
Origens do Direito Econômico: notas fundamentais

Egon Bockmann Moreira¹

Sumário: Introdução; 1. O Direito Econômico e sua linha do tempo; 2. A pré-história do Direito Econômico; 3. O nascimento do Direito Econômico, sua infância e adolescência; 4. Os registros constitucionais do Direito Econômico; 5. A maturidade do Direito Econômico; Considerações finais.

Introdução

Em tempo de vida, o Direito Econômico é uma das mais jovens disciplinas jurídicas. O seu marco zero está naquele momento em que se constata que o bem-estar social não deriva apenas de garantias às liberdades clássicas. Muitas vezes são necessárias pautas normativas que estimulem determinados usos e inibam os abusos do poder econômico. Mais: há situações em que os direitos fundamentais demandam atividade econômica direta do Estado.

Todavia, nem o Direito Público nem o Direito Privado clássicos conseguiram, por si sós, dar conta desses desafios: a sua lógica estrutural não os permitia. Daí a necessidade de um direito positivo específico, dirigido às garantias das liberdades econômicas e ao seu

¹ Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR. Professor Visitante na Faculdade de Direito de Lisboa (2011) e nos Programas de Mestrado e Doutorado da USP e da FGV/RJ (2018). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em Regulação Econômica (Universidade de Coimbra) e Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Advogado. Árbitro.

exercício com responsabilidade, lado a lado com o exercício dos direitos sociais.

Como na maioria dos fenômenos históricos, Direito Econômico não decorre de uma única referência; não é fruto de descoberta científica ou de revoluções, nem foi criado instantaneamente pela natureza. Ele deriva da paulatina constatação – tanto do Direito Privado quanto do Direito Público – de que há algo de especial em determinadas normas jurídicas. Além de serem extravagantes às disciplinas tradicionais, tais normas possuem algo em comum, que lhes dá identidade e autonomia.

Vamos examinar alguns fatos históricos que, cerzidos entre si, se prestam a revelar o nascimento do Direito Econômico. Ao final deste breve artigo, o leitor saberá o que se passou antes do Direito Econômico e que o fez nascer, bem como de que maneira se deu a sua positivação inaugural no mundo jurídico.

1. O Direito Econômico e sua linha do tempo

Uma das formas mais adequadas de visualizarmos a origem e o desenvolvimento do Direito Econômico é por meio da narrativa de fatos históricos que lhe sejam relevantes. Isso nos ajudará a compreender os eventos, estabelecer relações entre eles e, assim, elucidar os momentos constitutivos da disciplina. Por outro lado, o encadeamento cronológico do Direito Econômico revela tanto as mudanças nele implantadas como as que por ele foram geradas.

Mas, note-se bem: vamos correlacionar eventos políticos, econômicos, científicos, sociais e jurídicos – como é bem próprio do Direito Econômico. Descreveremos fenômenos externos e internos a ele, integrando-os numa linearidade histórica que pretende conferir consistência à origem da disciplina.

Importante também é sublinhar que tais acontecimentos nem sempre se deram no mesmo espaço geográfico. Tampouco decorrem de um só fenômeno social. Desde sempre, o

Direito Econômico ocidental convive com a mundialização, associando fatores de vários países e continentes. Surgiu em momentos díspares e sob modos diferentes.

Daí a importância de analisarmos, sem a ilusão da completude, o encadeamento histórico que ajudará a explicar por que, quando, como e onde surgiu o Direito Econômico. Mas, para sabermos como ele é, precisamos explorar o mundo que existia antes dele nascer.

2. A pré-história do Direito Econômico

Como o nome revela, a pré-história exprime acontecimentos anteriores ao Direito Econômico, quando ele ainda não existia. Aquilo que o antecedeu e, quem sabe, o fez nascer. Mas uma coisa precisa ser dita: antes de sua aurora, vivia-se num mundo bastante peculiar.

A nossa investigação remonta ao último terço do século XVIII e se vale de determinados fatos e pessoas. Por meio deste instante pré-histórico podemos enxergar algumas das premissas que desencadearam o Direito Econômico. Serão proporcionalmente poucos os eventos até o início do século XX, quando se intensifica o que nele temos de mais significativo. Antes disso, os primeiros rascunhos do Direito Econômico são grafados pela conjugação de fatos sociais e científico-acadêmicos.

O final do século XVIII é marcado, ao mesmo tempo, pelas *revoluções liberais burguesas* (cujos ícones são a norte-americana e a francesa) e pelo *nascimento da economia* como preocupação acadêmica. São fatos distintos, vindos de países diversos, mas possuidores de identidade mínima, que nos auxiliará na compreensão do Direito Econômico.

Afinal, foi da Independência dos EUA e da Revolução Francesa que nasceram o Direito Constitucional e o Administrativo (a criar juridicamente o Estado e a fazê-lo respeitar as liberdades clássicas). Além disso, é a Ciência Econômica que nos permite falar de Economia. O que importa dizer que, se hoje podemos estudar o Direito Econômico, isso se deve, remotamente, a eventos ocorridos no ocaso do século XVIII.

Examinemos alguns acontecimentos de maior relevância e suas respectivas datas. O primeiro diz respeito a um sujeito que é tão amado quanto repudiado nos dias de hoje. Ambos sentimentos reveladores de sua grande importância.

Por volta de 1723, numa pequena cidade escocesa, nasceu Adam Smith, tido como o pai da economia moderna e o principal teórico do liberalismo econômico. Filho de advogado, foi professor e lecionou filosofia moral (ética, retórica, jurisprudência e política). De 1764 a 1766, viveu na França do *Ancien Régime*, onde conheceu Voltaire e Rousseau, além de tomar contato mais próximo com a Escola Fisiocrática – o que há de ter sido muito importante e merece destaque.

A Escola Fisiocrática pretende descrever a ordem natural (inerente e pré-existente) que governaria o mundo. Alguns de seus mentores foram François Quesnay (1694-1774), Vincent de Gournay (1712-1759) e Anne Robert Jacques Turgot (1727-1781). A sua célebre expressão é *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*: deixai fazer, deixai passar, o mundo segue por si só.

Afinal, *Fisiocracia* significa *Governo da Natureza*: o sistema econômico concebido como um organismo, cuja fonte de riqueza seriam as relações do homem com a terra.

A ideia de economia repousava no trabalho agrícola, tido como o único produtivo (80% da economia francesa de então), do qual derivavam a indústria e o comércio. Deveriam ser abandonadas as premissas do mercantilismo e as complexas regulações públicas sobre a ordem natural das coisas. Deixai fazer, deixai passar: os governos não devem se meter nas relações econômicas, pois o mundo segue por si só.

Ocorre que, por volta dessa época, houve a transição – sobretudo na Inglaterra – dos processos de manufatura para o emprego de máquinas na produção. A Revolução Industrial teve início por volta de 1760 (assumiu maior intensidade entre 1820 e 1840, na Segunda Revolução Industrial). A passagem da agricultura, artesanato e respectivo comércio para a produção industrial e sua racionalidade multiplicadora, fez com que o capitalismo assumisse contornos próprios.

O ano de 1776 é bastante significativo, pois conjuga dois fatos multinacionais de suma importância: a independência dos Estados Unidos da América do Norte e a publicação do livro *Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações*, de Adam Smith. Não é de se admirar, portanto, que a obra tenha tido repercussão na Inglaterra recém-desprovida de uma de suas principais fontes de renda (as colônias norte-americanas). Prestígio inicial que confirma, e até hoje ressoa, a importância dessa obra magna.

Adam Smith é considerado o pai da economia moderna (escola clássica do liberalismo). A ideia central está em que os indivíduos agem motivados pelo seu próprio interesse e, assim, geram natural crescimento econômico e bem-estar social.

Ao Estado cumpriria garantir as liberdades e a concorrência, a fim de que o conjunto de ações individuais produza benefícios coletivos. A riqueza do povo aumentaria por meio de políticas econômicas que privilegiassem a liberdade: o maior estímulo à indústria, comércio e vantagens sociais.

Foi nesse ambiente que, em 1789-1799, eclodiu a Revolução Francesa e foi rompido o sistema aristocrático do Antigo Regime. Dela, surgiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que celebra a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a propriedade (“direito inviolável e sagrado”), bem como a Lei *Le Chapelier* (1791), que proscree as corporações de ofício. Em razão das revoluções burguesas, tanto europeia quanto norte-americana, o Estado foi afastado das relações privadas. A economia passou a ser o domínio das pessoas privadas: o mundo livre dos indivíduos autônomos e proprietários, que celebram contratos e são responsabilizados por eventuais inadimplementos. Os direitos fundamentais a garantir essas liberdades clássicas.

Tais fatos fizeram surgir o que hoje conhecemos por Direito Constitucional e Direito Administrativo. Foram as revoluções burguesas do século XVIII que iniciaram a Era Constitucional.

Até então, não havia conjunto de normas que criasse o Estado e disciplinasse o exercício dos poderes públicos. Antes das revoluções liberais, o *Ancien*

Régime era centralizado e absolutista (*legibus solutus*: o monarca imune às leis, a exercer seus poderes sem limites ou responsabilidade). Vigiam as máximas do *L'État c'est moi* ("O Estado sou eu", na frase atribuída a Luís XIV) e *The King can do no wrong* ("O rei jamais erra" e, por isso mesmo, é isento de controle).

Nesses ambientes, não faziam sentido leis que limitassem o ilimitável. Elas tiveram início depois das revoluções liberais, que prestigiaram as teorias da separação dos poderes e da formação democrática da legislação – sobretudo oriundas de Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778).

Veja-se, portanto, o caldo cultural que antecedeu o século XIX: revolução industrial, revoluções liberais, livros liberais, limites jurídicos ao exercício do poder político, garantias de liberdades individuais, extinção de privilégios e de corporações.

Foi nesse cenário que a França promulgou o Código Civil, de 1804, e o Código Comercial, de 1807. São documentos legislativos cuja racionalidade girava em torno da economia francesa do século XVIII: agrícola, artesanal e comercial. As normas civis protegiam o indivíduo proprietário e sua liberdade para firmar contratos e vê-los respeitados.

Mas nem tudo são ideias liberais. Logo a seguir, em 1818, nasce na Prússia outro protagonista de suma importância: Karl Marx – que, muito embora tenha estudado Direito, doutorou-se em Filosofia (1841). Em 1848, publica o *Manifesto Comunista*, escrito com Friederich Engels, e o célebre primeiro volume de *O Capital* (1867).

Tais teorias alteram radicalmente as perspectivas das relações econômicas, que se desnudam na luta de classes: a burguesa, que controla os meios de produção em seu próprio benefício (aufere lucros desproporcionais), e o proletariado, que fornece a mão de obra por valor inferior ao real (a permitir ganhos extraordinários aos proprietários). O Estado e o Direito funcionariam como instrumentos de proteção da classe dominante.

Tais teorizações desdobraram-se em vários movimentos revolucionários (Rússia, 1917; China, 1949; Cuba, 1959) e geraram documentos constitucionais que institucionalizaram o comunismo como sistema econômico (propriedade comum dos meios de produção e negação do conceito de propriedade privada

do capital).

Outro dado importante dessa pré-história do Direito Econômico reside no fato de que, desde o século XVIII e durante todo o longo século XIX, os países ocidentais eram típicos *Estados Monoclasse*, em que apenas alguns dos integrantes de determinada classe social – a burguesa – poderiam votar e ser votados: os homens livres, maiores e com patrimônio mínimo.

Não é de se admirar que a legislação atendesse aos reclamos dessa classe social. Tampouco é de chamar a atenção que fosse eminentemente conservadora quanto ao *status quo*, retratando tentativas de eternizar a racionalidade própria de sociedades artesanais-agrícolas (e acumulação de excedentes). Já não era mais o imperador a proclamar *L'État c'est moi*, mas sim os detentores de poder econômico.

Este Estado Monoclasse oitocentista, marcado pelo liberalismo, excluía o Poder Público das relações socioeconômicas. O domínio econômico era habitat natural das pessoas privadas, a excluir espécies exóticas como o Estado. A este cabia garantir a propriedade e as liberdades clássicas. Era o Estado Guarda-Noturno, que zelava pela tranquilidade dos proprietários e só podia intervir para reprimir abusos.

Ocorre que esse capitalismo de *laissez-faire* gerou terreno fértil para a concentração do poder econômico e seu abuso.

Ao início do século XX, alguns fatos – boa parte, trágicos – aceleraram a narrativa pré-histórica do Direito Econômico.

Logo em 1900, em decorrência da consolidação expansiva da Revolução Industrial (que já havia se espalhado pela Europa continental, América e Ásia), constatou-se a existência de grandes conglomerados industriais. Em contrapartida, nascem os sindicatos de trabalhadores: só em 1871, na Inglaterra (com o *Trade Union Act*), e, em 1884, na França (com

a *Loi Waldeck-Rousseau*), foram legalizadas as organizações sindicais.

Já nessa época se pode falar em *trustes* (integração de empresas a partir da fusão - ou da organização negocial – daquelas que controlavam determinados mercados), de *cartéis* (união sub-reptícia de empresas do mesmo ramo de negócios, com o escopo de fixar preços e delimitar territórios de atuação) e de *holdings* (sociedades que controlam várias outras empresas do mesmo setor econômico – ou de setores correlacionados). Uso e abuso de poder econômico: alguns comportamentos lícitos, outros nem tanto, configuram sua expansão.

Como assinalou George Ripert, o capitalismo forjou suas próprias armas. Isso de modo e com escopo diversos, mais sofisticados e complexos do que ousara cogitar o legislador dos códigos oitocentistas (afinal, bebera na fonte da economia artesanal agrícola). As mudanças no mundo dos fatos econômicos fizeram surgir contratos e legislações fragmentadas, esparsas e sem precedentes, com tipos societários inéditos e, também, ilícitos novidadeiros, transbordando a racionalidade do modelo originário.

Situação político-econômica que gerou consequências diversas nos dois lados do Atlântico. Considerações à parte o caso brasileiro (que reproduziu tardiamente fantasias das máximas da Revoluções Francesa e Norte-Americana), nos EUA houve esboço de ruptura, decorrente do abuso do poder econômico.

Ao final do século XIX, lá existia ampla rede de ferrovias, de propriedade privada, cujo capitalismo de *laissez-faire* enaltecia a não-regulação econômica. Ora, as ferrovias constituíam típico monopólio natural (não é viável a instalação de concorrência). Os grandes operadores privados fixavam os preços, excluía a competição e definiam a qualidade dos serviços.

Como monopólios são território fértil para abusos, em 1887, por meio do *Interstate Commerce Act*, foi criada a *Interstate Commerce Commission* – ICC. Constituída por cinco membros, indicados pelo Presidente com a aprovação do Senado, a ICC foi a primeira agência reguladora independente. A lei instituidora estabelecia o dever de aplicar preços “justos e razoáveis” no setor ferroviário, a ser supervisionado pela ICC.

Isto é, houve contraposição à filosofia liberal, celebrando a competência do Congresso e de entidades administrativas para regulamentar corporações privadas e o submeter o exercício da liberdade econômica.

O mercado, outrora livre e assim protegido pelo Estado, assume proporções gigantescas (tanto em termos geográficos, como sociais e políticos). A economia do *laissez-faire* passa a ser subvertida pelo apetite empresarial, cujo poder econômico passa a gerar desvios que afetam as próprias liberdades. Há algo de novo no ar, não só no que respeita à relação das sociedades empresárias entre si e destas para com os indivíduos, mas também quanto ao papel reservado ao Estado na economia.

Ocorre que, a partir do início do século XX, o ritmo de sucessão de fatos decisivos para o nascimento do Direito Econômico é ainda mais intenso e revelador.

3. O nascimento do Direito Econômico, sua infância e adolescência

Entre 1914 e 1918, deu-se a Primeira Guerra Mundial, que não foi singela batalha de exércitos, mas sim Guerra entre Nações. Antes, as guerras eram travadas por grupos relativamente pequenos e profissionais (soldados, mercenários ou não). Eram limitadas, subjetiva e objetivamente. Pouco afetavam a economia (de usual, com aumento de impostos para seu financiamento).

Ocorre que, durante a Primeira Grande Guerra, surgem os conceitos de *guerra ilimitada* e de *economia de guerra*. O Estado absorve a economia, cujo domínio deixa de ser puramente privado, e a direciona à produção de bens essenciais à guerra (majoritariamente alimentos e armas). As empresas houveram de abdicar do objeto social livremente definido pelos investidores e se dedicaram à *indústria de guerra*, reduzindo ao essencial a produção de bens supérfluos e/ou desnecessários ao interesse militar. Isso não se deu pela ordem natural das coisas, mas em razão de intervenção estatal nos mercados.

Há algo de novo aqui, pois o Poder Público torna-se gerente de parte substancial das economias nacionais, estabelecendo prioridades aos processos produtivos. Na economia de

guerra, mesmo nos Estados marcados pelo capitalismo liberal, quem faz as escolhas econômicas é o Estado. Como a guerra foi mundial, não houve exceções. Todos foram mobilizados ao *esforço de guerra*, situação social em que o Estado coordena os recursos industriais e individuais para dar suporte às forças militares (redirecionamento da produção; horários de trabalho; mulheres a assumir o trabalho de homens destinados à frente de batalha; racionamento de alimentos; tarefas coletivas, etc.).

Logo, o funcionamento da economia nos países capitalistas passou a ser definido por escolhas públicas, advindas dos governos centrais. Ainda não existia planejamento econômico estatal, mas a avocação de competências definidoras do funcionamento da economia a implicar a supressão de liberdades econômicas.

Também neste alvorecer do século XX, em 1917 eclode a Revolução Russa, que derruba a aristocracia autocrática e leva ao poder o Partido Bolchevique, com a nacionalização de empresas e propriedades privadas. A Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de 1918, em seu artigo 1º (“Declaração dos direitos dos trabalhadores e do povo explorado”), declarou a Rússia como república dos conselhos constituídos pelos delegados “dos trabalhadores, dos soldados e dos camponeses. Todo o poder central e local pertence a esses soviets.” Existia aqui outro *Estado Monoclasse*, em antítese ao Estado burguês.

A Constituição Russa aboliu a propriedade privada da terra e estabeleceu o primeiro passo em direção à transferência de todas as fábricas, minas, ferrovias e outros meios de produção e transporte para o controle dos trabalhadores. A Revolução de Outubro ecoou seus efeitos para todo o Ocidente e também para a Ásia.

Já nos primeiros anos do século XX torna-se claro, portanto, que o dogma da não-intervenção havia sido ultrapassado. Em maior ou menor grau, o Estado interviu e agiu na economia (quando não se apropriou dela). No Ocidente, esse relacionamento teve início de modo fragmentado, com geometrias variáveis, em alterações extraordinárias na legislação infraconstitucional e, muitas vezes, por meio de medidas de exceção.

Porém, tais abalos institucionais cristalizaram-se em momento decisivo para o Direito. Assumiram tamanha importância que se tornou necessária a alteração das normas constitucionais, sob duas perspectivas: a promulgação de novas Constituições (México, Alemanha, Espanha, Brasil, etc.) e através de decisões jurisdicionais que ressignificaram a Constituição (EUA).

Note-se bem a mudança: houve reinvenção parcial das normas constituidoras dos estatutos jurídicos fundamentais. A partir desse instante, aquela lógica legislativa que disciplina ativamente relacionamentos econômicos – do Estado para com as pessoas privadas e destas entre si – passa a integrar o núcleo das regras e princípios jurídicos mais importantes (lado a lado com os direitos fundamentais, a separação dos poderes e os regimes de Estado e de governo).

O fenômeno foi experimentado tanto em países de *civil law* (e sua perspectiva codificadora obediente à ideia de poder constituinte) como naqueles de *common law* (mutação constitucional operada pela jurisprudência). Tudo com cronologias e dinâmicas específicas a cada país.

Em específico nos Estados Unidos da América do Norte, também a Grande Depressão e a Quebra da Bolsa (1929) foram decisivas para realinhar o papel reservado ao Estado na vida econômica.

Em 1933, as medidas de intervenção estadunidenses conhecidas por *New Deal* tornaram o governo o principal ator no combate ao desastre econômico (ajuda social; empregos; controle estatal sobre a economia; salários mínimos; horário de trabalho; construção de aeroportos, escolas, hospitais, pontes, represas; controle do mercado de ações, etc.). O Estado agiu economicamente, de início limitado pela Suprema Corte (que via nessas ações a violação à liberdade econômica e à cláusula do *due process*). Só com a mutação constitucional operada pela *New Deal Court* (assim apelidada a Suprema Corte que aderiu

aos planos econômicos) que se consolidou a legitimidade das ações dos Poderes Públicos na economia estadunidense.

O Brasil experimentou tais alterações devido ao impacto da Primeira Grande Guerra e da Grande Depressão. Desde a Revolução de 1930 (institucionalizada pelo Decreto 19.398/1930), era intenção do governo federal subverter o regime de política econômica e instalar incentivos para o desenvolvimento industrial. O liberalismo das Constituições de 1824 e 1891, celebrado no Código Civil de 1916, foi deixado de lado em prol da ação direta do Estado na economia.

Sublinhe-se que uma das características do Decreto 19.398/1930 era o conteúdo econômico, especialmente nos arts. 6º (continuavam “em pleno vigor e plenamente obrigatórias” as contratações, resguardados direitos adquiridos), 7º (investimentos privados em serviços públicos: em “inteiro vigor” as obrigações e direitos de concessões e outorgas) e 10 (mantinha todas as “obrigações de empréstimos públicos externos ou externos”). O Governo Provisório proclamou a não-intervenção em setores essenciais da economia, cujos investimentos e serviços eram prestados por pessoas privadas (gás, transporte, eletricidade, etc.).

Todavia, a crise promoveu a desvalorização do mil-réis em 47%, ao passo que o art. 947 do Código Civil permitia que as partes celebrassem contratos em moeda estrangeira. Na medida em que vigiam contratos de concessões para empresas inglesas e francesas, eles eram atrelados à moeda de seu país de origem. Para evitar o repasse da desvalorização aos preços, o Governo Provisório editou o Decreto 23.501/1933, que declarou a nulidade de “estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda” (art. 1º). Com isso, foram derogados preceitos do Código Civil, do Decreto 19.398/1930 e dos contratos de concessão, com efeitos retroativos (não havia proteção a direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos).

Em 1933, com a Constituição de 1891 suspensa em vista dos atos da Revolução de 1930, o governo brasileiro apropriou-se da regência de algumas das principais relações econômicas e alterou leis e contratos em razão da economia pública.

Essas situações, exemplificativas de eventos ocorridos por razões e com intensidades distintas em países diferentes – Rússia, Alemanha, França, Inglaterra, EUA, Brasil, México,

etc. – tem algo em comum para a Economia e para o Direito. Se pudesse ser feita uma síntese, existe o título do livro de John Maynard Keynes (1833-1946): *The end of laissez-faire* (1926). Chegava-se ao fim de uma Era.

Porém, o que surgiu depois do fim do *laissez-faire*? Se ele acabou, como isso se deu no mundo do Direito e qual foi o seu impacto? Qual foi o marco zero de tal concepção, em termos de Direito Econômico?

4. Os registros constitucionais do Direito Econômico

Se pudéssemos falar em seu marco zero, o instante de fundação do Direito Econômico nos Estados capitalistas, ele seria a Primeira Guerra Mundial. A superação do conceito liberal e a experiência prática de sua antítese fizeram nascer o Direito Econômico.

Foi nesse momento em que a economia deixou de ser assunto reservado às pessoas privadas e se tornou uma questão de Estado – tão importante quanto a separação de poderes, a garantia de direitos fundamentais e a proteção à soberania. O Direito Econômico passou a ser parcela constituinte dos Estados de Direito, por meio de suas Leis Fundamentais.

O Estado houve de se reapropriar juridicamente da economia. Isso para tomar decisões-chave e assumir a titularidade dos bens de produção (e sua administração), passando pela fixação de normas jurídicas disciplinadoras do comportamento dos agentes econômicos em seus domínios. Mas, como isso foi feito?

Não houve uma só ordem de fatos que caracterizou o marco zero do Direito Econômico. Ao contrário, há vários indícios, de natureza e configurações díspares, depois juridicamente consolidados. Porém, certo é que há determinada ocasião em que tal conjunto de circunstâncias se cristaliza em registros constitucionais.

Num minuto anterior, isso se deu por meio de medidas esparsas – legislativas,

jurisdicionais, administrativas e contratuais – que subliminarmente inseriam decisões econômicas estatais nas sociedades capitalistas (no caso brasileiro, o Decreto 25.501/1933; no estadunidense, o *Interstate Commerce Act* e o *New Deal*; no europeu continental, leis esparsas e novos tipos contratuais). Afinal, se constatara que, se deixadas ao livre arbítrio das pessoas privadas, as falhas de mercado e abusos de poder econômico tendem a se intensificar (monopólios, oligopólios, trustes, cartéis, assimetrias de informação, etc.).

Tais normas jurídicas esparsas, em movimento de baixo para cima na escala legislativa, instalaram a positivação de dispositivos consolidadores do papel reservado ao Direito nas relações econômicas.

Porém, reforce-se que foi com a Primeira Guerra que os Poderes Públicos tomaram as rédeas das economias nacionais. Assim como o manejo das forças econômicas havia tornado o domínio privado muito poderoso, também os Estados passaram a governar a economia por meio da autoridade pública. A consciência da magnitude e do entrelaço entre tais poderes econômicos exigiu o arbitramento constitucional.

Por isso se pode assinalar que o registro de nascimento do Direito Econômico está nas normas constitucionais do primeiro terço do século XX. Ele já existia, necessitava apenas de assentamentos formais à altura de sua dignidade. As Constituições passaram a abrigar normas fundamentais – e mesmo capítulos inteiros – que se referiam exatamente à ação do Estado na economia e ao relacionamento econômico dele com as pessoas privadas (e destas entre si). A partir dessas positivações expressas, dúvida não pode haver quanto à existência de um Direito que merece ser chamado de Econômico.

A partida foi dada pelas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919 (a “Constituição de Weimar”), que alteraram o fundamental do relacionamento jurídico entre Estado e economia. Ambas integraram-se, eis que as relações econômicas travadas pelo Poder Público foram elevadas ao grau mais importante da normatividade: passaram a ser e

estar na Constituição.

Antes delas, aos Poderes Públicos era constitucionalmente vedado se envolver na economia, vez que dela haviam sido expulsos pelas revoluções setecentistas. O Estado, forte no poder de polícia, controlada os desvios e garantia a liberdade econômica. Ocorre que este Estado Guarda-Noturno foi constitucionalmente transformado no Estado-Prestador, no Estado de Bem-Estar Social.

Esta alteração formal veio acompanhada de severa modificação substancial do papel reservado ao Estado. Não mais lhe cabia manter o *status quo* (garantindo a ordem e segurança públicas, segundo a racionalidade monoclasista), mas sim instalar situações que atendessem às finalidades que lhes foram cometidas constitucionalmente. Saúde, empregos, obras públicas, seguridade: todas estas missões sociais são constitucionalmente atribuídas, em maior ou menor grau, aos Poderes Públicos. O Estado de Bem-Estar Social é sobretudo prospectivo, que visa a modificar o *status quo*, por meio da tutela ativa de direitos sociais.

Mas, atenção: as Constituições Econômicas não surgiram ao mesmo tempo nem assumiram as mesmas características. Por exemplo, a Mexicana, de 1917, é dispersa, e a Alemã, de 1919, contém capítulo que disciplina só a Ordem Econômica e Social (como na brasileira de 1934). Uma coisa é certa: essas Leis Fundamentais *constituíram* Estados que até então não existiam.

Sublinhe-se que esse registro não se deu apenas por meio do exercício do Poder Constituinte originário. Nos EUA, houve medidas conjugadas dos Poderes Legislativo e Executivo – o *New Deal* – e sua aceitação pela Suprema Corte, que conferiu novo significado à cláusula do devido processo legal, autorizando ações do Estado na economia. Houve mutação constitucional: mantido o texto, a Corte dele extraiu novas normas constitucionais.

Foi a Suprema Corte do governo Roosevelt que consolidou a interpretação que autoriza o governo a ter prioridade na regulação econômica. Antes, ela havia julgado inconstitucionais leis que permitiam ao Presidente intervir na economia (e algumas de relações de trabalho). Depois, reformulou seu entendimento e passou a ser deferente ao *New Deal*.

Apelidada de *New Deal Court*, mudou a prioridade jurisdicional da defesa do direito de propriedade e contratos para as liberdades civis dos mais

vulneráveis e minoritários (liberdade de expressão, discriminação racial e social, liberdade de religião, etc.).

Depois dessa viragem histórica, boa parte dos Estados ocidentais passaram a conviver com a Administração Pública interventiva e promocional. Para além da reserva quanto à polícia administrativa, os Poderes Públicos viram-se obrigados a produzir bens e serviços e disciplinar a economia – além de estabelecer regras e sistemas de controle referente ao abuso do poder econômico.

Esse foi só o começo, o início, o registro do despertar do Direito Econômico.

5. A maturidade do Direito Econômico

O Direito Econômico surgiu de duas formas: seja por meio de práticas e legislação infraconstitucionais fragmentadas, seja, sobretudo, quando de sua concentração em sede constitucional. Contudo, tais fatos poderiam significar muito pouco, caso suas normas não houvessem transposto o liberalismo econômico de *laissez-faire*.

Afinal, o autoconhecimento e a maturidade demandam não só a ruptura com padrões vigentes, mas especialmente a construção de novas perspectivas. De nada vale a destruição do mundo antigo se persistir a fascinação com práticas e situações que, apesar de confortáveis, se revelem inadequadas para o presente e futuro.

Nos anos que se seguiram à instalação do Estado Social, o Direito Econômico ampliou suas fronteiras e intensificou seu conteúdo. Os Poderes Públicos passaram não só a conviver com a economia por meio de intervenções, mas sim consolidaram *ações econômicas*, em vários planos cognitivo-existenciais. Hoje, os Estados planejam, regulam, fomentam e atuam nas relações econômicas. Usam e abusam de seu gigantesco poder econômico. Vivem economicamente, portanto.

Muito embora o Estado Social tenha se metamorfoseado em outros Estados (Empresário, Regulador, Mínimo, Ambiental, de Garantia, etc.), a respeito de uma coisa podemos ter certeza: a economia é assunto central da maioria – senão da unanimidade – dos Ordenamentos Jurídicos contemporâneos. Afinal, quem fala de Estado Empresário, de Estado Regulador, de Estado Mínimo, de Estado Ambiental ou de Estado de Garantia, está a discorrer a propósito do papel atribuído ao Poder Público na Ordem Econômica e respectiva administração de recursos escassos.

Mesmo depois de abandonar a positivação expressa em algumas Constituições – exemplos são os atuais diplomas fundamentais francês e alemão, que não possuem capítulos de Ordem Econômica –, o Direito Econômico persiste relevante para a legislação infraconstitucional, como também na vida prática. As conformações que atribui aos Estados trazem consigo alguns dos principais temas jurídicos da contemporaneidade.

Por outro ângulo, os Direitos transnacionais – a União Européia (UE) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por exemplo – são fenômenos econômicos, que exigem reformulação/adaptação dos diplomas nacionais.

Mais ainda: quando falamos de globalização, discorreremos a propósito da *globalização econômica*, em um mundo de transações que demandam providências jurídicas às quais o Direito ainda não conseguiu dar resposta efetiva.

O mesmo se diga das crises e pandemias (que impactam nas relações econômicas públicas e privadas) e do mundo digital, que estatui novas formas de relacionamentos econômicos das pessoas privadas entre si, bem como dos Estados e destes com elas (*sandboxes; blockchain; gestão de dados; internet das coisas, etc.*).

Por conseguinte, dúvida não pode haver de que o Direito Econômico está vivendo a respectiva maturidade. Já dispõe de consciência própria e reflexividade. Emancipou-se das disciplinas que o antecederam e daquelas que vêm surgindo. Mais ainda: criou e convive

com o desenvolvimento de novas perspectivas cognitivas.

Isso importa dizer que ainda existe muito de autoconhecimento e reconstrução a ser feito. Apesar de o Direito Econômico contar com mais de 100 anos, é sempre hora de repensar e reelaborar conceitos célebres de outras disciplinas jurídicas e vislumbrar os fenômenos de Direito Econômico por ângulo especial, todo próprio.

A essa tarefa precisamos nos dedicar cada vez mais.

Considerações finais

Este breve texto pretendeu apenas lançar luzes sobre os primeiros momentos do Direito Econômico – disciplina que tem como um de seus grandes mestres brasileiros o Professor Doutor Fábio Nusdeo. Dou aqui meu testemunho de gratidão nesta breve e modesta homenagem, não só à sua valiosa produção acadêmica (que permanece a me influenciar fortemente), mas à sua fidalguia e acolhimento. Bem-haja, Sr. Professor Fabio Nusdeo – especialmente pelo exemplo!

Curitiba, março de 2020

Referências bibliográficas

AVELÃS NUNES, António José. *Os Sistemas Económicos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/25925>. Acesso em 26/03/2020.

CRUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*. USA: Oxford University Press, 1998.

KISHTAINY, Niall. *Uma breve história da economia*. Trad. J. Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (Parte II: 1956-1964)”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, v. 11, p. 121-143, 2005.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

NUSDEO, Fábio. “O Direito Econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, v. 36, p. 101-132, 2011.

RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.