

Por um Direito Econômico em transformação

VINICIUS MARINS

Doutorando em Direito Administrativo e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar – Ruhr Universität, Alemanha. Coordenador Adjunto do Curso de Direito das Faculdades Minas Gerais – FAMIG. Professor de Direito Administrativo da Faculdade Minas Gerais - Famig. Empreendedor Público do Governo de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte e Brasília.

Resumo

O artigo busca, à luz de recentes posicionamentos da doutrina internacional, definir um Direito Econômico que passa por profundas transformações. Obviamente, assumir a empreitada de escrever sobre alterações no Direito Econômico pode redundar na elaboração de um texto que já nasça defasado ou ultrapassado. Está-se a lidar com um sistema jurídico eminentemente “subversivo”, balizado por vários aspectos que distorcem a dogmática jurídica tradicional. Suas normas têm um caráter naturalmente dinâmico, eis que alheias à estrutura coercitiva de matriz kelseniana, e ainda não inseridas na *summa divisio* (direito público-direito privado) que lastreia as formulações em direitos chamados “clássicos”. Características fundamentais para a assunção da tarefa reguladora do fenômeno econômico com uma margem razoável de êxito são os desafios que se apresentam ao jurista de matriz “tradicional” desde primeiras formulações traçadas para a disciplina. Há um caminho de mudança? Qual seria?

Palavras-chave: Direito Econômico ; Transformação; Desenvolvimento ; Auto-regulação; Análise Econômica do Direito

Abstract

The article searches, based on recent positionings of the international doctrine, to define an Economic law that passes for deep transformations. Obviously, to assume the work to

write on alterations in the Economic law can result in the elaboration of a text that already is born unbalanced or exceeded. One is to deal it with “eminently subversive” legal system, marked out with buoys for some aspects that distort the traditional legal doctrines. Its norms have a dynamic character, that of course here it is other people’s to the coercitive structure of positivists basis, and not yet inserted in summa divisio (private law/public law) that focuses the formularizations in called “classic” laws. Basic characteristics for the installation of the regulating task of the economic phenomenon with a reasonable edge of success are the challenges that are presented to the jurist of “traditional” matrix since first formularizations traced for discipline. It has a change way? Which would be?

Key-Words: Economic Law; Transformation; Development; Self-regulation; Economic Analysis of Law

Uma tarefa de Sísifo

Conta a mitologia grega que Sísifo, homem astuto e inescrupuloso, teria sido condenado por Zeus ao pior dos trabalhos: empurrar ininterruptamente um rochedo até o cume de uma montanha, de onde a pedra caía de novo, como decorrência de seu peso, e o labor tinha de recomeçar. O Rei dos deuses, segundo HOMERO¹, tinha plena convicção da gravidade do castigo: nada poderia ser mais aviltante do que a repetição vã, inútil e sem esperança.

O labor intelectual que frequentemente subsidia as construções teóricas em Direito Econômico parece assumir tarefa semelhante. É usual entre as muitas pesquisas recentes da área, ainda é usual levantar-se indagação no sentido de problematizar sua autonomia conceitual. O Direito Econômico parece travar uma luta incessante para afirmar-se em termos de validação. A que se deve tal esforço? Tem ele algum fundamento?

Bem verdade, não é preciso grande diligência para alcançar que sobejam razões para tais dificuldades. O Direito Econômico tem seu percurso histórico-conceitual marcado por uma série de eventos que compõem o terreno ideal para o florescimento de incertezas e conflituosidades, como reflete o Professor GÉRARD FARJAT:

Amontoado de ideias ou sistema: a alternativa lembrada por J. Com-

baçou a propósito do direito internacional é igualmente sugerida pelo estado do direito econômico. Os fatores que podem explicar uma falta de coerência do direito econômico são numerosos [...] Pensamos efetivamente que uma das razões do desenvolvimento desordenado, contraditório do direito econômico é que ele é o lugar (campo ou subsistema) atualmente mais conflituoso do sistema jurídico. Nenhum estudo sério da noção de direito econômico pode fazer abstração do jogo das forças sociais. Os desafios de poder, e, nomeadamente do poder de construir o direito, são consideráveis².

Importante frisar a constatação do mestre francês: ele é o lugar mais conflituoso do sistema jurídico. Trata-se de conflito que lhe aponta algo de mais peculiar, pouco ilustrado nas incursões sobre sua tão aventada autonomia epistemológica.

Não tem sido, porém, esta a percepção de grande parte dos estudiosos do assunto³. Resta a indagação sobre como o “embate” e as incertezas que dele surgem podem resultar em constatações seguras e práticas sobre a essência do Direito Econômico. Na sua evolução constante – muito embora conflituosa e até de certo modo opaca –, reside simultaneamente o aspecto que lhe permite afirmar-se e permanecer no caminho de inseguranças⁴.

¹ A referência está na *Odisséia*, capítulo XI, item 593.

² FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996, p. 59.

³ É o caso do jurista italiano Massimo Severo Gianinni, que reconhece ao Direito Econômico uma validade meramente cognoscitiva: [...] *a parte il diritto costituzionale ancor di controversa definizione, i settori ordinabili a sistema della nostra normazione positiva sono quelli dei diritti privato, amministrativo, penale e processuale. Tutte le altre discipline giudiche che si intitolano ad altri diritti sono quindi o discipline relative a sottosettori, o discipline oggettuali. Ne segue che il diritto pubblico dell'economia non può essere che una disciplina oggettuale: há una validità conoscitiva e, se si vuole, didattica, non una validità oggettiva.* (*Diritto pubblico dell'economia*. Bologna: Il Mulino, 1985, p. 15).

⁴ Em sua obra mais recente o Professor Gérard Farjat afirma: *Mais l'obstacle le plus important à une présentation cohérent du droit économique est son évolution constante, trait qui lui a d'ailleurs été reconnu très tôt, comme l'un des traits marquant une rupture avec le passe du droit* (FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. Paris: PUF, 2004, p. 18).



O conflito deriva exatamente da ruptura, em muitos dos aspectos normativos e conceituais do Direito Econômico, com os direitos chamados “clássicos”, de matriz essencialmente liberal. Trata-se de um corpo jurídico essencialmente dinâmico, complexo, finalista, instrumental e especializado⁵. Está imbricado com o fenômeno econômico e procura dar-lhe resposta eficaz. Nessa linha teleológica, foge aos critérios de legalidade e legitimidade, que são tão caros à formação do jurista dogmático.

O propósito central deste ensaio consiste em fornecer uma pequena contribuição para que se ultrapasse essa fase, arriscadamente perenizada, de indefinição no âmbito da Teoria do Direito Econômico. As indagações, nesse diapasão, far-se-ão em três frentes. Primo, com a apresentação de duas das mais importantes razões para permanência de tal esforço conceitual. Secundo, com a demonstração do estágio atual da disciplina, no Brasil e nos meios acadêmicos europeus. Tertio, pela exposição de um universo gnosiológico plenamente capaz de demonstrar um Direito Econômico já consolidado e em franca evolução.

Direito e Economia: dissenso e consenso

Não há como negar que a marca mais preponderante do Direito Econômico seja sua relação direta e inevitável com a Ciência Econômica. Essa aproximação, fonte de uma inegável diferenciação estrutural, é também razão para muitas celeumas no que tangencia a questão da autonomia científica e objetiva. A afirmação mais frequente: o Direito Econômico nutre vagueza incomum; é mera “etiqueta” aposta em qualquer regulação normativa que guarda algum tipo de relação com o processo econômico⁶.

Seria o Direito Econômico, segundo tal concepção, uma espécie de “sobre-direito”, ou “direito heurístico”; um método que, apropriando-se das especificidades da relação direito-economia, utiliza-as para encampar parcela da realidade⁷. Estaria disposto em sinonímia com o Direito da Economia.

Em verdade, as discussões atuais ainda pendem, em algum sentido, para conclusões de tal tipo. FARJAT, em sua obra mais recen-

⁵ Para estudo aprofundado sobre essas características, ver em FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26 e ss. Afirma o Professor que as normas de Direito Econômico são marcadas por uma constante *mobilidade* (adaptação à mudança das condições econômicas e das políticas que lhes correspondem); *dispersão* (normas que não se encontram reunidas num corpo exclusivista e fechado de regras, como é próprio do direito derivado da *Aufklärung*); *caráter concreto* (realçam características concretas da realidade que é objeto de regulamentação); *declínio das fontes clássicas do direito* e *declínio da coercibilidade tradicional*, com a conseqüente instituição de sanções éticas ou do tipo “premiado”.

⁶ *En fait, la définition du droit économique demeure vague. Il suffit de considérer ici le droit économique comme “l’étiquette” apposé sur les branches du droit que traitent explicitement des instruments économiques, qu’elles relèvent du droit privé ou du droit public* (OGUS, Anthony et al. *Économie du droit: le cas français*. Paris: Edition Panthéon-Assas, 2002, p. 49).

⁷ No pensamento de Eros Roberto Grau é possível identificar esse “sincretismo metodológico”, muitas vezes prejudicial à afirmação científica do Direito Econômico: “Pensar Direito Econômico é pensar o direito como um nível de todo social – nível da realidade, pois, como mediação específica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131-2).

te, acentua o caráter do Direito Econômico como “disciplina nova em razão da forte ligação entre direito e economia⁸”. É com esse mesmo propósito que CLAUDE CHAMPAUD afirma que não haveria aqui um “novo ramo do direito, mas um direito novo que coexiste com o corpo de regras jurídicas tradicionais”. Uma espécie de corte transversal por todo o ordenamento jurídico, alcançando os pontos que tangenciam diretamente a seara econômica, ou se imiscuem diretamente nela.

É fácil concluir como a influência da economia sobre as formulações de Direito Econômico constitui ponto de incerteza nas formulações sobre a disciplina. Instabilidades que são justificadas, ainda, diante da recíproca ignorância, muito usual, entre estudos jurídicos e econômicos. Distanciam-se as variáveis econômicas das não econômicas, com fundamento na falsa especialização das ciências sociais⁹.

Da parte dos economistas, especialmente, os fatores jurídicos são desconsiderados como aspectos importantes no desenvolvimento. O direito não é visto como um problema, e sim como um dado. Entre os juristas, o embate mais notório deve ser creditado às dificuldades de introdução de métodos das ciências sociais. O direito ainda é visto, por grande parte de seus operadores, como instrumento limitador na mudança social. O método jurídico permanece restri-

to à necessidade de classificar rigorosamente instituições e figuras. No pensamento brasileiro, são poucos os autores que adotam a linha esposada por ORLANDO GOMES:

A subordinação da regra do direito aos imperativos da economia passou a ser o primeiro mandamento da política legislativa, tornando-se tão apertada essa dependência que um escritor francês chegou a afirmar que a lei não se condiciona mais a uma idéia de justiça, pois se mede por sua utilidade como instrumento de promoção dos objetivos do desenvolvimento econômico¹⁰.

Obviamente que, ao se pensar nas relações entre Direito e Economia como ponto de contribuição para os estudos de Direito Econômico, devem ser evitados ao máximo os excessos “exclusivistas¹¹”. Ao Direito, portanto, caberá dirigir o sentido de suas apreciações, não olvidando que os mesmos fatos se encontram submetidos à influência de “leis” econômicas, de modo que, em assim percebendo, melhor terá compreendido a vida e, portanto, mais apto se encontrará para cumprir os desideratos de justiça.

Veja-se, ainda, que mesmo se admitindo um caráter instrumental do Direito Econômico em relação aos processos econômicos, tal não o reduz à condição de mero servidor da Economia. Como elemento tipicamente regulador, o Direito não pode desconhecer o

⁸ FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique...*, p. 40. O Professor Washington Albino de Souza resume todas as posições com esse condão, ao expor que assumem “a posição de Colombo diante do ovo, afirmando que todos os ramos do Direito já tratavam de temas econômicos, e, então, *todo direito seria econômico*” (*Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980).

⁹ Trata-se de um problema antigo de raciocínio lógico-lingüístico, como assinalou o professor e *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Stephen Breyer: *I shall consider the older, unfashionable practical problem of bringing economic reasoning to bear in legal fields that undoubtedly call for it, for example, antitrust law, intellectual property law, and economic regulation. In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at the least they may more intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy.* BREYER, Stephen. *Economic Reason and Judicial Review*. p. 2.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direito Econômico e outros estudos*, p. 82.

¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas...*, p. 17.

dado econômico, porém deve captar e delinear seu conteúdo, para disciplinar-lhe a finalidade. Nele não se asila ou se resume. Representa, enfim, esforço constante de resposta adequada às exigências da realidade econômica e social.

Historicidade e Direito Econômico

Um segundo fator de perplexidades na disciplina relaciona-se ao seu caráter eminentemente historicista. O Direito Econômico ainda é concebido como sistema jurídico associado ao fenômeno da intervenção do Estado na economia, como decorrência da passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Como anuncia FERNANDO HERREN AGUILAR,

Na realidade, o Direito Econômico só começou a ser percebido com o aumento da intensidade da interferência estatal sobre a economia, mas preexistiu a esse fato. E o conceito limitado de Direito Econômico que

foi produzido pelos primeiros analistas do fenômeno interventivo é decorrência necessária das limitações que a história impunha. O fluxo e o refluxo do papel do Estado ao longo de dois séculos de capitalismo nos oferecem hoje elementos de análise que não eram tão ampla e plenamente acessíveis ao observador do mesmo sistema há apenas uma década¹².

A intervenção do Estado, como manifestação de poder econômico público, contrapunha-se à concentração capitalista, concomitantemente signo do poder econômico privado¹³ e causa preponderante da ação estatal. Intervenção e concentração seriam os dois pólos do Direito Econômico, num sentido claramente herético para as nações de economia liberal, fundadas na crença eudemonista das potencialidades do indivíduo.

A visão de um Direito Econômico vinculado historicamente a tais fenômenos é responsável por duas ilações de largo equívoco: a primeira consiste em rechaçar a sua existência em ambiente de absenteísmo do Estado¹⁴; a segunda concentra-se na

¹² AGUILAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 92.

¹³ “O poder econômico é aquele que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem contra os que não os possuem, exatamente no sentido específico da capacidade de determinar o comportamento alheio. Em qualquer sociedade onde existem proprietários e não-proprietários, o poder do proprietário deriva da possibilidade que a disposição exclusiva de um bem lhe dá de obter que o não proprietário trabalhe para ele nas condições por ele estabelecidas” (BOBBIO, Norberto *et. al.* *Dicionário de política*. Brasília: UnB, p. 954).

¹⁴ O sentido desse absenteísmo é bem expresso na lição de Alberto Venâncio Filho: “Se examinarmos a posição doutrinária de um representante típico do liberalismo econômico, como seja Adam Smith, verificamos que, em 1776, considerava ele que ‘de acordo com o sistema de liberdade natural, o soberano (leia-se o Estado) tem somente três deveres a cumprir; três deveres de grande importância, na verdade, mas claros e inteligíveis ao senso comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça’”. (*A intervenção do Estado no domínio econômico – O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 06). É importante observar tal problema a partir de uma visão histórica. Não há como negar que o Estado sempre visou, pelo menos, a organizar o sistema econômico existente. Segundo Vital Moreira, “a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia”. (*A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Ed. Centelha, 1973, p. 198-199).

contraposição entre poder econômico público e o poder econômico privado no contexto de regulação jurídica da economia.

Ninguém ousaria afirmar que a época atual, caracterizada por uma sensível retração do Estado no processo econômico, assiste ao florescimento de um Direito Econômico cada vez mais complexo em instrumentos e finalidades. É certo que a diminuição por que passa o papel do Estado hodiernamente não sinaliza o seu fim, tanto quanto a hiperatividade estatal não marca o seu aparecimento. O aumento da atuação estatal apenas permitiu a “descoberta” de um Direito Econômico preexistente, e a sua diminuição forneceu elementos para melhor entender a dinâmica capitalista, impondo, por conseguinte, uma reavaliação circunstancial no âmbito do Direito Econômico:

Mais do que em outras disciplinas, descobrir o que o Direito Econômico tem sido não é prova nem justificativa do que ele será amanhã. Mais do que o uso da história é capaz de proporcionar, a apreensão do fenômeno jurídico que se faz aqui é sensível à idéia de que os conceitos são servos das condições ambientais¹⁵.

Por sua vez, a dicotomia poder econômico público X poder econômico privado vem perdendo, paulatinamente, a sua função no universo conceitual da Teoria do Direito Econômico¹⁶. Num movimento sem precedentes, o que se observa atualmente é um encontro desses dois vetores fundamentais

do processo econômico, em torno da conjugação de finalidades estruturais. Exemplo marcante desse processo transparece nas novas Parcerias Público-Privadas (PPPs), quando analisadas sob o prisma do Direito Econômico: o encontro entre Estado e poder econômico privado para tornar viável o cumprimento das diretrizes essenciais da Constituição Econômica como índice de um movimento de clara emancipação sobre o “historicismo” conceitual que ainda circunda a disciplina.

Direito Econômico e políticas econômicas

A série de acontecimentos que marcam historicamente o Direito Econômico, tais como a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e mais tarde a Crise da Bolsa de Nova Iorque (1929) e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), afirmam a constância da relação entre o Estado e o domínio econômico¹⁷, inclusive com sua inserção em algumas das Constituições dos pós-guerras, inclusive, como é o caso das Constituições do México (1917), da República de Weimar (1919) e até mesmo da Constituição Soviética subsequente à Revolução Russa (1918). Trata-se da realização do dirigismo estatal da economia por meio de políticas econômicas. Daí desponta o interesse do Direito nesse âmbito, como revela JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA:

¹⁵AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos...*, p. 98.

¹⁶ Parece perder sentido a afirmação de que o Direito Econômico tem, no conflito entre Estado e entidades econômicas privadas, a sua realidade ÉTICO-HISTÓRICA, como consta na doutrina do erudito Modesto Carvalhosa, a quem louvamos pela acuidade com que sempre tratou seus estudos no campo do Direito Econômico (CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973). O Direito Econômico já não mais representa um esforço consciente do Estado para desviar o curso das forças econômicas, limitando as opções de entidades privadas. Ao revés, muitas vezes fornece os subsídios para uma ação integrada e uniforme, como se demonstrará nos capítulos seguintes.

¹⁷ Para uma análise crítica desses eventos, v. COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 353, 1965.

O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto normativo. Mas há ainda outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos¹⁸.

Como se extrai da passagem, a ideia de política econômica pretende outorgar ao Direito Econômico uma neutralidade axiológica e ideológica capaz de minimizar disputas quanto ao seu papel histórico. O que se propõe, no atestado da necessidade “da direção da política econômica pelo Estado”, é a indissociabilidade do fenômeno econômico ao fenômeno jurídico, independentemente do contexto em que se aduza tal constatação¹⁹.

Afirmar que o Direito Econômico está a serviço de políticas econômicas, por sua vez, não significa atrair a concepção reducionista

de um direito que é “servo da economia”. Decerto, as próprias concepções de Economia ou de política econômica são instrumentais. Caberá ao Direito Econômico regular (no plano normativo-deontológico) ou investigar (no plano intelectual-gnosiológico), os sujeitos, as relações, as funções, os atos e as finalidades que concorrem para a determinação e atuação da política econômica²⁰. Segundo WASHINGTON ALBINO,

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 o 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 jurídica²¹.

Elaboraões conceituais acerca da noção de política econômica, objeto e diretriz fundamental da disciplina, existem várias, nenhuma delas encontrando unanimidade entre os doutrinadores. Há quem a defina “como um conjunto de ações racionalmente coordenadas e dirigidas para a obtenção de resultados econômicos de uma sociedade²²”.

¹⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico...*, p. 11.

¹⁹ A proposta de Rosemiro Pereira Leal é similar, diferenciando-se apenas pela inserção das formas jurídicas de disposição e aplicação de tais políticas econômicas. Assim, Direito Econômico seria “[...] ramo autônomo do Direito ao qual, libertado da figura do Estado hegeliano e dos sistemas, regimes ou modelos de governo adotados, incumbe conferir a imprescindível validade jurídica da atuação do Estado (Administração-jurisdição) na implantação e institucionalização da ordem política econômica por um ordenamento jurídico aberto à fiscalidade constitucional democrática pelo *devido processo*” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105).

²⁰ Preleciona Giovanni Quadri: [...] *la finalità del diritto pubblico dell'economia e della politica economica: indicare quello che gli organi pubblici devono fare per perseguire certi scopi nel settore economico e sociale. Il diritto pubblico dell'economia è disciplina strumentale rispetto alla politica economica. Esso studia, infatti, i soggetti, i rapporti, le funzioni, gli atti che concorrono allá determinazione e all'attuazione della politica economica dello stato. [...] La definizione del diritto pubblico dell'economia come disciplina strumentale nei confronti della politica economica non significa che si intenda esprimere un giudizio riduttivo, né tantomeno un giudizio di scarsa importanza su tale disciplina. E ridicolo appare addirittura parlare di un diritto servo dell'economia. Del resto la stessa politica economica e l'economia in genere è disciplina strumentale, è scienza dei mezzi e non scienza dei fini. In questo l'economia si distingue dalla politica, che ha invece per scopo la scelta e l'attuazione dei fini che la società intende perseguire* (QUADRI, Giovanni. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Seconda Edizione. Padova: CEDAM, 1980, p. 20).

²¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas...*, p. 24.

²² *Idem*, p. 25.

Outros entendem a política econômica não pela caracterização dos fins, mas sim pela manipulação de variáveis econômicas, ainda que os fins pretendidos não sejam diretamente desta natureza²³.

Para os objetivos deste trabalho, concebe-se política econômica sempre a partir de um contexto que logre haurir a complexidade das relações normativas, no plano da dinâmica jurídica. Sua característica essencial é a interferência, assumindo muitas vezes o aspecto de interimplicação²⁴. A visão da política econômica deve ser extraída do ordenamento jurídico como sistema coeso, sempre mirando o eixo que baliza essa unidade, ou seja, a partir da Constituição. Como preleciona ISABEL VAZ:

Portanto, se nos fosse dado conceber, no plano lógico-jurídico, os elementos constitutivos do Direito Econômico, destacaríamos, em primeiro lugar, a Constituição. Em seguida, procuraríamos identificar as normas que compõem o quadro do Direito Econômico, extraindo delas o sentido político representado pelo comprometimento com a realização da ideologia adotada. As medidas de política econômica, regulamentadas de acordo com os princípios

informadores do Direito Econômico, iriam traduzir a opção política de atuação do Estado, e definiriam a forma de intervenção e os tipos de propriedades sobre os quais haveria de incidir, de modo a realizar os objetivos ideológicos consagrados na Carta²⁵.

É, portanto, na Constituição, ou melhor, na Constituição Econômica, que se corporifica a matriz para a juridicização de temas econômicos, ou ainda “o modo pelo qual o Direito pretende relacionar-se com a Economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o Econômico²⁶”. Relação que, importante ressaltar, assume precípua função transformadora da realidade:

A constituição econômica tem que reconhecer que o equilíbrio de uma sociedade é dinâmico. A evolução constante, a alteração viva dos componentes desse equilíbrio exigem que a constituição acompanhe esse caminhar. Não é necessário que ela se modifique em seus termos, em seus artigos, mas será de obrigação que sua interpretação a adeque a cada passo do caminhar social²⁷.

²³ É o caso de NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁴ “Tal significa dizer que um Estado não pode adotar políticas econômicas restritamente a um determinado campo econômico-social, sem se preocupar com os reflexos das medidas ali adotadas sobre outros campos”. (FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico: Políticas Econômicas*. Belo Horizonte: FDUFG, 1997, p. 6). A assertiva cabe também para as considerações atinentes ao comércio internacional e à interdependência cada vez mais acentuada com o contexto da globalização.

²⁵ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 281. Anota a Professora que “[...] a elaboração de qualquer medida de política econômica implica modificação no regime de propriedades. O condicionamento da política econômica à realização do bem comum ou da justiça social acaba direcionando a ação dos agentes públicos e privados (enquanto sujeitos ativos de direito), no sentido de exercer as prerrogativas inerentes à sua condição de proprietário, de modo a contribuir para a consecução daqueles objetivos” (*idem*, p. 199).

²⁶ FONSECA. *Direito Econômico...*, p. 50. O autor português Vital Moreira, dos principais cultores da idéia de Constituição Econômica, afirma: “A característica mais notável das constituições econômicas contemporâneas é o fato de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política econômica, isto é, conterem uma ordem econômica programática, enfim, uma CE diretiva. Essas normas constitucionais apresentam-se como directrizes da actividade do estado, prescrevem um certo programa de política econômica. São directrizes políticas em termos de normas constitucionais” (MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 37).

²⁷ FONSECA, *Direito Econômico...*, p. 51.

É precisamente em torno da ideia de desenvolvimento, como se demonstrará no item seguinte, que se revela o desiderato transformador embutido no Direito Econômico. O conteúdo central das políticas econômicas contemporâneas deve ser exatamente este: o impulso para a mudança das estruturas socioeconômicas.

Direito Econômico e Desenvolvimento

Desenvolvimento, para os fins específicos deste trabalho, consiste na eliminação de privações de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agentes²⁸.

A ideia de desenvolvimento enfeixa atualmente o amplo conjunto de políticas econômicas informadoras do conteúdo normativo do Direito Econômico, no que se incluem, exemplificativamente, as políticas monetárias, fiscal, comercial, concorrencial, ambiental ou de regulação setorial. Trata-se de um dado facilmente averiguado pelo coitejo das Constituições da maioria dos países, em especial daqueles designados com a pecha de “terceiro-mundistas”.

Hodiernamente, os estudos sobre crescimento²⁹ econômico e desenvolvimento econômico constituem um dos mais férteis campos da teoria econômica. Por outro lado, a ideia de Direito está muito mais próxima dos conceitos de liberdade e igualdade, sempre com um fim de justiça. Sem cair num ecletismo estéril, defende-se, é possível aquilatar o desenvolvimento a partir do exame das liberdades substanciais existentes, de um ponto de vista daquilo que afeta diretamente a vida de cada indivíduo, suas limitações e suas possibilidades. Se os indivíduos forem livres, e se tais características forem distribuídas de forma mais isonômica perante o tecido social, é razoável supor que a sociedade assim organizada esteja mais próxima ao modelo e aos objetivos do Estado Democrático de Direito (CR, arts. 1º e 3º).

É clara a percepção de como, a partir de tal concepção, o modelo de desenvolvimento se distancia da ideia estadocêntrica original. Passa a ser concebido como um processo de mudança estrutural, global e contínua de liberação individual e social que tem como objetivo satisfazer as necessidades humanas, iniciando-se pelas básicas e chegando até a aumentar a qualidade de vida das gerações presentes e futuras. A discussão do conceito de desenvolvimento assume, portanto, um caráter ético. Segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES:

²⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 10. Fica desde logo assentado que esse item tem por base o pensamento do economista indiano. Mesmo quando não expressamente referido, é de lá que brotam as principais idéias.

²⁹ A ideia de crescimento econômico é recente. Antes do surgimento do capitalismo, as sociedades encontravam-se em estágios comparativamente estagnados. Foi o capitalismo que alterou radicalmente essa situação: a produção mundial cresceu entre trinta e quarenta vezes em face da acumulação de capitais e da evolução tecnológica. É importante diferenciar as idéias de crescimento e de desenvolvimento. Segundo Arnoldo Wald, o crescimento apresenta um “caráter meramente quantitativo”, ao passo que o desenvolvimento é “[...] essencialmente qualitativo, inspirado na mutação histórica, na passagem de um tipo de vida social para outro, na tomada de consciência do processo de industrialização e de seus corolários culturais, sociais e políticos”. (O Direito Econômico e o Direito do Desenvolvimento no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 82, n. 693, p. 23, jul. 1993). A distinção não amesquinha um ou outro aspecto. Na relação entre crescimento e desenvolvimento econômico, o economista Amartya Sen assinala que o crescimento econômico pode propiciar uma infra-estrutura necessária para a satisfação de necessidades maiores, pois o “[...] crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa” (*Desenvolvimento como liberdade...*, p. 57).

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social, sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado³⁰.

Esse processo de desenvolvimento integrado, envolvendo a face política, social e econômica de forma indissociável, requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade: pobreza (privação de capacidades em detrimento da visão atrelada ao nível da renda), tirania, carência de oportunidades econômicas, exclusão social, negligência dos serviços e intolerância excessiva de Estados repressivos³¹. Acresça-se a esse

quadro a omissão do Estado, que pouco contribui para a implementação de um ambiente mínimo de desenvolvimento. Desenvolvimento demanda, sempre, ação estatal diante do problema econômico. É o que se sustentará, nos capítulos seguintes, quando da composição do debate acerca da atuação pública diante do problema de infraestrutura, e sua essencialidade para um desenvolvimento que agregue indivíduos na condição de agentes, conscientes de seu papel social.

Horizontes do Direito Econômico

Ao Direito Econômico atual, já afirmado em torno de políticas econômicas que instrumentalizam o fim maior de desenvolvimento, resta um papel mais complexo que o de meramente discutir suas fontes, conceitos e fronteiras. A modernidade em crise, com o conseqüente questionamento das categorias que lhe fornecem as bases teóricas – veja-se o caso do Estado, diante da globalização, ou do poder legiferante de caráter exclusivamente público, com a emergência de centros privados de regulação social –, faz nascer a necessidade premente de se pensar o próprio papel do Direito Econômico nesse contexto de perplexidade paradigmática³².

³⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 68. Consultar, nesse mesmo sentido, consagrando o papel do Estado como responsável primário na efetivação do direito de desenvolvimento, arts. 2.3, 3.1, 6.3, 8.1, 8.2 e 10 da Resolução nº 21/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas de 4.12.86.

³¹ “O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde), e os direitos civis. De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências” (SEN, *Desenvolvimento como liberdade...*, p. 17).

³² Entende-se como paradigma, na esteira de Thomas Khun (*A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975), o conjunto de regras, normas, crenças, valores e teorias que direcionam a ciência produzida por uma determinada comunidade científica em um período de tempo específico, o qual fornece a esta comunidade soluções modulares nas quais surgem as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. Por meio do paradigma se estabelece uma espécie de consenso intersubjetivo, influenciado por motivos inconscientes, estéticos, metafísicos, teológicos emocionais e até políticos, o qual vai determinar o que deve ser considerado autêntico problema no âmbito de determinada disciplina.

Buscou-se, neste item, analisar os desafios de um Direito Econômico que se depara com uma encruzilhada normativa. Concorrência entre ordenamentos, “microssistemas” normativos, agências reguladoras, autorregulação, pluralismo normativo, informalidade e descentralização são ideias que freqüentemente chamam a atenção dos estudiosos da área, mas que ainda não foram examinadas com bom êxito.

Este tópico procura realçar quatro grandes vertentes de um Direito Econômico em transformação: (i) o nascimento de regulações privadas da economia; (ii) a aproximação metodológica mais estreita com a Economia, por meio da análise econômica do direito; (iii) as novidades lançadas pelo fenômeno social totalizante que se convencionou chamar de “globalização”; (iv) as dificuldades de se conciliar a organização da vida econômica com a dinâmica da democracia.

Não seria o propósito deste breve ensaio definir respostas absolutas diante de questões de tão opaco deslinde. Nesse sentido, a apresentação a seguir é destacada com a clara perplexidade do pesquisador diante de tão vastas perspectivas para a matéria.

Direito Econômico reflexivo: a emergência da autorregulação

A noção de política econômica, como se extrai do tópico anterior, eleva o universo

conceitual do Direito Econômico a um patamar que busca desvincular-se de concepções meramente contingenciais, aproximando-o de um ponto funcional unificado: a “ideia-padrão” de desenvolvimento³³. Coube, tradicionalmente, ao Estado, por instrumentos típicos de Direito Público ou de técnicas específicas como a regulação (heteroregulação), o papel de cuidar da formulação e aplicação das pautas principais do processo econômico.

Há alguns anos, no entanto, as concepções sobre uma regulação eminentemente estatal da economia têm sido colocadas sob crítica pela emergência de poderes privados fáticos, com capacidade de ditar normas vinculantes para os agentes econômicos, incentivadas, reconhecidas ou muitas vezes toleradas pelos centros oficiais de produção normativa. É a constatação de que a atividade econômica pode estar condicionada primordialmente pela ação de poderes econômicos privados dotados de um mínimo de institucionalização³⁴. Como aduz VITAL MOREIRA,

[...] a regulação estadual da economia é uma heteroregulação, porquanto é exercida por uma instância estadual sobre os agentes econômicos. [...] mas a regulação pode ser auto-regulação quando os regulados são também os reguladores, através de esquemas organizatórios adequados, necessariamente através de decisões ou acordos estabelecidos por

³³ O Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca indica, com base nos trabalhos de Jacques e Colette Nême, a necessidade de sempre equacionar o “quadrado mágico”, que é composto “pelo crescimento econômico (a que se ajunta o desenvolvimento), o pleno emprego, a estabilidade dos preços e o equilíbrio exterior”. (*Direito Econômico: políticas econômicas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 5).

³⁴ Percebendo essa realidade, há autores que buscaram conceituar o Direito Econômico como “ramo do direito que tem por *objecto* o conjunto dos princípios e normas que regem a ordenação da actividade económica pelos *poderes públicos e privados*”. (SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 1 – grifos não constam no original). Trata-se de uma importante percepção dos agentes privados como atores importantes de políticas econômicas: “[...] os agentes econômicos privados, também, ao estabelecerem metas a serem atingidas e meios para a sua obtenção, tais como o aumento da produtividade e a redução de custos, realizam uma política microeconômica, ou micropolítica” (VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades...*, p. 196).

e entre organizações associativas ou representativas³⁵.

Trata-se de um fenômeno que chama a atenção não apenas dos estudiosos de Direito Econômico e também revela indagações que se espalham no âmbito da Teoria do Direito. Focos tradicionais de produção normativa, as “fontes” clássicas do Direito de matriz liberal cedem espaço a direitos de origem reflexiva, muitas vezes contratada, suscitando reflexões acerca de um feudalismo jurídico, como destaca ANDRÉ-NOËL ROTH:

O desenvolvimento de um direito reflexivo, ou seja, um direito procedente de negociações, de mesas redondas, etc., constitui uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social, outorgando ao Estado e ao direito o papel de guia (e não de direção) da sociedade. Tentativa que se pode definir como uma radicalização ou uma teorização da evolução observada na técnica jurídica, passando de uma direção estatal autoritária e centralizada a uma direção flexível e de procedimento das condutas humanas.

[...]

A teoria do direito reflexivo integra a incapacidade atual do Estado de “dirigir” a sociedade e legitima a multiplicação das instâncias de negociações entre os atores sociais referidos (incluindo o Estado) e as regras aqui adotadas. O papel do Es-

tado se limita, por um lado, a dar indicações ou promover incitações quanto ao conteúdo das regras, e por outro lado, a controlar a conformidade dos procedimentos de negociações³⁶.

São problemas de aguda complexidade, e culminam, em último aspecto, com a própria fundamentação do Estado contemporâneo, segundo parâmetros de legitimação. A grande dúvida persiste no sentido de se imaginar um Estado que é violentamente “fagocitado” por regulações privadas, condicionadas por interesses erigidos para o bem público, muito embora de origem privada. Não há como negar que o jogo da autorregulação é, de certa forma, ambíguo³⁷.

Não é preciso, certamente, alçar a discussão a patamar tão limítrofe. Nos últimos anos, é inegável que um modelo de regulação impositiva vem cedendo cada vez mais à idéia de regulação concertada da economia. O poder econômico público (representado pelo Estado – governativo) encontra o poder econômico privado, assumindo ambos a tarefa de coordenar o processo econômico:

[...] a organização da economia pode, por fim, ser o resultado de uma colaboração entre poderes públicos e pessoas privadas. As modalidades desta colaboração são múltiplas. Esta tem sido particularmente evidenciada na França com a planificação flexível à francesa, a “economia concertada ou contratual”. Entende-se que os dois parceiros aí

³⁵ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52.

³⁶ ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

³⁷ *Méthode institutionnelle plutôt qu'instrument juridique, l'auto-réglementation a été présentée ces dernières années comme une alternative séduisante au modèle orthodoxe de la réglementation par une autorité publique. En France, les institutions d'auto-réglementation jouent un rôle ambigu car elles se situent à la frontière du droit privé et du droit public.* (LAUBADÈRE, André de; DEVOLVE, Pierre. *Droit Public Économique*. Paris: Dalloz, 1986, p. 409).

enlacem seus interesses. Em sua política intervencionista e protetora o governo é, quando muito, meio soberano: “as políticas sociais dos Estados modernos consistem em atos de cooperação mais do que de soberania³⁸”.

A afirmação de uma regulação privada ou de uma economia “concertada” não significa, em qualquer hipótese, um arrefecimento do Estado como centro de legitimação normativa. Os centros de auto-regulação devem contar sempre com a fiscalidade estatal para garantir-lhe a adequação objetiva dos preceitos aos ditames de ordem constitucional e aos valores fundamentais da sociedade. É assim, por exemplo, que caberá sempre a intervenção estatal quando a auto-regulação promover, no ambiente mercadológico sobre o qual incida, a criação de barreiras à entrada, o controle de preços ou qualquer outra forma de limitação da concorrência³⁹.

A experiência brasileira conta com interessantes arquétipos no rumo de uma organização privada da economia. Exemplo de grande tradição pode ser encontrado no mercado publicitário, em que o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária

– CONAR, associação privada sem fins lucrativos, assume a função regulatória de maior relevância, julgando representações formuladas pelas partes eventualmente prejudicadas pela veiculação de publicidades enganosas ou abusivas, e ainda aplicando sanções (de trato eminentemente ético-simbólico, mas com grande eficácia) sobre os agentes infratores da lei e da norma produzida pelo próprio Conselho (Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária).

O discurso efficientista: a Análise Econômica do Direito

Destacam-se, no altiplano das considerações científicas, várias maneiras de se enquadrar o intento teórico consubstanciado na doutrina da *law and economics*. Interpretações neomarxistas como a de JÜRGEN HABERMAS, por exemplo, tencionariam destacar o aspecto do direito relegado ao status de epifenômeno⁴⁰. Há ainda quem evidencie a análise econômica como reflexo do franco domínio de visões microcósmicas e individualistas nos métodos: o fracasso circunstancial do Estado “senhor da economia” favoreceria o florescimento de teori-

³⁸ FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*, p. 16. Segundo o Professor, “[...] hoje os mais importantes aspectos da cooperação das autoridades públicas e das pessoas ou poderes privados são os da auto-regulação, tardiamente surgida na França, e do neocorporativismo. Os dois fenômenos podem aproximar-se. Ao modelo da economia concertada, forma de ação centralizada da Administração que se utiliza de certos procedimentos como o plano ou o contrato, o neocorporativismo parece substituir um novo, descentralizado, que se poderia chamar de modelo da economia auto-regulada”.

³⁹ *Tout d’abord, la théorie de l’interêt public montre l’avantage pour l’État de déléguer certains pouvoirs aux associations ou à des comités spécialisés en matière de réglementation: les coûts d’information, de vérification, de mise em conformité et le litige seront moins élevés. Mais l’auto-réglementation peut aussi être exploitée pour limiter la concurrence, en créant des barrières à l’entrée (systèmes de licences), en interdisant la publicité, ou encore en instituant un contrôle des prix.* (OGUS, Anthony et al. *Économie du droit: le cas français*, p. 160).

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. Vol. I, p. 69. Segundo o filósofo alemão, a teoria social marxista propõe que “[...] no lugar de uma unidade manifesta de uma ordem estatal constituída juridicamente entra a unidade latente e sistemicamente produzida do processo econômico global do auto-aproveitamento do capital”.

as individualistas política e metodologicamente⁴¹.

A moderna Análise Econômica do Direito – AED – tem um propósito bem mais específico: visa, precipuamente, a conciliar criação e aplicação da ordem jurídica, de um lado, e eficiência, de outro. É dizer, em que condições seria cabível a adoção de uma decisão jurídica, priorizando a otimização dos recursos disponíveis, partindo-se do claro pressuposto da inexistência de discrepância entre a decisão jurídica e a econômica, ou seja, entre a administração do conflito de interesses e da escassez de recursos⁴².

A ideia central da teoria econômica do direito – como resulta claro dessa noção perfunctória – reside no conceito de eficiência, entendida não num sentido paretiano⁴³, mas como “maximização da riqueza”, aqui adotada com o mesmo propósito que lhe outorga RICHARD POSNER:

[...] a política de procurar maximizar o valor agregado de todos os bens e serviços, sejam estes negociados em mercados formais (os

bens e serviços “econômicos” usuais), ou no caso de bens e serviços “não-econômicos” (como a vida, a família, a recreação, a liberdade de dor e sofrimento) que não sejam negociados em tais mercados. O “valor” é determinado pelo que o dono dos bens ou do serviço exigiria para separar-se dele ou pelo que um não-dono estaria disposto a pagar para obtê-lo, qualquer dos dois seja maior. A “riqueza” é o valor total de todos os bens e serviços econômicos e não-econômicos e esta é maximizada quando todos os bens e serviços, na medida que isto seja possível, sejam alocados aos seus usos mais rentáveis⁴⁴.

Trata-se, como é possível depreender da perspectiva conceitual, de um projeto gnosiológico totalizante, ou seja, que carrega a pretensão de analisar a conduta-humana-subjugada-ao-direito em todas as suas dimensões, monetárias ou imateriais. O pressuposto da escolha racional, ínsito à idéia de economia, é trazido ao plano do direito,

⁴¹ Ambas as vertentes atentam para uma questão que parece crucial: a de saber se e em que medida a economia estaria em condições de moldar o Direito ou de produzir um Direito impregnado de novas valorações, tais como a “eficiência” e a “racionalidade”, fatores determinantes dos modelos de economia de mercado, ou se, ao contrário, o Direito é que estabelece a moldura (as garantias e os limites) dentro da qual a economia pode mover-se, inclusive recebendo as suas leis o impacto das leis jurídicas. Uma posição mais prudente aponta no sentido de não se considerar absolutamente válida nem a primeira e nem a segunda proposição. As pessoas compreendem que a ordem jurídica afeta o sistema econômico existente e é por ele afetada. O funcionamento harmonioso de um sistema econômico determinado requer um certo número de regras de Direito que assegurem a apropriação e o uso dos fatores de produção, dos produtos ou dos serviços.

⁴² A AED constitui projeto teórico que *non ha per oggetto solo la norma già emanata o in fieri, ma anche gli effetti di provvedimenti giuridici. Anzi, la valutazioni prospettica degli effetti di un certo tipo di regola giuridica, piuttosto che di un'altra, costituisce proprio la motivazione per la quale si è sentito il bisogno di utilizzare strumenti economici per studiare il diritto. Spesso il diritto è stato associato ad altre forme di sapere, il che ha fatto sì che si sviluppessero, specie negli Stati Uniti, tutta una serie di nuove discipline collettivamente denominate “law and something else”, diritto e qualcos'altro (law and sociology, law and politics, law and psychology), ma nessuna altra disciplina è riuscita ad arricchire l'analisi giuridica quanto l'economia. La capacità predittiva dell'economia è, infatti, innegabile (CASSESE, Elisabetta. *Introduzione all'analisi economica del diritto e alla teoria della regolazione amministrativa*. Disponível *on line* em <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito>. Acesso em 18.jul.2004).*

⁴³ Em outros termos, o sentido estipulado pelo sociólogo e economista italiano Vilfredo Pareto, como qualidade da situação em que não será possível, por meio da realocação de recursos, melhorar a condição de uma pessoa sem piorar a de outra. Críticas e objeções ao critério paretiano são formuladas por Posner em sua obra mais conhecida (*Economic Analysis of Law*. 6th edition. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 10-15).

⁴⁴ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law...*, p. 18.

resultando daí o estudo das implicações da assunção de que “o homem é um maximizador racional dos fins de sua vida – o que se pode denominar como ‘auto-interesse’⁴⁵”.

O também laureado professor da Escola de Chicago, GARY BECKER, em famoso discurso proferido na ocasião do recebimento do Prêmio Nobel de Economia de 1993, esclarece sobre esse ponto fundamental da teoria econômica do direito:

O núcleo do meu argumento é que o comportamento humano não pode ser compartimentalizado, baseando-se às vezes sobre a maximização e outras vezes não, motivado às vezes por preferências estáveis e outras vezes por preferências voláteis, sendo às vezes resultado de uma acumulação ótima de informação e não sendo em outras. Creio que todo o comportamento humano pode considerar-se como realizado por participantes que maximizam sua utilidade a partir de um conjunto estável de preferências e que acumulam uma quantidade ótima de informação e de outros fatores em uma variedade de mercados [...] o enfoque econômico proporciona um marco unificado e valioso para a compreensão de todo tipo de comportamento humano⁴⁶.

Levanta-se, enfim, a pretensão de, por meio de categorias econômicas, conferir caráter científico ao conhecimento jurídico, em todas as aventuras teóricas dessa vertente de pensamento. Essa pretensão chega a ser admitida expressamente por POSNER, como assinala PEDRO MERCADO PACHECO:

El primer aspecto que resalta en el AED es el de constituir un intento de estudio interdisciplinar y, como tal, un ataque a la idea de autonomía de la propia ciencia jurídica. En este sentido, el AED resucita un viejo tema de la teoría del derecho como es el de la posibilidad de un estudio científico de la realidad jurídica desde el ámbito de las ciencias sociales. [...] No obstante, el carácter interdisciplinar del estudio del AED debe ser reconsiderado. Mas que una propuesta de colaboración entre disciplinas para el estudio del fenómeno jurídico, el AED convierte a la teoría económica en el único conocimiento relevante en el estudio del derecho. Todos los demás saberes son secundarios. Esa exclusividad de la teoría económica convierte a esta en una nueva teología que prescribe y mediatiza el estudio del derecho⁴⁷.

Trata-se, sem dúvidas, de um projeto científico afinado com o que há de mais moderno no âmbito da teoria do conhecimento. Atualmente, como assinala a Professora

⁴⁵ [...] *man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call “self interest”*. POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, p. 03. O autor, na mesma ocasião, procura alertar sobre algumas confusões conceituais: *Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of chooser. And self-interest should not be confused with selfishness; the happiness of other people may be a part of one’s satisfaction*.

⁴⁶ BECKER, Gary. *The Economic Way of Looking at Life*. Disponível on line em <www.eumed.net>. Acesso em 18.jul.2004.

⁴⁷ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 33-36.

MIRACY GUSTIN⁴⁸, a transdisciplinariedade, ou a produção de uma teoria única a partir de campos de conhecimento antes compreendidos como autônomos, é a tendência metodológica que emerge com maior força, o que passa a exigir do pesquisador uma nova postura e uma nova linguagem, ambas voltadas ao diálogo e à interação.

Como ocorre na ciência econômica, a Análise Econômica do Direito dispõe de um enfoque positivo e de um enfoque normativo⁴⁹. A análise positiva busca, em síntese, explicar o efeito das normas jurídicas sobre os distintos mercados e, em certas circunstâncias, produz teorias que pretendem encontrar causas econômicas na adoção de certas normas por parte das distintas sociedades. A análise normativa, por sua vez, serve para oferecer prescrições a respeito de que normas jurídicas são as mais adequadas em uma situação ou em outra, de acordo com os objetivos buscados pelo legislador.

Obviamente, a Análise Econômica do Direito e suas propostas originais não são aceitas com tranquilidade pela comunidade jurídica. Famosa é a crítica formulada pelo jurista americano RONALD DWORKIN em ensaio intitulado *Is Wealth a Value?*, constante no famoso livro *A Matter of Principle*⁵⁰. Em primeiro lugar, DWORKIN procura mostrar

que o conceito de maximização da riqueza é um conceito ambíguo.

De acordo com a AED, society maximizes its wealth when all the resources of that society are so distributed that the sum of all such individual valuations is as high as possible⁵¹. A objeção crucial que o autor formula à teoria econômica do direito reside na consideração da maximização de riqueza como um escopo defensável, sem, contudo, fornecer uma explicação plausível para tal assertiva. O erro substancial de POSNER teria sido o de haver personalizado a sociedade, concluindo que uma sociedade “mais rica” estaria melhor que uma sociedade “menos rica”.

A objeção, no entanto, que mais deve chamar a atenção de quem estuda a teoria, é aquela que procura circunscrever os limites da análise econômica do direito aos países da tradição jurídica anglo-saxônica, ditos pertencentes à família de common law. Tal assunção parece vir implícita na obra de quase todos os estudiosos do tema, que atentam para o notório desenvolvimento logrado pela AED nos Estados Unidos, identificando-o como um empecilho quase que natural ao desenvolvimento da doutrina nos países do chamado “direito continental”,

⁴⁸ GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte. Del Rey, 2001, p. 25.

⁴⁹ Como anota Richard Posner: *Economic analysis of law has heuristic, descriptive, and normative aspects (for a fuller discussion, see Posner 2003a). As a heuristic, it seeks to display underlying unities in legal doctrines and institutions; in its descriptive mode, it seeks to identify the economic logic and effects of doctrines and institutions and the economic causes of legal change; and in its normative aspect it advises judges and other policymakers on the most efficient methods of regulating conduct through law (in Law and Economic in Common-law, Civil-law and Developing Nations, p. 69).*

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford, 1985. Há tradução brasileira publicada pela editora Martins Fontes, “Uma questão de princípio”, de 2001.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle...*, p. 237.

fundados na codificação e na legislação escrita⁵².

Aliada aos elementos da tradição continental, pode-se adiantar que a análise econômica tende a enriquecer a racionalidade jurídica não somente com sua extraordinária capacidade de previsão como também com seu embasamento de uma justificação racional das regras do direito. Pode ainda ajudar o jurista a captar as possíveis consequências sociais (e não apenas os efeitos jurídicos) de um ato ou de uma norma, mesmo antes de adotá-lo ou aplicá-la.

A AED na tradição romano-germânica

Fala-se, hodiernamente, numa incontestável aproximação entre as famílias do common law e do civil law. É crescente, por exemplo, o prestígio que os juízes norte-americanos têm dado aos estatutos normativos produzidos por entidades jurídicas de renome. Por

outro lado, o processo de unificação europeia se alicerça, no plano jurídico, em diretivas comunitárias que, em países como a Inglaterra, têm sido incorporadas ao direito interno normalmente por meio de diplomas legais, e não mediante reiteração jurisprudencial.

A despeito desse processo aproximativo, alegam os críticos, é nítida a diferença de aproveitamento da análise econômica do direito no common law e no civil law⁵³. Naquele, a função jurisdicional nem sempre deve ser sustentada com base na interpretação em regras gerais; portanto, na observação de precedentes, o juiz pode nortear suas decisões pelo critério da maior eficiência, valendo-se de categorias teóricas da economia e argumentando juridicamente sobre a pertinência de sua adoção. No civil law, no entanto, a interpretação das normas nem sempre conduz à solução mais eficiente e a Análise Econômica do Direito parece, então, servir apenas se redirecionada aos legisladores⁵⁴.

⁵² A dúvida parece comum na obra de grandes nomes do Direito Econômico europeu. Segundo Gerard Farjat, *les juristes de droit économique sont contraints, comme tous les juristes qui doivent aller "au-devant des faits" d'écouter les analyses des économistes. Notamment en droit de la concurrence. Certaines analyses vont loin. Ainsi, l'analyse économique du droit, ou l'économie du droit – law and economics, dans la terminologie anglo-saxonne – fournit les bases d'une évaluation économique du droit et, ce faisant, définit les conditions d'élaboration et de sélection des règles qui sont conformes à un principe d'efficacité. L'analyse économique du droit a parfois été dénoncée comme l'expression d'un totalitarisme du marché. La critique est souvent mal fondée. Ce que est vrai, c'est que l'analyse économique du droit a presque toujours été utilisée pour démontrer l'efficacité du marché (Pour un droit économique. Paris: PUF, 2004, p. 59)*. No mesmo sentido é a análise de Anthony Ogus e Michael Faure: *l'efficacité économique n'a jamais été reconnue en Europe comme la valeur suprême, mais plutôt comme une valeur parmi d'autres (le droit de la concurrence le montre bien). Le juge ne s'est jamais interdit de redistribuer les richesses au travers de ses décisions individuelles. On comprend alors la réticence des Européens en general, et des Français en particulier, devant une théorie qui supprime tout sentiment et qui espère trop du calcul rationnel de l'individu (Économie du droit: le cas français. Paris: Edition Panthéon-Assas, 2002, p. 6)*.

⁵³ No Brasil existem pouquíssimos estudos avançados sobre o tema. A bibliografia ainda insiste em tecer meros comentários tópicos, sem grandes reflexões, a maioria dela com conclusões críticas. É o caso de Calixto Salomão Filho, argumentando que a idéia de maximização da riqueza global, subjacente ao princípio da eficiência, “[...] leva necessariamente à transferência de riqueza àqueles que possuem maior poder de barganha nas transações, ou seja, aqueles que já possuem riqueza”, incompatível com um sistema jurídico que valora positivamente a justiça distributiva, ainda mais quando se considera o grau de distribuição de concentração de riqueza que já existe na sociedade brasileira. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 207).

⁵⁴ Eis o comentário do principal expoente deste movimento científico, o magistrado americano Richard Posner: *Anthony Kronman, the dean of the Yale Law School, a critic of the law and economics movement, nevertheless calls it "an enormous enlivening force in American legal thought", and says that it "continues and remains the single most influential jurisprudential school in this country". Despite Professor Kronman's reference to "American thought" and "this country" (i.e., the United States), the law and economics movement is genuinely international, and has as much relevance to civil law and developing countries as it does to the Anglo-American common law countries. Indeed, there is a distinctive "civilian" law and economics movement that focuses on rule of law issues that are of particular importance to developing countries. (Law and Economics in Common-Law, Civil-Law and Developing Nations. in Ratio Juris, Vol. 17, n. 01, 2004).*

Em princípio, portanto, nos países de tradição romanística, a opção pela alternativa mais eficiente caberia exclusivamente ao editor da norma geral. Se o legislador teve a preocupação de privilegiar, na lei, a solução mais adequada economicamente, então o juiz, ao aplicá-la, não poderia afastar-se da escolha resultante da norma. Por outro lado, se o legislador não se preocupara com a eficiência econômica ao aprovar certa lei, preservando a conduta que conduz à ineficiência, ao juiz não caberia distanciar-se dessa opção legislativa, propugnando pela maior eficiência de outras soluções excluídas pela norma. A lembrança aos critérios de eficiência econômica se mostra, sob esse enfoque, inoportuna ou mesmo indevida, por parte de julgadores a serviço do direito de natureza de civil law.

Em termos mais precisos: a interpretação de um dispositivo legal que procurasse estribar-se apenas nos padrões teóricos da Análise Econômica do Direito não teria ressonância em sistemas jurídicos como o brasileiro, por exemplo. Compromete-se, assim, a eficácia retórica da Análise Econômica do Direito, quando o pressuposto da atuação judicial é a de simples intérprete de normas gerais, e não a de produtor de decisões fundadas em precedentes. O julgador é realizador da justiça, e como as situações eficientes não são sempre as mais justas, não há eficácia retórica na afirmação de que o juiz deve preferir à justiça uma interpretação econômica da lei.

O rol das críticas é ainda mais vasto. Há quem diga que a AED coloca em perigo a autonomia do Direito – como se este fosse um valor em si mesmo – ou ainda, que seria incompatível com a Constituição, promovendo

do valores que não são reconhecíveis pelo ordenamento jurídico.

A tradição de apontar os diferentes papéis exercidos pelos juizes na common law e no civil law, segundo a qual o primeiro seria um juiz tecnocrático que encontra a regra apropriada entre um conjunto de precedentes, enquanto o segundo seria um juiz funcionário que interpreta e aplica normas escritas e codificadas não corresponde com a realidade e se apóia, por sua vez, em quatro concepções equivocadas sobre i) o papel do juiz no sistema anglo-saxônico; ii) o papel do precedente; iii) o papel da doutrina; iv) o papel central dos Códigos nos países continentais.

Veja-se primeiramente que a centralidade outorgada pelos críticos da AED ao direito codificado só existiu na mente dos comentaristas posteriores à Revolução Francesa. Tais afirmações procedem não só de juristas anglo-saxônicos, mas também se alastram à doutrina continental. Perfeitamente adequada ao caso é a afirmação de POSNER no sentido de que: [...] as Holmes put it, judges legislate “interstitially” which is to say that they make law, only more cautiously, more slowly, and more principled, less partisan, fashion than legislators⁵⁵.

No que se refere ao papel dos juizes nos ordenamentos continentais, existe acordo a respeito da crescente perda de protagonismo do legislador como produtor de normas⁵⁶. O legislador renunciou o papel principal do processo de produção de normas de nosso tempo. Ainda se mantêm os códigos do século XIX, porque o chamado “direito legal” foi perdendo importância relativa e gradativamente diante de outras formas de produção do direito; fundamentalmente, ao direito produzido “autonomamente” pelos

⁵⁵ POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 235.

⁵⁶ Sobre o tema, de fato um dos mais importantes da teoria do direito atual, ver FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

particulares e ao chamado “desenvolvimento judicial do direito” ou “direito judicial”.

Esta tendência, naturalmente, não está igualmente avançada em todos os países do entorno continental. O direito judicial é mais relevante diante de normas puramente privadas em sociedades em que o Direito, em geral, é um instrumento mais eficiente de organização da vida social. Assim, o papel da jurisprudência ou da doutrina na Alemanha é muito mais relevante na configuração do direito efetivamente aplicado do que no Brasil.

A questão central já não mais versa sobre se os juízes criam ou não direito, mas sim sobre os limites e a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, e se transforma, assim, numa questão sobre a possibilidade de argumentação racional no Direito. Somente se as decisões judiciais são previsíveis, porque estão fundadas nas regras de argumentação racional⁵⁷, é possível afirmar-se a compatibilidade do desenvolvimento judicial do direito com a segurança jurídica, o princípio da igualdade e a unidade do direito. Se a argumentação racional em Direito é possível, a liberdade do juiz na aplicação do direito fica reduzida, e a legitimidade do trabalho judicante se apresenta como um controle dessa mesma atividade.

Esse trabalho de controle é previsto por múltiplas instâncias. Pelo constituinte, quando predetermina a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais⁵⁸; pelo legislador, que, com intervenções concretas, pode obrigar a modificar desenvolvimentos jurisprudenciais que considera errôneos ou danosos; pela doutrina, criticando as reso-

luções judiciais e propondo interpretações e posições alternativas; pelo sistema de recursos, que atuam também como instrumentos para ampliar a comunicação ou a participação no processo de discurso racional.

Neste sentido, parece muito expressivo considerar a ciência do Direito como “um mercado de opiniões jurídicas” em que a comunidade “compra” aquelas que, de acordo com as regras do jogo alcançam maior grau de consenso. Esse consenso depende, em boa medida, de que as decisões judiciais tenham sido argumentadas, respeitando as regras do jogo, ou seja, utilizando os pressupostos considerados aceitáveis no altiplano da metalinguagem científica: proibição de cair em contradições lógicas e, portanto, necessidade de asseverar a diferença relevante para adotar soluções diferentes em dois casos; necessidade de tomar em conta as conseqüências (utilidade) de uma ou outra solução; preferência às soluções que se adaptam ao sistema diante daquelas que exijam uma alteração sistêmica etc.

Um último ponto reside na freqüente acusação de que a AED transfere aos juízes uma função que contradiz a que lhes atribui expressa e textualmente o texto constitucional. Parte-se em geral da consideração de eficiência e justiça como dois valores diferentes e contrapostos. Acresce-se que a eficiência não é um valor reconhecível em nosso direito, e se conclui que a análise econômica é incompatível com a Constituição porque, de acordo com esta, os juízes teriam de atuar com submissão à lei, e não lastreados por critérios de eficiência.

A eficiência não seria, portanto, um valor reconhecível pelo direito, razão pela qual os

⁵⁷ Sobre a teoria da argumentação e da aceitabilidade racional dos discursos judiciários, duas são as obras de destaque: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo, Ed. Landy, 2001 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Este último autor, ao dispor sobre o desenvolvimento de um ambiente discursivo, desenvolve os chamados pressupostos pragmáticos de cunho contrafactual.

⁵⁸ Consulte-se o art. 93, IX, da Constituição Brasileira.

juízes não poderiam utilizá-lo para cobrir lacunas legais e contratuais e, muito menos, para corrigir o Direito defeituoso, de forma que um desenvolvimento judicial do Direito fundado no princípio da eficiência implicaria atribuir aos juízes, efetivamente, uma função contrária à estabelecida pela Constituição.

Para demonstrar o contrário, isto é, que a eficiência é um valor fundamental do direito, mais favorável é a argumentação desenvolvida no campo do direito privado - patrimonial⁵⁹. Se, ao ditar esse direito, o Estado persegue não a realização prática de um conceito de Justiça substantivo e alheio aos destinatários das normas, mas, ao revés, tais fins consistem em servir aos particulares para que estes possam desenvolver livremente sua personalidade sem que se lhes imponha fins concretos, facilitando o intercâmbio entre privados e, caso seja possível argumentar-se que os objetivos dos particulares consistem, geral e supostamente, em maximizar a utilidade que extraem de suas trocas, o corolário é que as regras correspondentes devem responder – para serem justas – a critérios de eficiência.

Direito Econômico e Globalização

A idéia de “globalização” constitui uma espécie de “mito”, ao qual geralmente se recorre para responder aos indicativos cada vez mais cambiantes da sociedade contemporânea. Trata-se, efetivamente, de um fenômeno de feição plural, sem conceituações predefinidas⁶⁰, mas com decorrências socioeconômicas de intensa reflexão no âmbito do direito: abertura dos mercados, liberdade alfandegária, fim da idéia de soberania, redução da xenofobia, mundialização das linhas de produção, emergência de capitais flutuantes e eliminação das fronteiras dos mercados financeiros são apenas alguns efeitos de maior indagação, que levam ao surgimento de perplexidades sobre a própria estrutura dos sistemas jurídicos⁶¹.

Na lição de JOSÉ EDUARDO FARIA, o fenômeno da globalização é responsável pelo que denomina de “rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado Liberal e pelo Estado Providência”, reunidas pelo gradativo esvaziamento da

⁵⁹ Na obra de Guido Alpa encontra-se bom estudo sobre a análise econômica do direito privado. (ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 21 e ss.)

⁶⁰ Para uma tentativa de conceituação do fenômeno, v. SILVA, Leandro Novais e. O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 2004, ano 41, nº 163, p. 331-346.

⁶¹ Na obra de Fernando Herren Aguilar, é possível encontrar algumas destas discussões: “Em tempos de globalização, a condução de políticas públicas atende a manuais invariáveis, cujas regras elementares conclamam os governantes a exercer a tarefa antes preferencialmente reservada às representações consulares. É cada vez mais sentida a necessidade, por governantes locais, de apresentar o país, aos olhos de potenciais investidores estrangeiros, como o campo propício para a aterrissagem segura e duradoura de capitais. Sua missão se divide em duas frentes principais entrelaçadas, a primeira delas de viabilizar uma redução dos custos mediatos e imediatos de produção para o investidor estrangeiro; e a segunda, de angariar a confiança deste quanto à pertinência e durabilidade de tais condições” (*Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 25). A doutrina nacional comporta alguns bons estudos, sobre o tema, ressaltando, especialmente, o seu impacto na teoria geral do direito: cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA, Oscar. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. No campo da economia, deve ser mencionado o trabalho de FURTADO, Celso. *O Capitalismo Global*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

soberania e da autonomia dos Estados nacionais, destacando-se as seguintes alterações:

1 – mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de consumo, insumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;

3 – internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 – mudança da matriz de produção internacional; da divisão tradicional entre fornecedores de matérias-primas e fornecedores de manufaturados, passa-se à produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalentes em diferentes países, não importando onde o produto final seja montado, o que provoca o fenômeno da deslocalização da produção;

5 – desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter

“fordista”, pelas plantas industriais flexíveis, de natureza “toyotista”, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais;

6 – planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio intra e interempresas, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhes são favoráveis;

7 – expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*), como decorrência da proliferação de foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais⁶².

É inegável que essas características implicam novos problemas para o Direito, especialmente para o Direito Econômico, que se ocupa da ordenação do mercado e da implementação de políticas econômicas, estatais quanto a sua origem. Alguns de seus sub-ramos terão a sobrevivência colocada seriamente em dúvida. Em outros casos, ainda, haverá mudança de conteúdo e de forma da ação do Direito Econômico, seguindo o rumo das mudanças verificadas quanto ao papel do Estado.

Mister alertar que algumas das transformações do Direito Econômico são atribuíveis não propriamente à globalização, mas a

⁶² FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. *Revista dos Tribunais* nº 736, ano 86. São Paulo: RT, 1997, p. 11-19.

processos relativamente autônomos e anteriores à globalização, que significaram uma retirada circunstancial do Estado da cena econômica. Ainda que tais processos sejam condição sine qua non da globalização, não podem legitimamente ser identificados à globalização. Apesar disso, é difícil falar de efeitos da globalização sem que essas suas partes constituintes sejam consideradas.

A questão da soberania

Já na década de 70 do século XX, economistas brasileiros apontavam para o problema da empresa transnacional e as políticas públicas internas. Com centros de decisão difusos, as empresas internacionais tendem a subtrair-se aos controles jurídicos tradicionais, veículos de políticas públicas econômicas. A globalização veio apenas acentuar esse problema já anteriormente testemunhado, agora tornando-se um dos principais temas de preocupação dos formuladores de políticas públicas.

Por outro lado, no contexto de competitividade internacional em que se insere a economia nacional brasileira, há uma permanente pressão para uma maior liberdade alfandegária. Políticas de controle tributário de importação, assim como quaisquer políticas protecionistas, estão sob cerrada marcação tanto das potências comerciais capitalistas, como de seus braços institucionais de direito internacional, como a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Países hoje chamados de “emergentes” dependem quase todos, igualmente, de recursos financeiros emergenciais para combater a volatilidade de mercados financeiros expostos à corrida internacional de capitais. Esses recursos são concedidos por organizações financeiras internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, mediante a imposição de cartilhas invariáveis, que demonstram como deve ser a política pública econômica de cada país socorrido.

As políticas de juros praticadas por países economicamente poderosos são decisivas para a orientação das políticas públicas da periferia do sistema capitalista. Aguarda-se hoje em permanente ansiedade a divulgação das taxas de juros a serem praticadas nos Estados Unidos. Elas determinam o resultado do fluxo mundial de recursos financeiros e, em muitos casos, a saúde e a doença de mercados locais dependentes de capitais especulativos⁶³.

Na prática, há uma concorrência entre a política pública econômica oficial nacional e uma difusa política pública econômica internacional, uma queda de braço silenciosa, mas de efeitos dramáticos. Entre a política de fato e a de direito há uma disparidade permanente, sinalizando a relativização cada vez mais acentuada da soberania interna, da capacidade de cada Nação autonomamente ditar os seus próprios rumos econômicos. Se esse fenômeno não é novo na ordem mundial, pode-se dizer que ele nunca foi tão ex-

⁶³ Como anota Rosemiro Pereira Leal, “O Brasil, porque já inexoravelmente submetido a um programa neoliberal de globalização pela ficção fundamentalista (versão moderna do absolutismo das Grandes Potências), em que os operadores do mercado atuam sem qualquer ingerência dos Estados Nacionais, não tem como recuar em sua marcha de adesão ao capital hegemônico que realimenta a tecnologia de ponta introdutora de novos padrões (paradigmas) de sobrevivência, lazer e de condutas para a humanidade. A dívida externa e interna do Brasil, em perfis irresgatáveis e inadmissíveis, como se mostram por indicadores notórios, é fator concebido pelo 1º Mundo para colocar a seu reboque os países periféricos, não sendo mais possível a estes, sob pena de colapso econômico-financeiros em cascata (efeito-dominó), desenvolver, como legitimamente almeja Aldo Ferrer, políticas estratégicas e macroeconômicas de uma integração auto-sustentada por via de decisões e manobras governamentais de razoável eficiência”. (*Direito Econômico: soberania e mercado mundial...*, p. 196)

plícito nem tão intenso como hoje. Segundo
FERNANDO HERREN AGUILAR,

O Direito Econômico de hoje é, portanto, cada vez mais, um Direito Econômico Internacional. Ou mesmo um Direito Econômico Supranacional, para os países envolvidos em relações comunitárias desenvolvidas. É um Direito Internacional na medida em que não é possível apartar-se o estudo e o ensino das políticas econômicas nacionais sem ligá-las ao que tem ocorrido fora dos limites territoriais, tanto quanto não é mais possível a um Estado guiar-se apenas por suas deliberações puramente internas⁶⁴.

O futuro do Direito Econômico apresenta o desafio de fazer frente a esses dados da realidade. É cada vez mais sentida a necessidade de criação e desenvolvimento de mecanismos internacionais de controle de fluxo monetário. Além das técnicas de unificação monetária hoje vêm sendo implementadas, notadamente na União Européia, certamente haverá espaço para regulações convencionais de direito internacional, destinadas a reagir às dificuldades trazidas pelo fenômeno da globalização.

Livre concorrência e globalização

A globalização reforça não a idéia da concorrência, mas a da liberdade de empreender⁶⁵. Como consequência da globalização, aposta-se hoje numa regulação baseada na competitividade de mercado e não no controle direto pelo Estado de certas atividades

de interesse público. Ainda não é possível prever se a opção por tal forma de se exercer a regulação funcionará. Sabe-se, porém, que ela não funcionará se apenas preponderar o princípio da liberdade de empreender, que exige abstenção do Estado, sobre o princípio da liberdade de concorrer, que exige ação do Estado.

O Direito Econômico, particularmente no seu capítulo sobre a defesa da concorrência, é diretamente impactado, portanto, pelas novas feições do mundo econômico. É difícil prever qual será seu destino. Apenas é possível afirmar-se, hoje, que os órgãos de controle da concorrência se encontram em uma posição ao mesmo tempo privilegiada e perigosa. Em um mundo de fusões em alta escala e de grandes proporções, a defesa da concorrência parece ser cada vez mais necessária.

Entretanto, na medida em que as próprias fusões correspondem a necessidades mercadológicas de manutenção do capitalismo, não serão pequenas as dificuldades que os modelos jurídicos existentes terão para não se desmoralizarem por completo, tornando-se meros chanceladores oficiais de fusões patrocinadas nos centros decisórios estrangeiros.

Revisão do papel do Estado

Ao longo do século XX, o Estado ocupou diversas posições em face da iniciativa privada, ora em avanço, ora em recuo na linha demarcatória de suas competências. O Estado já foi mero espectador das ações econômicas, mas progressivamente avançou para ocupar posições ativas e conformadoras da economia.

⁶⁴ AGUILAR, Fernando. *Direito Econômico...*, p. 03.

⁶⁵ Para uma relação sobre o Direito da Concorrência e o fenômeno da globalização, v. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002, esp. p. 156 e ss.

O fenômeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizador das atividades econômicas. De prestador de serviços públicos, passa a ser preferencialmente seu regulador.

A Constituição brasileira, em seu art. 175, impõe ao Estado a tarefa de prestar serviços públicos. Pode fazê-lo diretamente, por seus entes, ou indiretamente, concedendo ou permitindo a particulares que o façam. Em tempos de globalização, o Estado tem preferido fazer uso dessa segunda hipótese. São os particulares quem têm assumido preferencialmente o desempenho dos serviços públicos. O Estado tem adotado cada vez mais o papel de fiscalizador da prestação.

Essas transformações práticas têm larga conexão com o universo jurídico, seja como forma de implementação dos serviços públicos, seja no controle exercido pelo Estado sobre os concessionários e permissionários. Há um enorme trabalho a ser feito nessa transformação de papéis do Estado. Novas formas regulatórias, que precisam ser estudadas e aperfeiçoadas, estão sendo desenvolvidas nesse exato momento. Parcerias Público-Privadas, Agências Reguladoras, Agências Executivas, Organizações Sociais, são alguns dos temas presentes em matéria de Direito Econômico e Administrativo, que necessitam de aprofundamento e sistematização.

Democracia e Direito Econômico: necessidade de uma conciliação discursiva

Entre os vários temas que se revelam no plano de uma Teoria do Direito Econômico

que não mais insiste em lutar pela sua afirmação científica, certamente o mais atual, candente, e de difícil resolução está relacionado à idealização/aplicação de políticas econômicas em um contexto de participação e consenso.

Trata-se de uma formulação que pode ser feita em termos simples: é possível conciliar problemas de validação de um Direito Econômico, de caráter essencialmente técnico, muitas vezes tecnocrático, com a noção de Estado Democrático de Direito? Em outras palavras: é viável definir como democrático o Direito Econômico tal como hoje concebido e aplicado? A advertência preliminar de NORBERTO BOBBIO ilustra bem o problema apresentado:

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos⁶⁶.

O impasse, não obstante intrínseco a várias formulações atuais sobre os problemas relativos a políticas econômicas, não tem sido percebido com grande facilidade pelos operadores jurídicos. A GÉRARD FARJAT, com lúcida argumentação, ocorreu que a necessidade de uma dupla motivação (jurídica e econômica), própria aos critérios normativos do Direito Econômico, desempenharia a necessidade de revisitar muitos dos aspectos pertinentes a sua concreta atuação:

[...] geralmente textos e decisões jurídicas relativos ao econômico constituem objeto de motivações ou comentários que surgem de uma aná-

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 46.

lise econômica. Esta preocupação com uma dupla “legitimidade” – econômica e jurídica, - observável no mundo vivido dos juristas, desempenha certamente um papel importante no funcionamento concreto do sistema jurídico. Tem-se, entretanto, a impressão de que certas referências ao direito econômico são feitas superficialmente. Por outro lado, depreende-se a existência de um certo número de estruturas de ensino e de pesquisa que podem ser ligadas ao direito econômico⁶⁷.

A “superficialidade das referências”, a que se refere o mestre francês, está indissociavelmente ligada a uma espécie de “mal-estar” que parece circundar várias das questões momentosas do Direito Econômico, especialmente no que tem pertinência a sua forma de afirmação e explicitação perante a sociedade. Como definir, afinal, a legitimidade de regulações tão específicas, muitas vezes pautadas por padrões de escolha totalmente inacessíveis ao cidadão comum?⁶⁸.

Em artigo publicado na Revista Cult, em fevereiro de 2004, o professor titular de Filosofia Política da USP, RENATO JANINE RIBEIRO, lançava essas mesmas indagações, com uma visão muito contundente:

Ora, um traço fundamental da democracia é justamente que ela é um regime de leigos! Platão, que não amava, procurou confiar a política a especialistas: é a idéia do “filósofo-rei”, do sábio capacitado a deci-

dir porque tem conhecimento científico. Ao contrário disso, porém, os atenienses entendiam que qualquer um tinha o direito de falar e votar. A democracia não é techné nem episteme, não é técnica nem ciência.

E no entanto hoje as questões básicas aparecem como um saber de técnicos, um saber qualificado e, mais que isso, muito difícil. Como fica então o caráter democrático da escolha? Fica amesquinçado. Elege-mos quem promete uma coisa e depois, no governo, faz outra. Vejam: não se trata de acusar alguém de traição. Trata-se de entender qual o inquietante caráter da política atual que torna as liberdades reféns da economia.

Eis, então, o ponto nodal: o Direito Econômico, instrumento de formação e aplicação de políticas econômicas, ter-se-ia tornado uma espécie de “refém” da economia, em detrimento da virtuosidade democrática. É problema crítico, por efetivo, afirmar que os processos econômicos estão ao alcance dos instrumentos formais de democracia, engendrados pelo pensamento político.

A questão, certamente, não é de todo irresolúvel e encontra ambiente para reflexão em categorias geradas pelo próprio direito positivo. Ao comentar o conteúdo da norma de direito econômico, o Professor JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA lança as balizas fundamentais para se pensar tais formulações:

⁶⁷ FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico...*, p. 40.

⁶⁸ Em debate do qual tive a honra de participar em Vitória-ES, no mês de junho de 2004, junto do Professor Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca, veio-nos a indagação sobre a legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para interferir de forma contundente nos rumos da economia daquele Estado, como fez na decisão que vetava o Ato de Concentração Nestlé-Garoto. O problema gerava grande perplexidade ao Governador do Estado, formulador do questionamento, essencialmente por ser o CADE um órgão com feições eminentemente técnicas, com baixo respaldo popular e com pouca transparência em seus processos decisórios.

A Norma Jurídica deve garantir a Democracia Econômica e Social

Este princípio encontra concretização exatamente através da participação de diversas categorias econômicas na formação das normas que regerão suas atividades. Esta coparticipação na elaboração de normas pode ser vista no artigo 10 da Constituição Federal, onde está dito que “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” [...] O fenômeno da participação vem junto com o da solidariedade⁶⁹.

Vislumbra-se, pois, a possibilidade de solver, com instrumental respaldado pelo ordenamento jurídico-positivo (*lege lata*), a questão do “déficit” democrático do Direito Econômico: pela composição da participação com a fiscalidade procedimental. Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legali-

dade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)⁷⁰.

Para discutir essa orientação procedimental, a proposta do cientista social alemão JÜRGEN HABERMAS⁷¹, envolvendo a idéia de um duplo consenso, é de grande atualidade. Segundo sua teoria discursiva, a democracia estaria assegurada ao se fundar na possibilidade de consenso tanto em relação às regras prévias do debate quanto em relação à conclusão dos debates. A viabilização de uma vivência democrática em sociedade está, pois, centrada na idéia de espaço público, sendo este o locus do exercício procedimental sob a égide do paradigma racional moderno para a construção dialógica de consensos.

A partir de uma separação analítica da sociedade em sistema e mundo da vida, HABERMAS identifica duas formas distintas de integração social, que, muitas vezes, imbricam-se em processos de crise ou contradição, como está particularmente presente na análise do que denomina “colonização do mundo da vida pelos sistemas⁷²”, ou seja, a

⁶⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico...*, p. 67. Decerto que tal ambiente de participação e consenso também pode encontrar vários obstáculos, alguns deles de difícil resolução. Veja-se o caso das agências reguladoras. Num determinado setor regulado (energia elétrica ou telefonia fixa, por exemplo) o governo pode considerar muito importante garantir a universalização de determinado serviço; por outro lado, os investidores estarão preocupados com a rentabilidade daquele negócio e podem optar por deixar de oferecer determinados serviços ou linhas de atendimento se perceberem afetação no seu fluxo de caixa. Os consumidores, por sua vez, vão lutar para que os preços sejam os mais razoáveis possíveis e, analisando individualmente, dificilmente aceitarão a elevação de preços, mesmo que esses preços elevados sejam necessários para garantir a ampliação de investimentos. Cabe, destarte, às agências o árduo papel de conciliar estes múltiplos interesses que se põem em liça na prática dos mercados regulados. A participação já encontra, como ponto de partida, um cenário de intensa conflituosidade que merece grande consideração a respeito de sua dissolução.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 41.

⁷¹ Especialmente em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, t. I e II, 1997.

⁷² Correntemente denominada monetarização ou burocratização no plano institucional.

invasão por parte da racionalidade econômico-administrativa dos setores que deveriam estar sujeitos ao amplo debate e “fragmentação do mundo da vida”, que aponta para o abismo entre a cultura dos especialistas e a cultura da massa⁷³.

Criticando a colonização do mundo da vida pelo sistema, HABERMAS encontra no direito a intermediação entre ambas, já que ele estaria no epicentro da tensão entre a facticidade e a validade, como assevera um dos títulos de seus livros. Segundo esse autor, o contexto discursivo de caráter procedimental garante o exercício das diferenças, ao defender a relevância da participação política da sociedade civil.

A função primordial de institucionalizar a independência das formas de vida comunicativas da influência político-econômica é atribuída ao direito. Assim, o “Estado de Direito pode ser visto como uma estrutura que coloca prevenções contra o assalto do sistema de direito por parte de um poder não domesticado, antagônico com a necessidade de legitimação do direito⁷⁴”.

Esse conceito é fundamental para entender a dinâmica da esfera pública e traz à tona o problema referente à formação discursiva da vontade, que diz respeito a uma cultura política favorável ao desenvolvimento do potencial discursivo. A garantia de uma vasta gama de pontos de vista requer também alto nível de participação, que não pode ser confundido com um ativismo político de caráter tão-somente pragmático, mas que envolva a idéia de interesse em participar.

Sem dúvidas, a recorrência à perspectiva procedimental é válida, importante e funda-

mental para burilar as múltiplas arestas do fenômeno democrático, mas não pode restringir-se apenas a esse âmbito. Não basta, porém, preocupar-se somente com o aspecto formal da democracia – quantos participam, por exemplo – mas também é necessário levar em conta a orientação ideológica dessa participação.

Nesse sentido, HABERMAS propõe um conceito procedimental de democracia incompatível com a idéia de sociedade centrada no Estado, tampouco no indivíduo, diferentemente dos modelos de democracia tradicionais. Para tanto, ele retoma o projeto histórico-filosófico da modernidade, atribuindo à opinião pública a função de legitimar o domínio político por meio de um processo crítico de comunicação sustentado nos princípios de um consenso racionalmente motivado. Essa talvez seja a sua maior contribuição à teoria da democracia contemporânea.

Parcela da doutrina nacional tem percebido, em alguns temas fundamentais de Direito Econômico, a influência dessa concepção em percebido, em v nacional dinntista alempero jura soluçstos pela teoria pofia Pdiscursiva de democracia, como na obra de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, em que se lança comentário a respeito das agências reguladoras:

[...] a emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do poder político de constituir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político

⁷³ Alertando sobre os perigos da “expertocracia”, Habermas aduz que “as realizações econômico-administrativas não podem se subtrair a processos de discussão, nos quais os cidadãos exercem sua auto-determinação”. De forma que as questões tratadas pelos especialistas podem e devem ser traduzidas para uma ampla publicidade. Na democracia, os especialistas não podem ter privilégios políticos. *Die Normalität einer Berliner Republik*. Frankfurt am Main, 133-164, *apud* LUCHI, José Pedro. *Propedêutica Habermasiana ao Direito*. *Revista Sofia do Curso de Filosofia da Universidade Federal do Espírito Santo*, nº 01, 2000, p. 103.

⁷⁴ LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana ao direito*, *loc. cit.*

existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno (intervenção regulatória)

⁷⁵.

Em relação à abordagem das agências independentes, tais formas críticas sobre inter-relação entre os domínios comunicativos e sistêmicos assumem contornos de suma relevância, com destaque para o fenômeno – muito estudado pelos economistas – da captura regulatória, que se configura

[...] quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização de interesses egoístas de um, alguns ou todos os seguimentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais⁷⁶.

“Colonização” e “fragmentação” do mundo da vida são questões conceituais que trazem à tona a necessidade de submissão dos processos de produção normativa, especialmente em relação a temas de matriz técnica, a um amplo controle com o objetivo de man-

ter incólume o ambiente comunicativo, e, por conseguinte, preservar a sua legitimidade democrática.

Uma referência, e ao mesmo tempo um alerta, essencial no pensamento de HABERMAS: o regime democrático-deliberativo somente se consolida onde exista uma população “acostumada à liberdade⁷⁷”. Entenda-se “liberdade” aqui como maximização da autonomia em sentido kantiano, uma construção conceitual bem conhecida desse autor, que procura conectar a chamada “liberdade dos antigos” (ou republicanismo, que concede precedência à chamada autonomia pública: direitos políticos) e a “liberdade dos modernos” (ou liberalismo, que prioriza os direitos humanos), consagrando a via da legitimação a partir de um amálgama entre direitos humanos e soberania popular. “A imagem núcleo-casca é enganadora⁷⁸”.

O que está a dizer o professor alemão, em termos mais claros, é que o exercício das liberdades políticas (autonomia pública) depende da consagração de um conjunto mínimo de direitos subjetivos (autonomia privada), assim como o usufruto desses direitos privados somente será justo e igualitário se exercida adequadamente a autonomia pública no ambiente deliberativo. Compõe, assim, um amálgama daquilo que ele denomina “unilateralidades complementares”.

⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81.

⁷⁶ JUSTEN Filho, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002 p. 383. O conceito, muito embora sobejamente citado pela doutrina, é incompleto, já que ignora a possibilidade de distorções no ambiente setorial provocadas pelos usuários de serviços públicos (situação rara, mas possível) ou ainda pelo próprio Estado-regulador, neste último caso visando à prevalência de interesses particulares dos governantes ou dos interesses públicos ditos “secundários” (Alessi). Essa consideração é necessária, *a fortiori*, em países com forte tradição patrimonialista, como é o caso do Brasil, em que o princípio da impessoalidade ainda não foi internalizado por grande parte dos administradores públicos.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, vol. I, p. 168.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. *In: A constelação pós-nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. pp. 143-167.

No Brasil, destacam-se algumas tentativas isoladas⁷⁹, ainda sem grande êxito, no rumo de uma efetividade discursiva, principalmente no campo das políticas públicas regulatórias.

Uma análise breve dessas experiências ainda recentes, cujos resultados podem se estender à grande maioria dos países em desenvolvimento, é suficiente para demonstrar que as condições mínimas para o exercício de liberdades políticas não são viáveis em curto prazo. A incipiência de práticas discursivas, especialmente no que diz respeito aos procedimentos dialógicos utilizados por algumas agências reguladoras na formação de seus atos normativos, indica o amesquinamento da participação de grande parcela da população, que não possui nenhum conhecimento acerca da pauta regulatória, ou possibilidade efetiva de manifestar-se na formação de políticas específicas em setores tão cruciais da economia.

Necessário, certamente, que se perceba o imperativo de deslocar qualquer abordagem do plano meramente especulativo, no qual as possibilidades de investigação são infinitas, para o plano da ação, efetiva e pragmática. Ao aplicador do Direito Econômico não pode escapar a visão de que qualquer afirmação de políticas econômicas é esforço vão em um contexto em que seus destinatários não se identificam, na mesma medida, como agentes principais de sua elaboração.

Referências

AGUILAR, Fernando Herren. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALPA, Guido. A análise econômica do direito na perspectiva do jurista. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. V. 1 e 2. 5ª ed. Brasília: UnB, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: The Firm, the market and the law. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 353, 1965.

DEFFAIN, Bruno (Org.). L'analyse économique du droit dans le pays de droit civil. Paris: Éditions Cujas, 2000.

⁷⁹ A grande maioria delas pode ser encontrada no marco regulatório de setores relacionados à infra-estrutura econômica. É o caso da Lei da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), que prevê em seu art. 4º, § 3º: “O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa do projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. O art. 25 do Regimento Interno desta agência também regula as audiências públicas: “O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública, observados os objetivos e disposições estabelecidos no art. 21 do Decreto nº 2.335, de 1997, que será realizada pela Diretoria, segundo o disposto neste artigo”. A legislação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97, art. 42) dispõe que “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FARJAT, Gérard. Pour un droit économique. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- FARJAT, Gérard. Droit économique. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.
- FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. Revista dos Tribunais nº 736, ano 86. São Paulo: RT, 1997, p. 11-19.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico: Políticas Econômicas. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- GIANNINI, Massimo Severo. Diritto pubblico dell'economia. Bologna: Il Mulino, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. T. I e II. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional (ensaios políticos). Trad. Márcio Seligman-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- LAUBADÉRE, André de; DEVOLVE, Pierre. Droit public économique. Cinquième édition. Paris: Dalloz, 1986.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Direito Econômico: soberania e mercado mundial. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LUCHI, José Pedro. Propedêutica Habermasiana ao Direito. Revista Sofia do Curso de Filosofia da Universidade Federal do Espírito Santo, nº 01, 2000, p. 103.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 228, abr./jun. 2002 p.13-29.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. Lisboa: Estampa, 1994.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito Econômico. 2ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA, Vital. Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.
- MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Editora Centelha, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações no direito administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OGUS, Anthony; FAURE, Michael. Économie du droit: le cas français. Paris: Edition Panthéon-Assas, 2002.
- PACHECO, Pedro Mercado. El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción

- teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6th edition. New York: Aspen Publishers, 2003.
- POSNER, Richard. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- POSNER, Richard. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law and Developing Nations*. In *Ratio Juris*, V. 17, n. 01, 2004.
- QUADRI, Giovanni. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Seconda Edizione. Padova: CEDAM, 1980.
- ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6^a ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Ed. Método, 2003.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico. A ordem econômica portuguesa*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra editora, 1990.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico – O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

