http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index
DOI: 10.5747/cs.2020.v4.n4.s110
ISSN on-line 2526-7035

Colloquium Socialis

Submetido: 15/10/2020 Revisado: 22/12/2020 Aceito: 08/02/2021

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E COVID-19: A REINSERÇÃO DOS VALORES SOCIAIS DA ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA PARA ENFRENTAMENTO DA CRISE

João Paulo A. Vasconcelos, João Pedro Martins Nascimento

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente, SP. E-mail: jp98martins@hotmail.com

RESUMO
Oportunizado pela crise socioeconômica causada pela pandemia da COVID-19, este artigo visa a refletir sobre a relação entre Direito e Economia segundo o desenho da Constituição Federal de 1988. A execução dá-se pelo método dedutivo, centra-se na revisão de literatura sobre o tema e antecedentes históricos e utiliza-se de bibliografia adequada. Da análise inferir-se-á o modelo econômico conferido ao Estado brasileiro no sistema capitalista adotado e daí estabelecendo o seu papel no domínio econômico, o que permitirá encontrar os fundamentos de justiça social que a ordem jurídica econômica preconiza para a consecução de políticas econômicas e o enfrentamento dos efeitos da mencionada crise socioeconômica, bem como demonstrar a inviabilidade da implantação do sistema capitalista de mercado e da Análise Econômica do Direito.
Palavras-chave: Constituição Econômica. Estado social. COVID-19. Crise. Análise Jurídica da Economia.

BRAZILIAN ECONOMIC CONSTITUTION AND COVID-19: THE REINSERTING OF SOCIAL VALUES FROM THE LEGAL ANALYSIS OF THE ECONOMY TO ADDRESS THE CRISIS

ABSTRACT
Opportunized by the socioeconomic crisis caused by the pandemic of COVID-19, this article aims to reflect on the relationship between Law and Economy according to the design of the 1988 Federal Constitution. Execution takes place by the deductive method, focuses on the literature review on the topic and historical background and uses an appropriate bibliography. From the analysis it will be inferred the economic model conferred to the Brazilian State in the adopted capitalist system and from there establishing its role in the economic domain, which will allow to find the fundamentals of social justice that the economic legal order advocates for the achievement of economic policies and facing the effects of the aforementioned socioeconomic crisis, as well as demonstrating the unfeasibility of implementing the capitalist market system and the Economic Analysis of Law.
Keywords: Economic Constitution. Social state. COVID-19. Crisis. Legal Analysis of the Economy.

INTRODUÇÃO

Que o modo de vida das pessoas será diferente no período pós-pandemia da COVID-19, disso não se tem dúvidas. O *homo aeconomicus*, de estereótipo (neoliberal) individualista e egoísta, muito provavelmente informará suas ações como consumidor ou produtor com outras dimensões inerentes ao comportamento humano - a moral, a ética, a política e, quiçá, a fraternidade. Por uma miríade de motivos crê-se numa mudança paradigmática dos hábitos e costumes econômicos, fenômeno a afetar as economias mundiais. Para além da realidade

presente, pensa-se em vários cenários para a sociedade pós-pandêmica.

São e serão muitos os desafios impostos pela pandemia e grande é a inquietude a respeito do enfrentamento da crise dela decorrente, que não é somente econômica, mas humanitária e social - sanitária, habitacional, educacional e nos mercados de trabalho.

Contextos como o atual estimulam ou propõem a abordagem da relação Estado-sociedade, reflexão que no caso deste trabalho é delimitada ao papel do Estado frente à Economia e o ordenamento jurídico-constitucional econômico.

Para os brasileiros o desafio é maior e mais instigante, afinal os efeitos nefastos da pandemia impuseram-se passados 15 meses da posse de um governo federal eleito democraticamente a partir do discurso político-eleitoral com ênfase na adoção de práticas econômicas de matriz liberal, de distanciamento do mercado, num momento em que o país contabilizava mais de treze milhões de desempregados e que reformas prometiam viabilizar o ambiente favorável à austeridade fiscal e monetária e o investimento privado.

Aproveitando-se da oportunidade que a crise confere, este artigo aborda a relação entre Direito e Economia segundo o desenho da Constituição Federal de 1988, análise da qual inferir-se-á o papel do Estado brasileiro e os fundamentos que a ordem jurídica econômica preconiza para a consecução de políticas econômicas, resultado que servirá para legitimar, ou não, o comportamento do Estado (suas políticas públicas econômicas) frente aos efeitos da pandemia da COVID-19.

O trabalho está divido em três capítulos. No primeiro cuidar-se-á da definição do modelo econômico de Estado organizado pela Lei Maior. O que se infere das normas constitucionais, especialmente daquelas que compõe a *Constituição Econômica*? Ao adotar o sistema capitalista, a Carta de 1988 desenhou um Estado subsidiário, não interventivo na atividade econômica? Ou a ele é imposta a intervenção na economia? O capítulo dois dedicará atenção à Análise Econômica do Direito (AED) e a viabilidade, ou não, da sua utilização no Brasil. Temas como o surgimento do Direito Econômico e a definição da AED serão expostos e enfrentados. Ao seu turno, o terceiro colocará em confronto a empreitada liberalista econômica sustentada e executada pelo (novo) governo federal frente ao recente contexto socioeconômico emergente da pandemia da COVID-19.

METODOLOGIA

Este trabalho analítico e de revisão bibliográfica se realiza segundo o método dedutivo, emanado de uma generalização para uma questão mais particularizada.

Segundo Gil (2008), este meio de pesquisa parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis, possibilitando chegar a conclusões em virtude unicamente de sua lógica. É o segmento proposto pelos racionalistas, segundo os quais só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, que decorre de princípios a priori evidentes e irrecusáveis.

A abordagem define-se pela hermenêutica-dialética. A hermenêutica pode ser considerada como uma técnica que compreende textos, em sentido amplo: biografia, livro, artigo, narrativa, documento, pareceres, legislações, jurisprudências, teses e dissertações. Por sua vez, a abordagem dialética procura nos fatos os núcleos obscuros e contraditórios, para realizar críticas em relação aos mesmos. O pensamento dialético compreende que a análise dos significados deve ser realizada, considerando as práticas sociais e ressaltando o condicionamento histórico das falas (MINAYO, 2010).

Observada a referida metodologia, refletir-se-á acerca do papel do Estado organizado pela Constituição brasileira em vigor, cujos preceitos normativos, de certa forma em aparente paradoxo, o modela e a ele impõe e condiciona a formulação e a implementação das políticas públicas, notadamente a econômica, segundo a justiça social.

Brasil, Estado Social e Democrático de Direito.

"A pandemia causada pelo novo Coronavírus e seus efeitos sobre a economia mundial representam o maior desafio que o mundo moderno já enfrentou em tempos de paz" (PASTORE; PINOTTI, 2020, p. 21). À evidência o mercado não socorrerá aos indivíduos, posto inevitável a recessão econômica. Resta-lhes o Direito, o Direito Econômico e como ele será (deverá ser) aplicado na contemporaneidade e com vistas a resgatar os bilhões (milhões no Brasil) de afetados pela crise e seus efeitos atuais e futuros.

No caso brasileiro a análise jus-econômica ora empreendida parte da

Constituição Federal de 1988 e resultará na definição do papel do Estado frente à Economia e dos fundamentos (valores) que a ordem jurídica econômica preconiza para a consecução de políticas econômicas. O resultado desta pesquisa presta-se a conformar o comportamento do Estado (suas políticas públicas econômicas) frente aos efeitos da pandemia da COVID-19.

Antes de desenvolver o tema, lembra-se que alguns termos técnicos sanitários decorrentes da referida pandemia e utilizados neste texto carecem de expressão do seu significado, para tanto, reporta-se a Cruz, Maia-Pires e Lupetti (2020) [1].

Da leitura e interpretação sistemática da *Constituição Econômica*[2], qual o papel conferido ao Estado brasileiro? Garantidor da liberdade empresarial e do livre mercado? Estado subsidiário? Trata-se de agente fomentador do empreendimento privado, apenas, ou lhe cumpre atuar ou intervir na economia e no exercício da atividade econômica particular regulando-a e mesmo condicionando-a ao bem-estar de todos?

Esses questionamentos decorrem da leitura da mesma Carta Marga, a de 1988, assentando-se nas diversas normas - sociais e econômicas - que provocam essa visão heteróclita, multifacetada e eclética sobre as funções do Estado, o que é próprio do sistema econômico capitalista abstrato adotado e fruto das diversas correntes político-ideológicas que compuseram a Assembleia Nacional Constituinte.

Sim, o sistema econômico adotado é o capitalista, não há dúvida, ensina Eros Roberto Grau (2003, p. 307): "a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista".

Cuida-se de sistema econômico que se caracteriza pelo embasamento das relações de produção na propriedade privada dos bens de produção, e conforme Gian Enrico Rusconi (*apud* TAVARES, 2003, p. 33-36) apresenta os seguintes traços característicos: assentamento na propriedade privada; sistema de mercado baseado na livre iniciativa e na empresa privada; e processos de racionalização dos meios e métodos para valorização do capital e exploração das oportunidades de mercado visando o lucro.

Em sua concepção clássica, o capitalismo exige a liberdade de iniciativa e a garantia da propriedade privada dos bens em geral, com o que posicionando o Estado como mero espectador do desenvolvimento da atividade econômica monopolizado pelos agentes econômicos privados - um Estado minimalista cuja atuação (um mal necessário) visa assegurar este status chamado de livre mercado (livre funcionamento do mercado, livre organização da economia); sistema que se identifica com o liberalismo econômico.

No entanto, hodiernamente, o capitalismo (e o socialismo) deve ser considerado como modelo abstrato, uma vez que existe no mundo contemporâneo uma combinação de modelos ou ideais; fruto do colapso dos dois modelos engendrados isoladamente, como observa Peter Drucker (*apud* TAVARES, 2003, p. 44): *"O capitalismo provou ser um falso deus por conduzir inevitavelmente a uma luta de classes, classes essas rigidamente definidas. O socialismo provou ser ilusório pois tornou evidente que não pode abolir essas classes".*

No mesmo sentido José Paschoal Rosseti (*apud* TAVARES, 2003, p. 45):

> [...] exatamente para superar os problemas gerados pelos extremos do liberalismo sem planejamento e da planificação sem liberdade, as economias contemporâneas têm evoluído para a construção de sistemas

[1] Alguns termos técnicos sanitários decorrentes da referida pandemia utilizados no texto carecem de expressão do seu significado: "**COVID-19.** Doença causada pelo coronavírus - 2019. Como a COVID-19 é uma doença que afeta o sistema respiratório, seus sintomas estão, principalmente, relacionados a esse sistema, o que a torna semelhante, muitas vezes, a uma gripe ou resfriado (Site.esc.uol.BR)". "**Coronavírus n. m**. Família de vírus, com forma semelhante a uma coroa, que causam infecções respiratórias leves, moderadas ou graves (adapt.S.MS.gov.BR)". "**Pandemia n. f.** Disseminação de doença contagiosa que se espalha por diversos continentes, cuja transmissão se dá entre humanos e não humanos (adapt.Doc.S.MS.Br). Para o controle da pandemia de coronavírus, ficar em casa e respeitar as orientações vigentes é essencial (Doc.S.ufmg.Br). A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia da Covid-19 em 11 de março de 2020".

[2] O Direito Constitucional positivo contempla normas (regras e princípios) que dispõem sobre a atividade econômica e a posição do Estado frente a economia. Ao conjunto destas normas dispostas – agrupada e dispersamente – na Constituição Federal ora dá-se o nome de Constituição Econômica ora de Ordem Econômica, esta – igualmente jurídica – bem mais abrangente, eis que alcança normas jurídicas que têm por objeto relações econômicas, dentre as quais só algumas com caráter fundamental e inerentes à Constituição Econômica. Conquanto a doutrina divirja acerca do conceito do que seja a Constituição Econômica, o debate é, aqui, desnecessário, vez que mesmo cuidando-se de uma seção autônoma nas constituições, a interpretação dessa parte não desconsiderará o todo, o sistema, a unidade da Constituição.

> mistos, procurando minimizar os aspectos negativos das duas velhas (e opostas) alternativas.

Definido o sistema econômico, volta-se àqueles questionamentos, a cujas respostas precede uma abordagem breve a respeito da trajetória da intervenção do Estado no domínio econômico (do posicionamento econômico do Estado).

Superado o **mercantilismo**, modelo intervencionista surgido em razão da expansão marítima comercial do século XVI, em cujo processo econômico identificou-se nova classe social (a burguesia, composta por comerciantes e artesãos) e que observava um conjunto de princípios da política econômica do capitalismo comercial que orientaram as monarquias absolutistas (BASTOS, 2003, 16-17), surge, a partir das Revoluções Burguesas do final do século XVIII, o **liberalismo econômico clássico** apregoando, essencialmente, a não-intervenção do Estado na economia.

De político o liberalismo alcançou conotação econômica, junção creditada a Adam Smith[3] que, valendo-se da filosofia utilitarista, reformulou a ideia de mercado de meio da realização do interesse individual para ambiente no qual os agentes (operadores) buscavam o interesse geral, a satisfação de todos, o bem-estar (NUSDEO, 2001, p. 126-127).

Os burgueses (artesãos e comerciantes), classe social em ascensão, buscaram eliminar a política econômica intervencionista e implementar a liberdade econômica. Com isso, a economia passaria a autorregular-se segundo as "leis naturais", sem a mão do Estado, que passa a ter atuação mínima e garantista – monopolização dos meios de violência física (produção da segurança) e do poder jurídico (produção do direito).

É a crença na obediência à ordem natural (leis absolutas que regem a economia, v.g.: Lei da Oferta e da Procura), no individualismo como fundamento da livre disposição da propriedade, na liberdade de contratar e na livre iniciativa (direito atribuído a qualquer indivíduo de exercer atividade econômica livre de qualquer restrição – a liberdade é expressão de dignidade humana). O liberalismo econômico clássico crê na superioridade da regulação espontânea, debitando ao Estado apenas a defesa da liberdade individual, isto é, sua atuação contra qualquer forma de limitação. Em suma, o Estado liberal assume o *laissez faire et laissez passer, le monde va de lumême* (deixar fazer e deixar passar, o mundo marcha sozinho), não lhe cabendo intervir na economia, que é regida pelas leis de mercado.

"As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à nova função do Estado. À idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico". O autor, citando Geraldo de Camargo Vidigal, se refere, resumidamente, a três imperfeições: surgimento dos monopólios, advento de crises econômicas cíclicas e exacerbamento do conflito capital x trabalho (TAVARES, 2003, p. 15).

Para além de terem se revelado inoperantes quanto à redução das desigualdades sociais, os princípios do liberalismo acentuaram as diferenças entre os indivíduos, instalando-se a desigualdade substancial. A livre concorrência favoreceu aos mais afortunados (posto suprimida) e, evoluindo para a concentração de empresas (permitindo à iniciativa privada – o poder econômico – o direcionamento da economia), criou o proletariado, submetendo trabalhadores ao desemprego, à miserabilidade e à marginalidade, ou seja, à existência sem dignidade.

Inviável o modelo liberal, o Estado passa a fomentar o desenvolvimento e a atuar como agente econômico, o fazendo com espeque em normas jurídicas constitucionais de cunho assistencial e de regulação da economia (por exemplo: direito antitruste).

Essa nova função designa um Estado que tem a necessidade de intervir na economia e assumir responsabilidades sociais (direitos de segunda geração, como os relativos a previdência, habitação, saúde, educação) visando o bem-estar da coletividade (*Welfare State*). O marco temporal do discurso de ruptura com o modelo liberal é informado por André Ramos Tavares (2003, p. 60-61):

> Foi mais precisamente a partir do final da I Guerra Mundial que o liberalismo puro passou a ser

[3] Em 1776, Adam Smith publicou seu livro "Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações" (mais conhecido como A riqueza das nações), no qual referiu que o intervencionismo estatal na economia se apresentava como sendo um óbice ao progresso econômico, pois haveria uma "mão invisível" que autorregularia o mercado.

> duramente criticado e combatido, sofrendo restrições efetivas [...]
> Surge o denominado "Estado social" para atender aos reclamos de índole assistencial da sociedade, que clamava por uma intervenção estatal que assegurasse condições mínimas àqueles incapazes de prover o seu próprio sustento.

Eros Roberto Grau (2003, p. 27) exalta as Constituições do México e da Alemanha:

> Mítica foi a Constituição Mexicana, de 1917, dedicando um longo capítulo à definição de princípios aplicados ao trabalho e à previdência social, sem, porém, institucionalizar os direitos que enunciou – atribuiu ao Congresso da União a emissão de leis que o fariam.
> A Constituição de Weimar, de 1919, é também programática. Nela e na do México, ademais, a evidência do projeto ideológico que contemplam, de amortecimento do conflito de classes, é flagrante. Veja-se o art. 165: "Os operários e empregados são chamados a colaborar, em comum, com os patrões em igualdade de direitos, na regulamentação das condições de salários e de trabalho, assim como no conjunto do desenvolvimento econômico das forças de produção".

Normas programáticas de cunho social informam as Constituições mexicana e alemã, por isso chamadas de dirigentes, constituições-programa ou constituições-garantia. No Brasil, a Constituição de 1934 trouxe um título referente à "Ordem Econômica e Social" e no seu preâmbulo constava como sendo finalidade do documento máximo a organização de um regime democrático que assegurasse à Nação a justiça e o bem-estar social e econômico (FONSECA, 2017, p. 85). No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso relata a difusão do constitucionalismo e do liberalismo na Europa ao longo do século XIX e, no início do século XX, a escolha pelo constitucionalismo social nas Constituições mexicana, de 1917, e alemã de Weimar, de 1919, corrente que informou a Constituição brasileira de 1934, a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social. (BARROSO, 2013, p. 88).

Nesse confronto entre os modelos econômicos liberal e social de Estado, cumpre abordar a teoria econômica Keynesiana, assim designada porque teve como expoente referencial John Maynard Keynes (1883-1946), economista inglês.

A década de 1930 - da Grande Depressão - foi marcada pela situação crítica das economias capitalistas nos países europeus, na Inglaterra e nos Estados Unidos, nestes foram nefastos os efeitos da quebra da Bolsa de Nova York, 1929, com elevado índice de desemprego. Neste cenário, a teoria keynesiana apontou para soluções que poderiam tirar o mundo da recessão. Para Keynes, "numa economia em recessão, não existem forças de autoajustamento, tornando-se necessária a intervenção do Estado a partir de políticas econômicas de gastos públicos". (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 27-28). Um dado histórico relevante: o keynesianismo orientou a formulação do New Deal, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais do governo de Franklin Delano Roosevelt implementado nos Estados Unidos, na década de 1930, com o objetivo de recuperar e reformar a economia e atender às necessidades dos incontáveis prejudicados pela Grande Depressão. (BARROSO, 2013, p. 88).

Celso Ribeiro Bastos (2003, p. 24) expõe que:

> [...] o Keynesianismo aponta para a insuficiência dos princípios econômicos liberais, como o livre mercado, que se mostraram absolutamente ineficazes e incapazes de garantir o pleno emprego e de evitar a crise de superprodução, bem como

> de assegurar o crescimento econômico.

Sem romper totalmente com o liberalismo econômico, mas colocando fim à crença no *laissez-faire*, Keynes defende a intervenção do Estado na economia para regular o sistema econômico, orientar a riqueza nacional e levar a um ambiente de pleno emprego. Em outras palavras, essa teoria econômica contribuiu para a preservação do capitalismo, então imbricado num modelo liberal menos clássico, ocupado em adaptar a produção ao consumo mediante a atuação do Estado quanto aos salários e às prestações sociais.

É certo que a atuação do Estado na economia sempre existiu (GRAU, 2003, p. 14), e se mantém constante e mais desejada (de algum modo) desde o primeiro pós-guerra, passando pela crise da Bolsa de Nova York e pela segunda Guerra Mundial. A tal ponto que as Constituições do início do século XX tomaram essa intervenção enquanto fundamento do próprio Estado, ao qual são impostas obrigações de caráter social, dele exigindo a formulação de políticas públicas afetas à economia.

A despeito da necessidade de desempenho de funções sociais relevantes, o chamado Estado Social intervencionista também entrou em crise. Ao atuar em todos os setores da vida social, o Estado agigantou-se, seja no que concerne ao seu poder de polícia (não mais restrito a segurança), seja no tocante ao extenso rol de atribuições que passou a desempenhar. É a crise do modelo keynesiano do pós-guerra, que tinha a expectativa de implantar o Estado como harmonizador da propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia.

De solução, o Estado passou a ser considerado um problema, impondo-se a necessidade histórica de revisão e transformação do seu papel diante da sociedade. Assim, "em decorrência do panorama de crises que se instalou, assistiu-se a mudança de parâmetros para a atuação do Estado, numa retomada comedida dos ideais concebidos para o Estado liberal". (TAVARES, 2003, p. 64).

Sustentava-se que a diminuição do tamanho do Estado seria capaz de resolver os problemas por ele criados em virtude de sua presença crescente nas mais variadas relações socioeconômicas. Porém, não é abandonada a ideia de intervenção e crê-se numa espécie de reliberalização dos mercados objetivando o fortalecimento financeiro do Estado num enquadramento que se diz neoliberal.

Abandonado por volta dos anos de 1960, o termo neoliberalismo passou a ser adotado no final dos anos 1980, embora remonte a década de 1930 a corrente da ciência econômica que defende as suas ideias (como a liberalização econômica extensa, privatizações, austeridade fiscal, desregulamentação, livre comércio e fortalecimento do papel do setor privado na economia). Sua implantação encontrou terreno fértil no final da década de 1980, quando na Inglaterra foi eleito o governo Thatcher, o primeiro de um país de capitalismo avançado publicamente empenhado em pôr em prática o programa neoliberal. Na sequência, em 1980, Reagan chegou à presidência dos Estados Unidos e em 1982, Helmut Kohl derrotou o regime social liberal de Helmut Schmidt, na Alemanha. Em seguida, quase todos os países do norte da Europa ocidental, com exceção da Suécia e da Áustria, também viraram à direita. (ANDERSON, 1995, p. 3).

Acerca do neoliberalismo, acentuou Celso Ribeiro Bastos (2003, p. 26-27):

> O neoliberalismo surge como uma proposta nova, a de desoneração do Estado de uma série de funções sociais. Ao contrário do que fazia o Estado do Bem-Estar-Social que tudo prometia e nada fazia, o Estado neoliberal nada promete, no entanto, parece tudo cumprir. O neoliberalismo, ao mesmo tempo que se parece, se diferencia do velho "liberalismo". Eles são semelhantes ao passo que se utilizam da mesma palavra, qual seja, "liberdade". Mas se diferenciam na medida em que o antigo liberalismo empregava essa palavra de maneira abrangente, para referir-se a toda e qualquer manifestação da vida humana, da liberdade e da propriedade.
>
> No neoliberalismo a palavra liberdade é empregada essencialmente quando se trata de comércio e de

> circulação ampliada de capital. Apregoa-se, aqui, a não intervenção estatal na vida dos cidadãos, nem sob certos limites. Ao invés das atenções do Estado estarem voltadas para o social, elas estarão voltadas para o mercado e para atribuições menores.
> O Estado neoliberal se caracteriza por buscar uma economia de mercado sem limites, por dedicar especial atenção à atividade econômica em detrimento da atividade social e política.

Anota, ainda, o autor que "um dos grandes lemas do neoliberalismo é o de 'menos estado e mais sociedade civil'", sendo que "a expressão menos Estado se refere aos controles de capital" e que por "mais sociedade" diz respeito "às empresas privadas"; em síntese, "maior liberdade dentro do campo da economia". (BASTOS, 2003, p. 27).

A política econômica neoliberal preconiza a desregulação da economia - mercados livres e ilimitados (livre iniciativa e liberdade de concorrência) - sem a interferência do Estado, que se dedicaria a fomentar a sociedade civil para a prestação da assistência social e solução dos conflitos.

É do saudoso constitucionalista a advertência segundo a qual o neoliberalismo não é uma corrente facilmente implantável, mormente em sua totalidade, porquanto "o Estado ainda que readaptado aos novos tempos terá a necessidade de manter-se forte, sobretudo para controlar, por via legislativa, os grandes problemas do séc. XXI". Leitura que o levou a ensinar que "quando os neoliberais se referem a "menos estado", seria mais apropriado falarem em 'Estado diferente'", uma vez que este "não conseguirá se desvincular totalmente dos seus encargos sociais, pois sempre hão de existir pessoas carentes que necessitarão da ajuda estatal" (BASTOS, 2003, p. 28).

Revendo os modelos acima em seus traços teóricos essenciais, identifica-se que o grau de intervenção do Estado acompanha a realidade do contexto fático socioeconômico. A ruptura de um modelo em direção a outro impôs a modificação e a evolução do papel do Estado. E os analistas observaram que nem Estados liberais (e neoliberais) e tampouco os intervencionistas são suficientemente ideais (ou eficientes) para enfrentar problemas sociais como o desemprego, a miséria e a desigualdade social, uma vez que os diversos modelos isoladamente aplicados não proporcionam o desenvolvimento e a redistribuição de renda, antes fomentando a concentração de riqueza.

Nessa quadra de ideias e necessidades históricas surge a teoria desenvolvimentista, que preconiza, a partir da reestruturação da atuação do Estado e da redefinição de sua ação planejadora no plano jurídico e não macroeconômico (intervenção enquanto regulação e não direta na atividade econômica), a imprescindibilidade do equilíbrio entre elementos próprios de Estados intervencionistas e liberais capaz de promover o desenvolvimento econômico a partir do desenvolvimento humano.

Conforme os desenvolvimentistas, a regulação da economia deve buscar o "desenvolvimento consistente num processo de conhecimento social que leve à maior inclusão social possível, caracterizando algo que possa ser apontado como democracia econômica", um direito fundamental do indivíduo. As teorias desenvolvimentistas sustentam que processo de desenvolvimento depende de instituições e valores, por exemplo, inserindo valores éticos no raciocínio econômico, como defende Amartya Sen – revisão ética do conceito de racionalidade econômica. O novo Estado desenvolvimentista - e regulador da economia – intervém visando à redistribuição, pela universalização de serviços, por exemplo. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 30-33 e 40-42).

Feita essa sucinta incursão na historicidade dos modelos econômicos de Estado, passa-se a responder àquelas indagações específicas quanto ao modelo econômico brasileiro desenhado na Constituição de 1988, cujas principais normas inerentes à relação Estado-economia encontram-se nos artigos 1º, 3º, 170, 173 e 174 (BRASIL, 1988).

Conforme foi visto, a Carta de 88 adota o sistema econômico capitalista, o modo de produção do capitalismo; porém, não em sua concepção pura e compatível com o Estado minimalista, do laissez-faire, e imanente ao liberalismo econômico igualmente clássico. Na contemporaneidade, o capitalismo deve ser considerado como modelo abstrato, pois o sistema em vigor é o da economia mista, um

sistema econômico híbrido que mescla políticas econômicas capitalistas e com vertente socialista. E assim o é porque os modelos econômicos de Estado não são mais divididos entre interventores e absenteístas.

É o que assentou Oscar Dias Corrêa (*apud* Tavares, 2003, p. 45): "[...] da mesma maneira que o liberalismo político é, hoje em dia, doutrina intervencionista, em maior ou menor escala, o capitalismo é socialista, em maior ou menor escala". Em outras palavras, "[...] as economias guiadas por governos comunistas abrem mais espaço à inciativa privada, caracterizando um "**socialismo de mercado**" ou "**capitalismo de estado**"; regime político comunista com economia de mercado [...]". (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 5, grifo do autor).

Oportuna a explicação dada por outro constitucionalista, Raul Machado Horta (2003, p. 260-261):

> Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambiguidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo, dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembleia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a **concepção heteróclita** da Ordem Econômica. (HORTA, 2003, p. 260-261, grifo do autor)

Das normas da Lei Maior brasileira, especialmente daquelas que compõe a *Ordem Econômica*, não se infere que o Estado brasileiro é meramente subsidiário e não- interventivo na atividade econômica, antes, dela não se pode concluir senão a constituição de um Estado Social. Por certo, não exatamente nos mesmos moldes do *Welfare State* colocado em prática no início do século XX. Distinção que se há de fazer porque a concepção do próprio modelo neoliberal é outra. E nesta senda é oportuníssimo o discurso atualizado do professor Fábio Ulhoa Coelho (2018, p. 21-22 e 257):

> Numa palavra, constata-se que o estado capitalista está procurando readquirir um perfil liberal.
> Penso, contudo, que há limites para esse processo de redução da participação do estado na economia. É improvável que retornemos ao modelo pré-1929, ano da grande crise capitalista, que forçou os mais tradicionais governos liberais a abandonarem políticas de não-intervenção. Mas a tendência, em todo o mundo, é a de desarticulação do estado do bem-estar social, onde ele existe, e a paralisação ou reversão do processo de sua criação, nas economias que o ensaiavam.
> [...]
> Abstraindo os discursos políticos e suas rotulações simplificadoras [...] conceituo neoliberal como o modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre-iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve ser compatibilizar.
> [...]
> Ao delinear o perfil da ordem econômica com o traço neoliberal, a Constituição, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção me circulação dos bens e serviços, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresário comumente desrespeita.

Entendimento do qual não discrepa André Ramos Tavares (2003, p. 126-127) ao

confrontar os textos das Constituições brasileiras de 1967 e de 1988:

> Tendo em vista que a Constituição de 1967, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional 1, em 1969, serviu de base para um amplo intervencionismo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança nessa concepção econômico-intervencionista do Estado, estabelecendo um regime bem mais liberal do que o anteriormente vigente, reiterando a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada, baseada, pois no mercado.
> Nas palavras de Oscar Dias Corrêa, 'o regime instaurado na Constituição de 1988 se funda em princípios marcadamente neoliberais, neocapitalistas'.

Outra é a posição adotada por Eros Roberto Grau (2003, p. 265-267):

> A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. [...]
> A ordem econômica na Constituição de 1988 – digo-o – postula um modelo de bem-estar.

No caso brasileiro, o Estado é sim garantidor da liberdade empresarial e do livre mercado, porém, não é subsidiário e não atua como mera agência de fomento financeiro do empreendimento privado. A ordem econômica da Carta de 88 confere ao Estado a titularidade de vários serviços (públicos), exploráveis direta ou indiretamente; institui monopólios estatais; impõe o combate à concorrência ilícita (intervenção no mercado); condiciona o exercício do direito de propriedade (inclusive dos bens de produção – a empresa) ao interesse social (função social); e incumbe-lhe da implementação de políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais, a pressupor que a prestação por entidade privada (não vedada) ficará sujeita à atuação ou intervenção estatal.

A Constituição Econômica edificada em 1988 é dirigente e programática e do seu texto se infere a nítida **intensificação dos princípios sociais** (justiça social, dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades) em relação aos alusivos ao modelo econômico liberal (livre-iniciativa), direcionando o comportamento do Estado (e da sociedade civil) à finalidade de realizar os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito. Cuida-se de conclusão compatível com a percepção de Paulo Bonavides (2007, p. 62): "[...] liberalismo de nossos dias, se realmente democrático, não poderá ser o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade".

Portanto, em suas decisões políticas econômicas - interventivas ou não - o Estado brasileiro deve guiar-se segundo os valores inerentes ao princípio de justiça social e econômica, buscando maximizar a inclusão social e a concretização da democracia econômica.

Direito Econômico. Análise Econômica do Direito e a inviabilidade da sua utilização na versão puramente liberal no Brasil da atualidade.

> *A meu ver, a economia moderna empobreceu-se substancialmente em razão da distância que se abriu entre economia e ética.* (SEN, 1992)

A historicidade a respeito da relação Estado-economia revela que acontecimentos entre a metade do século XIX e o início do XX (primeiro pós-guerra e a crise de 1929, principalmente) conduziram à mutação do papel do Estado no domínio econômico, ao tempo em que propiciou o desenvolvimento de um ordenamento jurídico destinado a regular a intervenção estatal na economia (mais do que isto, dirigir e disciplinar - direta ou indiretamente - a atividade econômica), o Direito Econômico (BAGNOLI, 2017, p. 37-38), que, assim, considera-se o resultado da imbricação entre mercado e Estado e da multiplicação de normas legais para viabilizar a execução da política econômica. (NUSDEO, 2001, p. 204-205).

O marco temporal do surgimento do Direito Econômico coincide com o início do século XX, conforme a pontual a narrativa de Paula A. Forgioni (2016, p. 77-80):

> Assim, muito embora sempre se tenha verificado a atuação do Estado na economia, a partir do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar crises.
>
> Essa atuação do Estado, incentivada pela teoria econômica da época (principalmente pelas ideias de Lord Keynes) e pela Igreja Católica (pregando que ao Estado caberia promover o bem-estar social), transmuda-se em disciplina jurídica da atividade privada, com a implementação de políticas públicas.
>
> Nesse contexto os teóricos identificam o nascimento do direito econômico como um ramo do direito: "o conjunto de técnicas jurídica de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica".

João Bosco Leopoldino da Fonseca (2017, p. 5-8) também se dedica ao tema, e subsidiado nas lições de Gérard Farjat credita o surgimento do Direito Econômico à concentração capitalista, um fenômeno que deu etmo ao poder econômico privado e o estimulou a rivalizar com o poder estatal. O autor, assim como outros juristas, faz referência às Constituições do México e da Alemanha - Weimar - enquanto resposta no plano do direito positivo às novas exigências de um novo instrumento estatal eficaz e eficiente para dirigir a nova realidade econômica e social.

Fábio Konder Comparato anota que "a concepção de um direito econômico ganha novo impulso após a segunda guerra", mostrando-se mais acertada "a vertente que o concebe como uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas". O professor das Arcadas o define como sendo um "conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica", passando a constituir "a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja ele centralizado ou descentralizado". (2012, p. 37-52).

Outro jurista que se dedica ao tema, Celso Ribeiro Bastos (2003, p. 51-55) compreende o Direito Econômico enquanto "ramo autônomo que se destina a normatizar as medidas adotadas pela Política econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia". O posiciona enciclopedicamente como ramificação do Direito Público, mas adverte que deve ser considerado uma unidade autônoma para efeitos de interpretação, estudo e elaboração de suas normas, sem embargo da interpenetração a outros ramos do Direito.

Esses elementos do Direito Econômico permitem inferir que a sua finalidade é realização da justiça por meio das políticas econômicas, ou seja, trata-se de uma disciplina jurídica com manifesta função instrumental que no caso de países periféricos (de modernidade tardia, em desenvolvimento) como o Brasil, "tem a tarefa de transformar as estruturas econômicas e sociais, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento, superar a sua condição periférica". (BERCOVICI, 2009, p. 517).

No ponto, cumpre lembrar que este trabalho não se ocupa da definição e análise de quais programas, ações ou técnicas são

adequados à implementação de uma política econômica destinada a cumprir as promessas da Constituição Econômica, nem muito menos discorrer sobre as medidas aptas à reestruturação do Estado econômico e social. Esta messe deve ser executada noutra seara[4]. Não obstante, diga-se que o Direito Econômico brasileiro tem assento na Constituição Federal (artigos 1º, 3º e 170), que, como foi visto, traz os valores necessários à revisão ética de que cuida Amartya Sen e a base para os princípios e as mudanças valorativas profundas reclamadas por Calixto Salomão Filho, necessárias à reestruturação da intervenção estatal.

Numa sequência cronológica do estudo da relação Estado social-economia, se destaca uma reação à compreensão, utilidade e eficiência do Direito Econômico. Cuida-se da Análise Econômica do Direito (AED), que pode ser definida como a aplicação da teoria econômica e de seus métodos no exame do direito - da formação (debate legislativo) à aplicação (debate judicial) - e das instituições jurídicas.

Luana Renostro Heinen (2012, p. 1-2) aponta o surgimento da AED:

> O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) iniciou-se na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950, com orientação marcante do economista Aaron Director que buscava aplicar insights econômicos a casos legais em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial. Já a partir de 1960, iniciou-se a nova escola da AED – hoje reflete o núcleo central de trabalho da Escola de Chicago – que passou a estudar âmbitos do direito não estritamente relacionados com a economia como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, também, regras de Direito Penal e Processual. Essa segunda fase é particularmente marcada pelos trabalhos de Ronald Coase sobre os custos de transação.
>
> Richard Posner insere-se nessa segunda fase da escola e foi responsável, juntamente com Gary Becker, pela grande disseminação da proposta da AED nos meios jurídicos.

A mesma indicação de Alejandro Alvarez (2006, p. 49-51):

> Na década de 70, em contraposição à visão predominante na teoria jurídica e do utilitarismo, surgem três tendências ou movimentos intelectuais, quais sejam, Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, Critical Legal Studies (CLS) ou Escola Crítica do Direito sob a perspectiva política, e as teorias denominadas "rights-based" que englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política por autores como Rawls, Nozick e Dworkin e cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.
>
> [...]
>
> Tendo início nos trabalhos de Ronald H Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, n. 3 (1960), em que analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar11, e de Guido

[4] Para aprofundamento do tema, sugere-se a obra do professor e jurista Calixto Salomão Filho: Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

> calabresi, Some Thougts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal, vol. 68 (1961), em que sob a ótica da teoria econômica examina a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos.
> [...]

A discussão a respeito dessa polarização é atual, faz parte do mundo contemporâneo, especialmente em países periféricos, afinal, as ciências jurídica e econômica buscam diferentes objetivos (propósitos): a realização da justiça e a eficiência da atividade econômica (maximização de ganhos e minimização de custos), respectivamente. É daí a afirmação de George Stigler:

> Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito. [...]. É profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas" (1992, p. 462-463).

A AED toma como ponto de partida que a Economia é útil para a análise e aplicação do Direito, na medida em que se as normas jurídicas são avaliadas segundo o grau de facilitação do uso de recursos escassos, na verdade está-se avaliando algo que terá efeito em toda a sociedade (por exemplo, a maximização dos resultados num ambiente de escassez). Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 666) anotam que:

> Toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças que comportamentais adotadas pelos interessados em respostas aos estímulos. A Análise econômica do direito insere-se entre as filosofias consequencialistas (fazer o que produz consequências as mais desejáveis), cuja expressão mais conhecida é, sem dúvida, o utilitarismo.

A proposta da AED é interessante, não por rejeitar a ideia de autonomia da ciência jurídica, mas porque abre o discurso jurídico à realidade social (integrando ciências econômica e jurídica para superar os limites do formalismo – jurídico) ao propor a perspectiva da ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico e por "colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas". (ALVAREZ, 2006, p. 53-55).

Movimento intelectual, a AED pode ser considerada um método de abordagem que conta com diferentes tendências (vinculadas a diferentes concepções de economia e metodologias de trabalho), dentre as quais se destaca a Escola de Chicago, que "se propõe a descrever o fenômeno jurídico (normas, decisões judiciais, relações jurídicas, etc.) a partir de mecanismos fornecidos pela economia neoclássica" e tem entre os seus expoentes Richard Posner, considerado aquele que deu novo impulso a AED na década de 1970 com o artigo Economic Analisys of Law, consolidando-a. (HEINEN, 2012, p. 1-3; ALVAREZ, 2006, 53-55).

De se anotar que o desenvolvimento da AED se dá concomitantemente à estruturação do pós-positivismo, mesmo marco filosófico do novo direito constitucional -neconstitucionalismo. A teoria crítica do direito (representada principalmente pela Escola de Frankfurt)

fundamentava-se na premissa de que "o Direito" poderia não estar integralmente contido na lei, encontrando condições de existir independentemente do reconhecimento expressão pela estrutura de poder, da bênção estatal. O pós-positivismo não concebe o Direito desconectado da filosofia moral e política e contesta a sua separação da moral e da política; a doutrina pós-positivista se inspira na teoria da justiça, na razão prática e na legitimação democrática, empreendendo, assim, uma leitura moral da Constituição. (BARROSO, 2013, p. 253-271).

Uma alternativa ao neoconstitucionalismo na superação do positivismo, o realismo jurídico coloca em relevo a eficácia do Direito mais do que a justiça ou a validade (BOBBIO, 2001, p. 62), conferindo, pois, especial consideração à eficácia da norma jurídica e, assim, deslocando a discussão da Teoria do Direito para os efeitos práticos produzidos pela norma jurídica. Nesse contexto e sob a influência do realismo jurídico é que se desenvolve o método da análise econômica.

A AED recebe críticas, seja por conta do imperialismo econômico que submete a complexidade das dimensões da sociedade à racionalidade econômica, sem demandar um acompanhamento político que subordine os resultados econômicos a objetivos humanos e sociais; seja porque o princípio da racionalidade econômica, ainda que justificável, não pode ser assumido como valor absoluto (o que poderia levar a que um subsistema econômico total subordinasse os demais subsistemas e desvirtuasse seus valores); seja porque afasta a primazia da ética em face da política e economia, sobrepondo os imperativos e os cálculos da racionalidade econômica às exigências fundamentais da razão ética. Os críticos dizem, ainda, que a priorização da eficiência na Análise Econômica do Direito leva a que a lei seja uma variável instrumental desenhada para maximizar a riqueza, e que, tendo em vista o seu caráter técnico-racional, as decisões econômicas não deveriam ser confiadas aos juízes, porquanto carecem de treinamento e informação adequada. (ALVAREZ, 2006, p. 49-68).

Nessa quadra, tem-se por oportuno citar a análise empreendida por Luana Renostro Heinen (2012, p. 14-16) às mudanças na postura de Richard Posner após a crise econômica de 2008, que, segundo a autora, "de defensor do livre mercado e sua autorregulação, após a crise se tornou um keynesiano, reconhecendo as limitações da análise microeconômica". Antes da crise, Posner, argumentando com o realismo, defendia que o liberalismo e os Estados com livre mercado eram mais eficientes e prósperos, compreensão (sobre a economia, os economistas e as possibilidades de um mercado eficiente) que a realidade de 2008 desmontou. Posner considerou a crise como uma "depressão" resultante das baixas taxas de juros no início dos anos 2000 (contribuíram para que as pessoas realocassem as suas economias em casas e ações, investimentos que, com a subida dos preços, pareciam cada vez mais atraentes) e do movimento de desregulamentação iniciado em 1970 (iniciada no setor industrial acabou por chegar ao financeiro-bancário, permitindo aos bancos assumirem riscos excessivos). Por fim, diz a autora citada que a crise financeira fez o jurista norte-americano, representante da escola da AED, adotar uma perspectiva keynesiana (intervencionista) e acordar para outras possibilidades interpretativas que não um modelo simplista de escolha racional para explicar fenômenos e relações econômicas.

Numa conclusão preliminar, pode-se dizer que a neutralidade ou o desengajamento do Estado é fruto de políticas econômicas de matriz liberal e neoliberal, e a AED informa políticas econômicas com essa característica.

Em países periféricos como Brasil a economia não prescinde da presença do Estado. Ora, o capitalismo empregado sob um signo neoliberal não apenas não trouxe o tão prometido desenvolvimento socioeconômico como mantém um estado perene de desigualdade social e pobreza causadas pela má distribuição de renda (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 23), que se dá num ambiente de livre mercado, sem a atuação reguladora ou mesmo controladora do Estado.

Bem ilustra essa situação fática a relação paradoxal entre produto interno bruto (PIB) brasileiro, entre os maiores do planeta, e o índice de desenvolvimento humano (IDH), que coloca o país em posição vergonhosa. No Relatório de Desenvolvimento Humano - Ranking IDH Global 2014, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil ocupa a 75ª posição (PNUD, 2015), enquanto que o registrou, no mesmo ano, o valor de R$ 5,689 trilhões. (BACEN, 2014).

As decisões econômicas, privadas e estatais, não vêm impregnadas dos valores

declarados programaticamente na Constituição brasileira de 1988. Com o distanciamento do Estado o mercado, enquanto estrutura formadora de valores, põe seus esforços apenas na eficiência alocativa.

Mas se os Estados globalizados são capitalistas - sistema indissociável de um grau de liberdade econômica – como conciliar justiça social e livre iniciativa? Dirá Amartya Sen (1992), que a economia moderna deve ser aproximar da ética (dos valores humanos e sociais) a fim de enriquecer-se substancialmente. Genericamente requer-se a humanização da Economia.

Uma corrente que busca de alguma forma impregnar a economia liberal-capitalista de tais valores é o *capitalismo humanista*, que busca garantir a concretização de direitos humanos. Contrapondo-se à AED, a teoria empreende a análise jurídica do regime capitalista segundo a perspectiva dos direitos humanos - de concretização da dignidade da pessoa humana. Afora utilização dos preceitos normativos de justiça social explicitados na Constituição de 1988, a formulação da teoria transporta para o capitalismo uma perspectiva humanista cristã, deslocando para o Direito Econômico a Lei Universal da Fraternidade. (SAYEG; BALERA, 2011, p. 25).

Entrevistado, o próprio SAYEG (2010) resumiu a teoria do capitalismo humanista, uma proposta para a crise econômica mundial:

> Pretende, então, essa filosofia, a aplicação de um novo olhar na regência jurídica da economia, elevando o mercado daquela conhecida e mítica condição de selvagem e desumano a uma economia humanista de mercado, mediante a respectiva concretização universal dos direitos subjetivos naturais consistentes nos direitos humanos em todas as suas três dimensões subjetivas – da liberdade, da igualdade e da fraternidade – em prol de todos e de tudo, na correspondente satisfatividade do direito objetivo inato da dignidade da pessoa humana na realização das respectivas dimensões objetivas da democracia e da paz. Isso efetivado por uma perspectiva do realismo jurídico, além das cortes constituídas para o tribunal da Humanidade, que proclama o espírito objetivo do planeta, em uma reviravolta pragmática em prol do Homem, de todos os Homens e do Planeta; síntese da conjugação do neojusnaturalismo tomista antropofilíaco culturalista com o neopositivismo. Portanto, tendo como síntese um realismo jurídico humanista e, assim sendo, um pensamento pósneopositivista [sic], ora batizado de jus-humanismo, consagrador de um Planeta Humanista de Direito, que venho analisando por tantos anos quanto aos aspectos jurídicos do capitalismo.

Conforme essa teoria do capitalismo humanista, a aplicação da AED no Brasil é possível desde que adaptada ao modelo de economia social de mercado, fora, portanto, daquele padrão da Escola de Chicago, que, como foi visto, para além de contribuir em algum modo (desregulação do mercado) para a superveniência de crises econômicas, não se apresenta como um sistema apto a debelá-las.

A escolha (democrática) em 2018 pela economia de mercado, neoliberal. A liberdade econômica frente aos efeitos da pandemia da COVID-19.

Em 2018, tempo de escolhas para todos os brasileiros, ano de eleição presidencial, talvez a mais concorrida e polarizada no pós-88, o então candidato Jair Bolsonaro pregava uma agenda, segundo ele, liberal, com um menor protagonismo estatal, defesa de privatizações, e desestatizações, apoiada por aquele que viria a ocupar o Ministério da Economia, Paulo Guedes.

Em outubro de 2018, o mesmo foi eleito para a Presidência da República. Discurso conservador, pautas ligadas a chamada direita, tanto na vertente econômica quanto na social.

Valendo-se do lema "Mais Brasil, menos Brasília" (uma forma de descentralizar e dar mais autonomia aos Estados e Municípios), foram anunciadas privatizações, desestatizações e reformas econômicas. A Reforma da Previdência foi aprovada em 2019.

Outra medida importante e que significou um cumprimento de proposta de campanha foi a aprovação da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, a Lei da Liberdade Econômica (LLE), que trouxe normas instituidoras de princípios orientadores da sua aplicação, dentre os quais o da "intervenção subsidiária e excepcional do Estado, sobre o exercício de atividades econômicas" (artigo 2º), e da declaração de direitos de liberdade econômica, protetivas da livre iniciativa, do livre exercício de atividade econômica e da liberdade de precificação (artigo 3º). (BRASIL, 2019).

Dispondo sobre a limitação à intervenção estatal na economia/atividade econômica, a novel legislação intensifica a liberdade de empresa e se põe como um parâmetro hermenêutico sobre a intervenção;

Criticada por alguns, elogiada por outros e já impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, a LLE busca informar particulares e o próprio Estado (notadamente o Judiciário, um de seus destinatários) acerca do modelo econômico que se busca implementar: liberalismo econômico e atuação subsidiária do Estado.

Ocorre que, no início deste ano, quinze meses após completado um ano do novo governo, identificou-se a pandemia da COVID-19 e seus efeitos econômicos passaram a ser sentidos em todo o planeta, nas economias centralizadas (forte presença do Estado) e nas descentralizadas (liberais, de mercado), e a necessidade de forte intervenção (socorro) do Estado na atividade econômica - e na área social - foi de encontro ao plano liberalista-econômico brasileiro e ao sistema liberal estabelecido em outras economias.

O novo e inesperado contexto forçou o redimensionamento da relação Estado-economia (atividade econômica). Tomando emprestado o poema *No Meio do Caminho*[5], de Carlos Drummond de Andrade, pode-se dizer que no caminho da empreitada neoliberal brasileira há uma pedra, a pandemia da covid-19 e seus efeitos políticos, jurídicos e socioeconômicos deletérios, os quais mudarão a sociedade e se arrastarão por algum tempo, desafiando as diversas relações humanas, pessoais, negociais, econômicas, e as instituições públicas e privadas.

Ainda nervosos, inquietos, desconfiados e inseguros, os mercados já não querem o afastamento do Estado, cuja presença (visível) clama-se não de modo subsidiário e somente na esfera social. Trilhões de dólares e euros e bilhões de reais foram - e serão - destinados aos agentes econômicos, sem prejuízo da implementação de programas de transferência de renda aos mais vulneráveis.

O (novo) contexto socioeconômico dos períodos pandêmico e pós-pandemia da COVID-19 apontam para a ineficácia social e a inaptidão do guia hermenêutico trazido com a LLE brasileira.

Por sorte o povo brasileiro tem a Constituição Econômica de 1988, que, fundadora de um Estado Social e Democrático de Direito no qual se adota um capitalismo abstrato, misto e não exatamente estatal, e forte em normas programáticas orientadas por princípio de justiça social, impõe ao Estado atuar e intervir, como agente econômico se preciso for, para assegurar o mínimo em dignidade humana.

CONCLUSÃO

Se por um lado ao Estado brasileiro cumpre assegurar a liberdade empresarial e do livre mercado, por outro, não é subsidiário e não atua como mera agência de fomento financeiro do empreendimento privado. É o que decorre da Constituição Econômica edificada em 1988 que, dirigente e programática, impõe ao Poder Público e dirige à sociedade civil (agentes econômicos especificamente) realizar a justiça social e seus valores éticos. Está-se diante de um diploma que edifica um Estado social não incompatível com ideias neoliberais se coloridas com os elementos que conduzam à democracia econômica, à maior inclusão social possível.

Assim, a produção, interpretação e aplicação de normas jurídicas não cabe ser informadas pelo método da Análise Econômica do Direito, de matriz liberal-neoliberal, sobretudo em países periféricos como Brasil em que a economia não prescinde da presença do Estado. Com efeito, as decisões econômicas devem vir impregnadas dos valores declarados

[5] O poema ***No Meio do Caminho*** é uma das obras-primas de autoria do escritor brasileiro Carlos Drummond de Andrade. Os versos, publicados em 1928 na Revista de Antropofagia, abordam os obstáculos (pedras) que as pessoas encontram na vida.

programaticamente na Constituição brasileira de 1988 e não na eficiência econômica, ainda que se tenha como sistema econômico o capitalismo.

Uma solução para a convivência (senão conciliação) entre justiça social e livre iniciativa (aproximando a economia moderna ética dos valores humanos e sociais) é apresentada pela teoria do capitalismo humanista, que empreende a análise jurídica do regime capitalista segundo a perspectiva dos direitos humanos, de concretização da dignidade da pessoa humana. Autoconsiderada pós-neopositivista e realista jus-humanista, contrapõe-se à AED da Escola de Chicago e diz-se compatível com o regime liberal-capitalista.

Na esteira das transformações político-econômicas porque passava a sociedade globalizada, a democracia brasileira escolheu um governo federal de discurso econômico-liberal. Na esteira da rejeição aos governos pretéritos e apoiado por setores importantes da economia (a indústria e o agronegócio), promessas de campanha eleitoral começaram a ser cumpridas com o apoio do Parlamento, duas delas dignas de nota: a Reforma de Previdência a Lei da Liberdade Econômica. Esta, no entanto, porque instrumento de implementação do liberalismo econômico e da atuação subsidiária do Estado, chocou-se com a realidade imposta pela pandemia da COVID-19 e seus efeitos econômicos, exatamente em face da necessidade imediata e de forte da intervenção do Estado na atividade econômica e na área social, tanto em economias centralizadas quanto nas descentralizadas.

O (novo) contexto socioeconômico dos períodos pandêmico e pós-pandemia da COVID-19 apontam para a ineficácia social e a inaptidão do guia hermenêutico trazido com a LLE brasileira.

A sociedade brasileira socorre-se daquele documento fundamental, cujas normas aparentemente paradoxais, dirigentes e programáticas, fundam - pretender fundar - um Estado Social e Democrático – notadamente segundo viés econômico. Feliz o povo que tem em sua Carta a Ordem Econômico heteróclita, eclética ou multifacetada, base para a concretização da justiça social e a produção e aplicação do Direito Econômico compatível com o contexto factual de crise econômica e humanitária.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *In:* Direito, **Estado e Sociedade**. v. 9, n. 29, p. 49-68, jul/dez 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. *In:* SADER, E. ; GENTILI, P. (orgs.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23. Disponível em: http://www.unirio.br/unirio/cchs/ess/Members/giselle.souza/politica-social-ii/texto-1-balanco-do-neoliberalismo-anderson. Acesso em: 07 out. 2020.

BAGNOLI, V. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório Anual 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pec/boletim/banual2014/rel2014p.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

BASTOS, C. R. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2003.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERCOVICI, G. O Ainda Indispensável Direito Econômico. *In:* BENEVIDES, M. V. M. ; BERCOVICI, G.; MELO, C. (orgs.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fabio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 503-519.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariano Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, P. **Do estado social ao estado liberal**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

COMPARATO, F. K. **O indispensável direito econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 37-52, 2012.

CRUZ, C. L. S.; MAIA-PIRES, F. O.; LUPETTI, M. **Glossário Terminológico da COVID-19**. Brasília: UNB, 2020. Disponível em: https://covid19.lexic.com.br/. Acesso: 10 out. 2020.

FONSECA, J. B. L. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEINEN, L. R. **A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. In: Direito e economia [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPED/UFF. Coord. Sônia Barroso Brandão Soares, Giovani Clark, Felipe Chiarello de Souza Pinto. Florianópolis. FUNJAB, 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uff.php. Direito e Economia, 2012. Acesso em: 10 dez 2019.

HORTA, R. M. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACKAAY, E.; ROUSEAAU, S. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINAYO, M. C. S. (org.). **Pesquisa social:** teoria, método e criatividade. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

NUSDEO, F. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASTORE, A. C.; PINOTTI, M. C. **Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19**. *In*: CARVALHOSA, M.; KUYVEN, F. (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PNUD Brasil. **Relatório de Desenvolvimento Humano:** Ranking IDH Global 2014. 2015. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html. Acesso em: 10 out. 2020.

SALOMÃO FILHO, C. (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, C. **Teoria crítico estruturalista do direito comercial**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SAYEG, R. H. Capitalismo Humanista – Uma proposta para a crise econômica mundial. **Jornal Estado de Direito**, São Paulo, ano IV, 27.ª edição, 2010. Disponível em:

http://estadodedireito.com.br/20033-2/. Acesso em: 10 out. 2020.

SAYEG, R. H.; BALERA, W. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

SEN, A. Comportamento econômico e sentimentos morais. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 25, abr., 1992, p. 103-130. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 out 2020. DOI: https://doi.org/10.1590/S0102-64451992000100005

STIGLER, G. Law or Economics?. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 35, n. 2, oct., p. 455-468, 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VASCONCELLOS, M. A. S.; GARCIA, M. E. **Fundamentos de economia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.