econômico é um direito excepcional, de guerra, voltado para a organização da economia de guerra. Além da ênfase na centralização econômica e no planejamento, também era preocupação de Kahn, e de outros autores, como Ernst Heymann (cujo livro, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, é de 1921)²², ambos provenientes do direito civil, as mudanças profundas

- 15 Maurizio FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne: Le Libertà Fondamentali*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, pp. 116-131.
- 16 Vital MOREIRA, *Economia e Constituição cit.*, pp. 58-59. Vide também Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, vol. 1, pp. 3-7.
- 17 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, 1999, vol. 3, pp. 226-228. Vide, ainda, Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland cit.*, pp. 20-22. Para as discussões sobre as relações direito/economia desenvolvidas pela Escola Histórica da Economia alemã (*Historischen Schule der Nationalökonomie*), envolvendo autores como Friedrich List e Gustav Schmoller, vide Heinz MOHNHAUPT, "Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert" *cit.*, pp. 132-161. Um outro exemplo de autor do século XIX preocupado com as vinculações entre economia e direito é Lorenz von Stein. Vide, neste sentido, Julien FREUND, "Politique et Économie selon Lorenz von Stein" in Roman SCHNUR (org.), *Staat und Gesellschaft: Studien über Lorenz von Stein*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 125-147.
- 18 Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 4-5; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, vol. 3, p. 227 e Hendrik SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main/New York, Peter Lang, 2000, pp. 21-25.
- 19 Herbert TINGSTÉN, *Les Pleins Pouvoirs: L'Expansion des Pouvoirs Gouvernementaux Pendant et Après La Grande Guerre*, Paris, Librairie Stock (Publications du Fonds Descartes), 1934, pp. 7-8 e Domenico LOSURDO, *Democrazia o Bonapartismo: Trionfo e Decadenza Del Suffragio Universale*, Torino, Bollati Boringhieri, 1993, pp. 160-162 e 327-333.

- 20 Herbert TINGSTÉN, *Les Pleins Pouvoirs cit.*, pp. 15-57; Clinton ROSSITER, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, reimpr. New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2002, pp. 91-116; Hans BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand: Eine Studie über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 23 e 195-230 e Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, vol. 3, pp. 57-61.
- 21 Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo cit.*, pp. 86-97 e 121-131. Vide também Fábio Konder COMPARATO, "O indispensável Direito Econômico" *cit.*, pp. 15-16. Sobre o intervencionismo estatal, a "economia de guerra", gerado pela Primeira Guerra Mundial, vide John Maynard KEYNES, "O Fim do 'Laissez-Faire'" in Tamás SZMRECSÁNYI (org.), *John Maynard Keynes*, 2ª ed., São Paulo, Ática, 1984, p. 118; Bernard CHENOT, *Organisation Économique de l'État*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1965, pp. 51-61; Gert BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus: Materialien zum Wirtschaftsrecht*, Frankfurt-am-Main, Syndikat, 1977, vol. 1, pp. 84-90; Michael STOLLEIS, "Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht" *cit.*, pp. 276-280; Regina ROTH, *Staat und Wirtschaft im Ersten Weltkrieg: Kriegsgesellschaften als kriegswirtschaftliche Steuerungsinstrumente*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 28-39 e 320-390 e Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland cit.*, pp. 24-34.
- 22 Ernst HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, Marburg, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1921, pp. 23-73 e 132-156.

sofridas por vários setores do direito privado e a preponderância cada vez maior, desde a guerra, do direito público. Como não seria mais possível uma volta ao passado, estes autores sugerem soluções intermediárias, como um direito econômico apenas de guerra ou um direito industrial²³.

Após a derrota militar na guerra, a revolução também chega à Alemanha, com a composição espontânea de conselhos de trabalhadores e soldados, disputados por social-democratas e comunistas, e a queda da monarquia. O governo republicano provisório do partido social-democrata (SPD) aceita os conselhos como estruturas transitórias, que deveriam dar lugar à assembleia nacional constituinte²⁴. Vitoriosos os social-democratas, o campo teórico da esquerda alemã será dominado pelas concepções de Rudolf Hilferding. O capitalismo financeiro de Hilferding é visto como o desenvolvimento da teoria marxista no sentido da concretização de sua estratégia revolucionária no contexto do processo de concentração e centralização do capital. Seria uma aplicação de Marx à história concreta do início do século XX. Sua preocupação com o papel do Estado diante dos conglomerados legitima a atuação da social-democracia alemã. Embora se apóie em Lassalle, ao destacar o Estado como o órgão consciente da sociedade, Hilferding destaca sempre a diferença entre as tarefas democrático-burguesas e as tarefas proletárias da revolução, embora ache possível implantar o socialismo pelo movimento de massas democrático, não apenas pela via revolucionária²⁵. Com a supressão da livre concorrência pela concentração de capital, a dominação burguesa passa a necessitar de um Estado politicamente poderoso para garantir o mercado nacional e se expandir em busca de novos mercados. Os conglomerados, assim, representariam o interesse do capital pelo fortalecimento estatal, unificando o poder econômico e aumentando seu poder de pressão perante o Estado²⁶. Para Hilferding, a tarefa do proletariado é a luta

pela desapropriação da oligarquia que controla o capital financeiro, atuando por meio do Estado, que deve ser controlado pelos trabalhadores como meio de encerrar com sua exploração econômica. Assim, a conquista do poder político pelo proletariado é condição de sua emancipação econômica²⁷. Deste modo, após a guerra, o objetivo para a social-democracia, segundo Hilferding, é tomar o Estado e organizar o capitalismo para implantar a democracia econômica e iniciar a transição no rumo do socialismo²⁸.

Neste contexto de ebulição social, o resultado será uma alteração profunda nas estruturas constitucionais e estatais. A constituição de Weimar, de 1919, não representa mais a composição pacífica do que já existe, mas lida com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática, que visava a emancipação política completa e a igualdade de direitos, incorporando os trabalhadores ao Estado. Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais. O conflito é incorporado ao texto constitucional, que não representa mais apenas as concepções da classe dominante, pelo contrário, torna-se um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica²⁹.

Com a constituição de Weimar e seu "Estado econômico" (*"Wirtschaftsstaat"*), para Ernst Rudolf Huber, a posição privilegiada do direito econômico teria se consolidado³⁰. Afinal, já em 1919, Walter Rathenau afirmava que *"a Economia é nosso destino"* (*"Die Wirtschaft ist unser Schicksal"*). Para ele, a partir da guerra, o Estado precisaria se pronunciar

23 Ernst HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts* cit., pp. 6-23 e 156-227; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* cit., vol. 3, pp. 65-71; Hendrik SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* cit., pp. 27-29, 50-51 e 94-95 e Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* cit., pp. 34-38. Sobre a crise do direito privado, iniciada no final do século XIX e tornada explícita com a guerra, vide Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* cit., pp. 543-557 e 619-625 e Franz WIEACKER, *Diritto Privato e Società Industriale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, especialmente pp. 45-72.

24 Rupert EMERSON, *State and Sovereignty in Modern Germany*, reimpr., Westport, Hyperion Press, 1979, pp. 217-228.

25 Cora STEPHAN, "Geld- und Staatstheorie in Hilferdings 'Finanzkapital': Zum Verhältnis von ökonomischer Theorie und politischer Strategie", *Gesellschaft - Beiträge zur Marxschen Theorie 2*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1974, pp. 112-119.

26 Rudolf HILFERDING, *Das Finanzkapital*, reimpr. da 2ª ed., Frankfurt-am-Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973, vol. 2, pp. 406-407, 453-457 e 460-462.

27 Rudolf HILFERDING, *Das Finanzkapital* cit., vol. 2, pp. 503-507.

28 Rudolf HILFERDING, *Die Aufgaben der Sozialdemokratie in der Republik*, Berlin, Protokoll Sozialdemokratisches Parteitag Kiel 1927, 1927, pp. 2, 7-11, 14 e 20-21. Vide, ainda, Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, pp. 51-64. Para um levantamento do pensamento dos autores vinculados à social-democracia sobre o direito econômico e o "direito social" (*"Sozialrecht"*), vide Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* cit., pp. 142-149 e 185-188.

29 Detlev J. K. PEUKERT, *Die Weimarer Republik: Krisenjahre der klassischen Moderne*, reimpr., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002, pp. 47-52, 60-61, 133-137 e 269 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente* cit., pp. 25-50. A principal inovação das novas constituições são os direitos sociais. Vide Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, Paris, Marcel-Giard, 1931, pp. 35-43, 85-108 e 112-115; Fábio Konder COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 180-190 e Carlos Miguel HERRERA, "Estado, Constitución y Derechos Sociales", *Revista Derecho del Estado* nº 15, Bogotá, dezembro de 2003, pp. 82-85.

30 Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* cit., vol. 1, pp. 6-7.

politicamente cada vez mais sobre a economia, que deixa de ser privada para se tornar um problema de toda a comunidade ("Gemeinwirtschaft"), com o objetivo final da democracia e da igualdade³¹.

Desde o período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, há, assim, um debate doutrinário gigantesco em torno das concepções de direito econômico. Meu objetivo, aqui, não é fazer um levantamento destas distintas visões³², mas tratar das mais influentes ou comuns, visando destacar a contribuição dos autores brasileiros neste tema.

Durante o período de Weimar, nos meios jurídicos privatistas, o civilista Justus Wilhelm Hedemann utilizará a expressão "direito econômico" ("Wirtschaftsrecht") pela primeira vez como uma nova disciplina jurídica. Não se trata mais de uma disciplina transitória ou excepcional, como o direito de guerra, e não é uma disciplina limitada à organização da economia em torno da indústria. É uma nova concepção do papel do Estado e do direito em relação à economia, entendendo a dimensão econômica como elemento de especificidade do direito contemporâneo. Para Hedemann, o direito econômico não pode ser limitado a um tradicional "ramo" do direito, mas tem um papel que transcende as visões jurídicas limitadas, sendo imprescindível para compreender todo o sistema jurídico³³.

Também com uma visão ampla de direito econômico, o francês Gérard Farjat o entende como uma disciplina que ultrapassa as categorias jurídicas tradicionais, abrangendo o objeto de vários "ramos" clássicos do direito. Desta forma, o direito econômico não seria público ou privado, mas teria surgido justamente da decadência desta dicotomia³⁴.

No Brasil, o magistério pioneiro de Washington Peluso Albino de Souza defende que a autonomia doutrinária do direito econômico como um "ramo" do direito³⁵ não surge do objeto de suas normas (intervenção estatal, empresa, etc), mas da qualidade econômica dessas normas (princípio da economicidade)³⁶: "Direito econômico é o ramo do direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade"³⁷. A autonomia do direito econômico, inclusive, estaria formalmente assegurada pelo disposto no artigo 24, I da Constituição de 1988³⁸, que elenca o direito econômico como uma das matérias de competência concorrente entre a União e os demais entes da federação.

Simões Patrício também defende a autonomia do direito econômico como "ramo" jurídico, dada a necessidade de uma redefinição jurídica dos novos equilíbrios de poder entre o Estado e os demais agentes econômicos, advindos do aumento qualitativo da intervenção estatal na economia e de seus objetivos de transformar ou adaptar o sistema econômico. Em sua opinião, o direito econômico deve ser estruturado como a disciplina jurídica-

31 Heinz MOHNHAUPT, "Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert" cit., pp. 129-131 e Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* cit., pp. 42-47. De Walter Rathenau, vide, entre outros, o texto "Die neue Gesellschaft" in *Schriften und Reden*, Frankfurt-am-Main, S. Fischer Verlag, 1964, pp. 278-358. Sobre a política econômica do período da República de Weimar (1918-1933), marcado pelas crises profundas do primeiro pós-guerra e da grande depressão mundial de 1929, vide Geri BRÜCGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus* cit., vol. 1, pp. 243-290 e Theo BALDERSTON, *Economics and Politics in the Weimar Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

32 Levantamento este, aliás, que já foi feito de maneira bem exaustiva por Modesto Carvalhosa em seu livro Modesto CARVALHOSA, *Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1973.

33 Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1939, pp. 14-16. Sobre Hedemann, vide Fábio Konder COMPARATO, "O indispensável Direito Econômico" cit., pp. 18-19; Hendrik SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* cit., pp. 32-33; 58-61, 100-102 e 115-118 e Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* cit., pp. 53-56, 69-70, 182-185, 295-296 e 320-321.

34 Gérard FARJAT, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 9-21 e 379-429. Em sentido próximo, vide os ensaios de Mario Longo, "Il Diritto dell'Economia nella Recente Dottrina" e "Per

una Costruzione del Diritto dell'Economia: Spunti Problematici", ambos publicados no livro Mario LONGO, *Saggi Critici di Diritto dell'Economia: Problemi di Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 37-80. Cabral de Moncada critica a concepção de Farjat, afirmando que sua definição de direito econômico revela uma ausência de conteúdo capaz de individualizar o que realmente seria o direito econômico. Cf. Luís S. Cabral de MONCADA, *Direito Econômico*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1988, pp. 10-11. Números autores vão destacar, como Farjat, que o direito econômico teria superado a distinção clássica direito público/direito privado. Vide, por exemplo, Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1994, pp. 26-27 e 85-92 e I. Simões PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Econômico*, Lisboa, Ministério das Finanças, 1982, pp. 67-74.

35 Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico* cit., pp. 48-79. No mesmo sentido, entendendo o direito econômico como um novo "ramo" do direito, vide Ricardo Antônio Lucas CAMARGO, *Breve Introdução ao Direito Econômico*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 9-16 e 37-58.

36 A economicidade, para Washington Peluso Albino de Souza, é um instrumento hermenêutico que indica a medida do econômico determinada pela valoração jurídica. Valoração jurídica esta que está conformada pela política econômica do Estado, de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. Cf. Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico* cit., pp. 28-31 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 297-310.

37 Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico* cit., p. 23.

38 Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico* cit., pp. 23-24 e 46-47; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica* cit., pp. 205-263 e Ricardo Antônio Lucas CAMARGO, *Breve Introdução ao Direito Econômico* cit., pp. 7-8. Vide, ainda, Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., p. 130. A crítica desta posição é feita por Dimitri Dimoulis, para quem a existência ou não do direito econômico independe do legislador, mas é uma questão de teoria geral do direito. Cf. Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito" cit., pp. 119-120.

ca que estuda as normas que regulam a organização da economia (sistema e regime econômicos), a condução ou controle da economia pelo Estado e os centros de decisão econômica não-estatais³⁹.

Com uma visão mais restrita, vários autores, vinculados ao direito privado, entendem o direito econômico como um *"droit des affaires"*, uma extensão e modernização do direito comercial clássico, como Joseph Hamel e Claude Champaud. Para Hamel, o direito econômico deve reger a vida econômica, especialmente a produção e circulação de riquezas, consistindo em um alargamento do direito comercial. E, segundo Champaud, o conceito básico em torno do qual o direito econômico deve se organizar é o de empresa. Trata-se, no fundo, de uma espécie de continuidade das visões de Lehmann e de Heymann sobre o "direito industrial", justificada pela superação do capitalismo mercantil pelo capitalismo industrial ou monopolista⁴⁰. O curioso é que esta superação de uma forma de organização do sistema capitalista por outra será justamente um dos principais argumentos para diferenciar o direito econômico, produto do capitalismo avançado, do direito comercial.

Privilegiando o enfoque das relações entre agentes econômicos privados, a concepção de Geraldo Camargo Vidigal é próxima à do *"droit des affaires"*, entendendo como direito econômico propriamente dito o "direito da organização dos mercados": "disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social"⁴¹. Este "direito da organização dos mercados" não se situaria nem no direito público, nem no privado, ao contrário das outras duas disciplinas que Vidigal descreve como também englobadas sob o nome "direito econômico", que são o direito administrativo econômico (sem autonomia científica) e o "direito do planejamento", disciplina de direito público que tenderia a se afirmar autonomamente⁴².

Boa parte dos autores, integrando uma vertente em muitos aspectos majoritária até hoje, entende o direito econômico como o direito da intervenção estatal na economia, denominando-o direito público econômico ou

direito administrativo econômico. Não se trata, portanto, de um direito geral da economia, mas do direito especial da intervenção estatal no domínio econômico⁴³. Para alguns destes autores, o direito econômico, como direito administrativo econômico ou como direito público da economia, sequer teria autonomia científica⁴⁴.

A grande referência do direito administrativo econômico é Ernst Rudolf Huber, que, escrevendo em 1932, entende o direito administrativo econômico como o direito público da organização econômica⁴⁵. O direito econômico não pode ser um método de observação de todo o direito, como defendia Hedemann, pois isto seria uma visão economicista do direito. Para Huber, em sentido amplo, o direito econômico é o direito das relações econômicas e, em sentido concreto e preciso, o direito das relações econômicas da moderna sociedade industrial. Não é um direito da economia livre de mercado, mas uma disciplina crítica que deve sempre levar em conta o conflito entre a liberdade individual e o compromisso coletivo, revelando-se, portanto, como um direito dinâmico. Huber entende, assim, o direito econômico como um "direito do conflito" (*"Wirtschaftsrecht als Konfliktrecht"*), fundado neste confronto entre liberdade individual e compromisso coletivo, ambos princípios constitucionais, mas cuja resolução caberia à Administração Pública, como executora das decisões econômicas fundamentais⁴⁶.

Huber escreve no período final da República de Weimar, buscando sistematizar as manifestações de decisão econômica por parte do Estado. Ele busca enfrentar uma situação em que, seguindo a visão schmittiana sobre as

39 J. Simões PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Econômico cit.*, pp. 50-60.

40 Cf. Joseph HAMEL & Gaston LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 1954, vol. 1, pp. 12-15. Vide também Alexis JACQUEMIN & Guy SCHRANS, *Le Droit Économique*, 3ª ed., Paris, PUF, 1982, pp. 56-60 e Modesto CARVALHOSA, *Direito Econômico cit.*, pp. 188-189 e 224-228. Para uma perspectiva do "direito industrial" no Brasil, vide José Pinto ANTUNES, *A Produção sob o Regime de Empresa: As Razões da Iniciativa Privada, Economia e Direito*, 4ª ed., São Paulo, José Bushatsky Ed/EDUSP, 1973.

41 Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1977, p. 44.

42 Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico cit.*, pp. 33-60. Vide a crítica, com a qual concordo, de Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 32-39.

43 Vide, por exemplo, o clássico francês Bernard CHENOT, *Organisation Économique de l'État cit.* Vide, ainda, Peter BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, 2ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, pp. 5-7; Alexis JACQUEMIN & Guy SCHRANS, *Le Droit Économique cit.*, pp. 53-56; Jean-Philippe COLSON, *Droit Public Économique*, 3ª ed., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 15-26 e Luís S. Cabral de MONCADA, *Direito Econômico cit.*, pp. 12-15 e 39-78. No Brasil, Alberto Venancio Filho adota a concepção de Chenot. Cf. Alberto VENANCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 62-71. Vide, ainda, as recentes coletâneas de Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, e de José Eduardo Martins CARDOZO; João Eduardo Lopes QUEIROZ & Márcia Walquíria Batista dos SANTOS (orgs.), *Curso de Direito Administrativo Econômico*, 3 vols., São Paulo, Malheiros, 2006. Para a crítica desta visão de direito econômico, vide Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico cit.*, pp. 66-69 e J. Simões PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Econômico cit.*, pp. 34-39.

44 Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, reimpr. da 3ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 15-20 e José Eduardo Martins CARDOZO; João Eduardo Lopes QUEIROZ & Márcia Walquíria Batista dos SANTOS, "Introdução" in José Eduardo Martins CARDOZO; João Eduardo Lopes QUEIROZ & Márcia Walquíria Batista dos SANTOS (orgs.), *Curso de Direito Administrativo Econômico cit.*, vol. 1, pp. 19-26.

45 Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 17-18 e 47-55.

46 Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 7-12.

relações entre política e economia (o "Estado Total"), o Estado era fraco perante as forças econômicas, embora continuasse intervindo. Para tanto, Huber propõe um Estado que garantisse o espaço da iniciativa privada, integrando as atuações individuais no real interesse público, ou, na expressão de Carl Schmitt, um "Estado forte em uma economia livre"⁴⁷.

Eros Roberto Grau vai além da concepção do direito econômico como "ramo" do direito, entendendo-o como um método de análise do direito, a partir da compreensão do direito como parte integrante da realidade social e incorporando essa realidade e o conflito social na análise jurídica⁴⁸, destacando suas possibilidades transformadoras, ou, como afirma Dimitri Dimoulis, seu "caráter contrafático". De um modo geral, o direito, segundo Dimoulis, possui "caráter contrafático", com sua finalidade de modificar ou transformar a realidade. Mesmo quando quer preservar o *status quo*, o direito é contrafático, pois demonstra a vontade de manutenção daquelas estruturas, inclusive contra as novas tendências ou limitações da realidade. No caso do direito econômico, que explicita as relações entre direito e economia, o caráter contrafático fica evidente, pois ele só faz sentido se contrariar determinados fatos ou tendências, sob pena de ser desnecessário. E esta influência entre direito e economia é recíproca, afinal, o direito é produzido pela estrutura econômica, mas também interage com ela, alterando-a⁴⁹.

E é neste mesmo contexto de entender o direito econômico além da visão tradicionalista dos "ramos" do direito que Fábio Konder Comparato, em seu influente ensaio "O Indispensável Direito Econômico", entende o direito econômico como o direito que instrumentaliza a política econômica: "O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica"⁵⁰. Para Compa-

rato, o direito econômico visa atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação. 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 subdesenvolvimento⁵¹.

Este é o "desafio furtadiano", explicitado por Celso Furtado no livro *Brasil: A Construção Interrompida*: "Na lógica da ordem econômica internacional emergente parece ser relativamente modesta a taxa de crescimento que corresponde ao Brasil. Sendo assim, o processo de formação de um sistema econômico já não se inscreve naturalmente em nosso destino nacional. O desafio que se coloca à presente geração é, portanto, duplo: o de reformar as estruturas anacrônicas que pesam sobre a sociedade e comprometem sua estabilidade, e o de resistir às forças que operam no sentido de desarticulação do nosso sistema econômico, ameaçando a unidade nacional"⁵². A tarefa do Estado brasileiro é, portanto, a superação do subdesenvolvimento, da sua condição periférica⁵³. E, para isto, é necessário reestruturar e fortalecer o Estado, sob uma perspectiva democrática e emancipatória, e não desmontar o aparato estatal, como vem ocorrendo no Brasil desde 1994⁵⁴. A

- 47 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* cit., vol. 3, pp. 228-230 e Heinz MOHNHAUPT, "Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert" cit., pp. 131-132. Ainda sobre Huber, vide Hendrik SANDMANN, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik* cit., pp. 145-147 e Clemens ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* cit., pp. 250-291. Para as concepções de Carl Schmitt sobre o "Estado Total" e sobre o papel do Estado no domínio econômico, vide Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente* cit., pp. 93-107.
- 48 Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 130-132. Vide também Alexis JACQUEMIN & Guy SCHRANS, *Le Droit Économique* cit., pp. 87-91 e Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito" cit., p. 121.
- 49 Eros Roberto GRAU, "O Direito Posto e o Direito Pressuposto" cit., pp. 44-59 e Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito" cit., pp. 125-127 e 138.
- 50 Fábio Konder COMPARATO, "O Indispensável Direito Econômico" cit., p. 22. Vide, ainda,

Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 132-133. Para a crítica desta concepção, por entender ser muito restrita, vide Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito" cit., p. 120.

- 51 Fábio Konder COMPARATO, "O Indispensável Direito Econômico" cit., pp. 20-22.
- 52 Celso FURTADO, *Brasil: A Construção Interrompida*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, p. 13. A referência constante à obra de Celso Furtado é explicitada por Francisco de Oliveira: "Furtado converte-se - é forte o termo - em demônio do Brasil. Ninguém, nestes anos, pensou o Brasil a não ser nos termos furtadianos" in Francisco de OLIVEIRA, "A Navegação Venturosa" in Francisco de OLIVEIRA (org.), *Celso Furtado, coleção Os Grandes Cientistas Sociais*, vol. 33, São Paulo, Ática, 1983, p. 13. Ainda sobre o "desafio furtadiano", vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 35-44.
- 53 Celso FURTADO, *Pequena Introdução ao Desenvolvimento: Enfoque Interdisciplinar*, 2ª ed., São Paulo, Cia Ed. Nacional, 1981, pp. 29-30 e Adolfo GURRIERI, "Vigência del Estado Planificador en la Crisis Actual", *Revista de la CEPAL* nº 31, Santiago, CEPAL, abril de 1987, pp. 204-205 e 211. Vide também Gilberto BERCOVICI, "O Estado Promotor do Desenvolvimento" in *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 45-68. Sobre a necessidade de uma teoria latino-americana do Estado, vide José Luís FIORI, "Para uma Crítica da Teoria Latino-Americana do Estado" in *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaio Crítico sobre a Festejada Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Insight Editorial, 1995, pp. 1-40 e Gilberto BERCOVICI, "Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas" in Antônio José Avelãs NUNES & Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (orgs.), *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro, Renovar 2004, pp. 263-290.
- 54 José Luís FIORI, "Reforma ou Sucata? O Dilema Estratégico do Setor Público Brasileiro" in *Em Busca do Dissenso Perdido* cit., pp. 113-118 e José Luís FIORI, "Por uma Economia Política do Estado Brasileiro" in *Em Busca do Dissenso Perdido* cit., pp. 158-159. Para uma análise específica do Estado brasileiro e do impacto da auto-denominada "Reforma do Estado", vide Wanderley Guilherme dos SANTOS, *O Ex-Leviatã Brasileiro: Do Voto Disperso ao Clientelismo Concentrado*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.

questão da não retomada do desenvolvimento no Brasil está ligada à crise do Estado brasileiro. Sem uma reflexão sobre o Estado brasileiro, como deve ser estruturado e quais devem ser os seus objetivos, não é possível abordar temas como planejamento⁵⁵, políticas públicas ou desenvolvimento.

O desafio da reestruturação do Estado no Brasil envolve, assim, uma reflexão sobre os instrumentos jurídicos, fiscais, financeiros e administrativos necessários ou à disposição do Estado para a retomada do projeto nacional de superação do subdesenvolvimento. Ou seja, é uma tarefa preponderantemente do direito econômico⁵⁶, com sua característica, denominada por Norbert Reich, da "dupla instrumentalidade" (*"doppelte Instrumentalität des Wirtschaftsrechts"*)⁵⁷: ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos, incorporando, assim, os conflitos entre a política e a economia.

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 próprio⁵⁸. O fundamento desta 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 interesses dos 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 privado⁵⁹. Diante de tamanhas tarefas e desafios, é ainda indispensável o direito econômico.

55 A literatura jurídica brasileira sobre planejamento não é muito ampla. Vide, por exemplo, Fábio Konder COMPARATO, "O Indispensável Direito Econômico" *cit.*, pp. 22-23; Washington Albino Peluso de SOUZA, "Direito Econômico do Planejamento" in *Estudos de Direito Econômico*, Belo Horizonte, Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1996, vol. 2, pp. 1-86; Eros Roberto GRAU, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, RT, 1978; Fábio Konder COMPARATO, "Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático" in Hélio JAGUARIBE et al., *Brasil, Sociedade Democrática*, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1986, pp. 393-432; Fábio Konder COMPARATO, "Planejar o Desenvolvimento: a Perspectiva Institucional" in *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 83-123; Fábio Konder COMPARATO, "A Organização Constitucional da Função Planejadora" in Ricardo Antônio Lucas CAMARGO (org.), *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1995, pp. 77-93 e Gilberto BERCOVICI, "O Planejamento e a Constituição de 1988" in *Constituição Econômica e Desenvolvimento* *cit.*, pp. 69-86.

56 A minha concepção não busca a recuperação da criação de um novo ramo, o "direito do desenvolvimento", delimitado na década de 1960 por Roger Granger, que estava inserida na proposta de "modernização" (ou seja, europeização) do direito dos países recém-tornados independentes das antigas potências coloniais européias. Vide Roger GRANGER, "Pour un Droit du Développement dans le Pays Sous-Développés" in *Dix Ans de Conférences d'Aggrégation - Études de Droit Commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 60-69.

57 Norbert REICH, *Markt und Recht* *cit.*, pp. 64-66. Vide também Eros Roberto GRAU, "O Direito do Modo de Produção Capitalista e a Teoria da Regulação" *cit.*, pp. 126-127. No Brasil, ainda, destaco a posição de Mario Gomes Schapiro, que utiliza a idéia de "dupla instrumentalidade do direito econômico" de Reich em conjunto com elementos extraídos de Eros Grau e Peter Evans. Vide Mario Gomes SCHAPIRO, *Política Industrial e Disciplina da Concorrência Pós-Reformas de Mercado: Uma Avaliação Institucional do Ambiente de Inovação Tecnológica*, mimeo, São Paulo, Faculdade de Direito da USP (Dissertação de Mestrado), 2005, pp. 46-49.

58 A literatura nacional é omissa a este respeito. A exceção fica a cargo da tese de Alberto Moniz da Rocha BARROS, *O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito*, mimeo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1953.

59 Hermann HELLER, "Political Power" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 3, pp. 39-40.