

O CARÁTER CONTRAFACTUAL DA ORDEM ECONÔMICA LIBERAL

LIBERAL ECONOMIC ORDER AND ITS COUNTERFACTUAL ASPECTS

Frank Romualdo Reche Maciel¹

RESUMO

Analiso criticamente a definição que Eros GRAU (2017) oferece para a ordem econômica liberal. Parto especialmente dos pressupostos do próprio autor e, à luz da bibliografia revisada, ofereço soluções alternativas para os problemas que restam abertos a partir daquela crítica. Concluo que os equívocos do autor consistem em: conceber aquela ordem como período na história da regulação jurídica da economia capitalista; conceber que, sob ela, Estado e Direito limitavam-se a meramente retratar a realidade fática econômica previamente existente. Alternativamente, concluo que se deve concebê-la, assim como a ordem econômica intervencionista, como tipos ideais ou modelos úteis para compreensão da regulação jurídica do capitalismo, em que aquelas ordens sempre conviveram, embora prevalecendo uma sobre a outra, a cada período; e que retratavam não a realidade, mas um ideal jusnaturalista de realidade, conforme concebido pelos primeiros economistas, a que o capitalismo realmente existente nunca correspondeu, de fato. Justifico este estudo a partir da necessidade de superar ideias presentes na Dogmática que comprometem o papel do Direito e do Estado frente a economia. Nesse sentido, aponto, contrariamente à defesa ideológica da ordem econômica liberal, que tal ordem não é menos contrafática do que a ordem intervencionista.

Palavras-chave: Ordem econômica; Liberalismo; Intervencionismo.

ABSTRACT

I criticize the definition Eros GRAU (2017) offers to the liberal economic order. I start from the author's own assumptions and, based on the revised bibliography, I propose alternative

¹ Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2012), Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2014) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2019). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, atuando principalmente nos seguintes temas: crimes econômicos e infrações administrativas econômicas. É advogado, inscrito na OAB/PR sob o nº 63.514. Email: rechemaciel@gmail.com

answers to the problems that remained opened after that criticism. I conclude the author's mistakes consist of: conceiving that order as a period in the regulatory history of the capitalist economy; conceiving that, under that order, the role of the State and of the Law were limited to portraying the preview existing economic reality. Alternatively, I conclude that order should be conceived, as well as the interventionist economic order, just as models for understanding the legal regulation of capitalism, in which both orders always coexisted, although eventually one prevails over the other; and I conclude that order was not a portrayed reality, but an ideal of reality, conceived by the natural law philosophy and expressed by the first economists; an ideal that never really corresponded the existing capitalism. I hope this paper helps to overcome ideas that oblique the role of Law and of the State in shaping the economy. So contrary to the ideological defense of the liberal economic order, I conclude it is no less counterfactual than interventionist order.

Keywords: Economic order; liberalism; economic interventionism.

INTRODUÇÃO

Em “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, de Eros GRAU (Grau, 2017), creio que se encontra uma das mais extensas revisões bibliográficas de que se dispõe no Brasil sobre o tema da “ordem econômica” e outros afins. Esse texto, que julgo fundamental para formação no assunto, sempre me revela novas contribuições a cada nova (re)leitura, mas também equívocos, frequentemente inconsistentes com os próprios pressupostos do autor. Neste artigo, tratarei de alguns desses equívocos.

Raramente haverá uma abordagem teórica da “ordem econômica” que não se ocupará, igualmente, de abordar as “ordens econômicas” concretas e, especialmente, a “ordem econômica liberal” e sua sucessora, a “ordem econômica intervencionista”. A própria incorporação da expressão “ordem econômica” no vocabulário dos juristas e do Direito positivo estatal ocorreu justamente quando juristas e legisladores se deram conta da passagem de uma à outra (Grau, 2017, p. 62), o que já indica a importância do estudo das “ordens econômicas” concretas para o tema em geral.

Aqui, em particular, tratarei justamente da concepção de “ordem econômica liberal” que aparece em Eros GRAU. Foi aí que encontrei equívocos orbitando as teses de que a: (1) “ordem econômica” — *i.e.*, um conjunto de normas jurídicas dedicado a regular a economia — correspondeu a um período na história da regulação jurídica da economia

capitalista, depois sucedida pela “ordem econômica intervencionista” no início do século XX; (2) à diferença desta ordem intervencionista, aquela circunscrevia o papel do Estado e do Direito ao de meramente retratar a realidade econômica então existente, não se atrevendo a querer transformá-la ou aprimorá-la, como fez sua sucessora.

No primeiro tópico, abaixo, faço um resumo expandido do caminho que o autor percorre até chegar àquelas teses sobre a ordem econômica liberal. No seguinte, aponto quais são os equívocos que julgo ter encontrado e por que os considero assim. E, nos dois últimos tópicos, proponho soluções diversas para os problemas subjacentes àqueles equívocos. A título de conclusão, enfim, sumário as pretendidas contribuições deste artigo.

Este estudo é essencialmente uma resenha crítica — no caso, da abordagem do tema naquele texto do autor — a que acrescentei minhas contribuições, que fundamento na bibliografia indicada a seguir, na tentativa de oferecer soluções alternativas e consistentes aos problemas que aquela crítica deixou em aberto. Nesta ocasião, então, não é meu objetivo analisar as concepções em geral de ordem econômica liberal, que possam estar presentes em outros autores ou mesmo em algum outro texto de Eros GRAU. Da mesma forma, não avalio em geral as possíveis soluções para os problemas que encontrei. Limito-me, por ora, a querer demonstrar soluções que julgo razoáveis.

A utilidade desta é eminentemente crítica. Pretende-se útil na medida em que procura desfazer ideias equivocadas presentes nesse campo dogmático; ideias essas que, potencialmente, ainda hoje comprometem ideologicamente o papel que juristas atribuem ao Direito e Estado frente à economia, como veremos ao longo do texto.

1. O (NÃO) PAPEL DO DIREITO NA ORDEM ECONÔMICA LIBERAL, SEGUNDO EROS GRAU

Eros GRAU aponta que a expressão “ordem econômica” é bastante ambígua e, por essa razão, seu uso é igualmente difícil. É fundamental, então, distinguir primeiramente as suas múltiplas acepções (Grau, 2017, p. 57; 63).

Vital MOREIRA, referido por Eros GRAU (2017, p. 63), aponta que o conceito de ordem econômica é empregado na bibliografia em geral com diferentes significados: (1) designa uma realidade fática, *i.e.*, determinada economia concreta de uma sociedade qualquer; (2) refere um conjunto de normas não necessariamente jurídicas a que se sujeitam os agentes econômicos, tais como normas morais e religiosas; (3) e, enfim, designa especificamente uma parcela da ordem jurídica, quer dizer, um conjunto determinado de normas jurídicas aplicáveis à economia (Moreira, 1973, pp. 67-71).

Conforme Eros GRAU, há uma nítida “feição ideológica” no emprego da expressão com aquele primeiro sentido, pela seguinte razão: quando alguém se refere à determinada economia como “ordem econômica”, apresenta tal realidade fática, uma parcela do “mundo do ser”, como “suficientemente normatizada”, “adequadamente ordenada” (auto-ordenada), “regulada” (autorregulada); pelo que essa realidade econômica prescindiria de qualquer ordenação ou regulação pelo Direito — e aí está a feição ideológica (Grau, 2017, pp. 65-66).

Ante a crítica que ele mesmo formula, seria de se esperar que o próprio autor não continuasse a fazer uso do conceito nessa acepção — mas o faz, em seguida, ao longo da exposição. É verdade que, quando isso ocorre, explicita que se refere-se à acepção fática do conceito. Porém, melhor seria nesses casos que dissesse “economia”, simplesmente. Assim, evitaria reverberar a ideologia que critica, e seria mais econômico na terminologia.

Eros GRAU insiste em que, para fins estritamente normativos, deva-se fazer uso da expressão tão somente com aquele último significado: a ordem econômica enquanto conjunto ou sistema de normas jurídicas (regras e princípios), ou parcela da ordem jurídica. Porém, entre juristas e mesmo na legislação, aponta que não é rara a confusão entre a ordem econômica como fenômeno do “mundo do ser” e enquanto fenômeno do “mundo do dever ser” jurídico (Grau, 2017, pp. 57, 64-65, 66).

Foi no início do século XX que a expressão “ordem econômica” passou a ser utilizada por juristas e, na mesma época, começou a aparecer nas legislações positivas de Estados ocidentais. Acompanhando o uso da nova expressão, tornou-se igualmente comum a tese de que, no plano jurídico, a ordem econômica liberal foi ou estava sendo substituída por uma ordem econômica intervencionista (Grau, 2017, pp. 62-63). Certa perspectiva ideológica acusava esta última, em benefício daquela, de “perverter” a realidade econômica. Enquanto a primeira se limitaria a referendar e reforçar uma realidade econômica que seria natural e

espontânea, a segunda, por querer transformar tal realidade econômica, praticaria uma perversão do natural em prol do artificial (Grau, 2017, pp. 62-63).

Conforme Eros GRAU, a despeito de a expressão “ordem econômica” estrear entre juristas e na legislação apenas no começo do século XX, sempre houve nas diversas ordens jurídicas, inclusive nas mais antigas e não escritas, uma parcela de normas que se poderia designar por aquela expressão. Até mesmo porque, diz o autor, o Direito é um elemento constitutivo dos diversos modos de produção; “as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do Direito”. Nesse sentido, não surpreende que as Constituições liberais também contivessem normas que se podem agrupar sob a expressão “ordem econômica”, embora, aponta o autor, nessas Constituições fossem poucas e se limitassem a tratar da propriedade e da liberdade contratual, sendo complementadas por normas infraconstitucionais que instituíam a livre concorrência. Apesar de mínima, a ordem econômica liberal — entendida como parcela da ordem jurídica de então —, bastava para aquelas sociedades em que vigoravam, porque a ordem econômica fática, do “mundo do ser”, “não merecia reparos” (Grau, 2017, pp. 68-69).

Vimos antes que o autor rejeita a tese de que a ordem econômica liberal — enquanto fenômeno fático, do “mundo do ser” — dispensasse “qualquer” regulação jurídica; e vimos agora que, a seu ver, a regulação da qual necessitava era mínima, no entanto, se comparada àquela que a sucedeu no plano jurídico. E isso porque a ordem econômica liberal, enquanto conjunto de normas jurídicas, meramente retratava ou “recebia” a ordem econômica fática então praticada (p. 70). Era tão mínima, sugere o autor, que os juristas e o próprio Direito positivo somente se deram conta da existência de alguma ordem econômica — enquanto conjuntos de normas aplicáveis à economia —, quando aquela ordem econômica liberal já estava sendo superada (Grau, 2017, p. 69).

De acordo com o que vimos, Eros GRAU compreende que a ordem econômica (parcela da ordem jurídica) intervencionista inovou não porque, pela primeira vez, passou a existir como conjunto de normas reguladoras da economia; mas porque, à diferença da ordem anterior, inaugurou um tipo de regulação da economia distinto, não limitado a ser um diminuto retrato da ordem econômica fática, mas ampliado para transformá-la, para “predicar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser)”; e isso, acrescenta, “visando sua preservação” (Grau, 2017, p. 70). Tal objetivo de transformar a ordem econômica (fática) capitalista, nesse sentido, embora requalifique a ordem econômica (jurídica) de liberal para

intervencionista, não implica uma ruptura com a economia capitalista justamente porque o intervencionismo é feito para preservá-la (p. 71).

Embora adquiram “composturas” distintas, aponta o autor, tanto uma quanto outra são igualmente ordens econômicas; são parcelas de ordens jurídicas equiparáveis entre si pelo fato de que seus objetos, no limite, são o mesmo, *i.e.*, regular a economia — muda, apenas, o tipo dessa regulação. Levando em consideração essa reflexão, então, Eros GRAU formula o conceito jurídico de ordem econômica nos seguintes termos: “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”; ou “conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” (2017, p. 68).

O autor oferece essa definição em lugar de uma anterior, revisando-a. Antes, definia ordem econômica, na acepção jurídica, enquanto conjunto de princípios² que condiciona a atividade econômica para o alcance de determinados fins políticos do Estado. Essa definição era excludente, perceba-se, da concepção de uma ordem econômica liberal (enquanto parcela da ordem jurídica), já que esta ordem em particular, conforme o próprio autor, limitava-se a retratar a ordem econômica do plano fático, sem pretender condicioná-la, modificá-la, transformá-la. Uma outra definição, então, era necessária; uma que estivesse de acordo com esta, de Vital MOREIRA, que Eros GRAU agora endossaria: a ordem econômica (enquanto fenômeno jurídico) deve ser concebida como conjunto de normas que tanto “garante” quanto “instaura” uma determinada ordem econômica concreta (Grau, 2017, pp. 66,68; Moreira, 1974), o que permite subsumir no conceito uma ordem econômica liberal (juridicamente falando), que se limita a meramente garantir a reprodução da realidade econômica existente, em vez de instaurar uma nova.

Encerro assim o que é um resumo expandido da análise que Eros Grau faz do conceito de ordem econômica em geral e, em particular, dos conceitos de ordem econômica liberal e ordem econômica intervencionista. Agora, então, quero introduzir os questionamentos que constituem o tema deste artigo, começando por indagar se o autor está correto ou não quando circunscreve o papel do Direito, na ordem econômica liberal — enquanto parcela da ordem jurídica — ao de meramente retratar ou garantir a reprodução da economia realmente existente. Penso que não, por duas razões, uma lógica e outra histórica.

² E não ainda conjunto de normas, para abarcar também regras, e não apenas princípios.

A primeira razão, pela qual discordo do autor, é de natureza lógica. Se o papel do Direito fosse meramente o de reproduzir ou retratar a realidade fática, ele sequer seria necessário. Afinal, nesse caso, por definição, o Direito haveria de prescrever que a realidade fática deva ser exatamente aquilo que ela já é. Certamente, porém, também no contexto da economia liberal empregava-se o Direito para “corrigir” a realidade fática. Logicamente, então, o critério de correção não era dado pela realidade fática, mas por um “ideal de realidade”, esse sim retratado no Direito (positivo e estatal). O fato de que os defensores desse “ideal de realidade” lhe atribuíssem o caráter de natural e espontâneo não o privava, contudo, de seu caráter normativo — algo típico de qualquer espécie de jusnaturalismo, aliás, como recordaremos adiante, no tópico seguinte. Nesse sentido, em suma, cabe questionar, para além da suposta espontaneidade ou naturalidade dessa realidade — como questiona Eros GRAU —, também o caráter empírico dessa “realidade” — o que o autor não questiona.

A segunda razão pela qual entendo que o autor se equivoca é de natureza histórica. De início, nesse sentido, vejamos que a concepção que o autor faz do papel do Direito na ordem econômica liberal contraria seus próprios pressupostos históricos. Ele entende que o Direito será sempre um elemento constitutivo (portanto, não meramente um reflexo ou repetição) das economias concretas, e que “as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do Direito” (Grau, 2017, pp. 68-69). Contudo, ao conceber o papel do Direito, na ordem econômica liberal, como mero retratista ou reproduzidor da realidade fática, em verdade o autor contraria aquele pressuposto.

Dessa forma, também acaba sugerindo que uma coisa e outra, Direito e economia, seriam realidades inteiramente separadas. Sem prejuízo de uma distinção analítica de ambas coisas, e ainda que o Direito não se esgote neste setor ou conjunto das relações sociais dito “economia” (e vice-versa), é equivocado conceber tal cisão entre economia e Direito, outro erro que o próprio autor igualmente aponta (Grau, 2017, p. 17).

Além disso, ao sugerir a economia como realidade exterior e anterior a esse Direito que, na ordem econômica liberal, limitar-se-ia a retratar ou reproduzir tal realidade, o autor se sujeita ainda a mais uma crítica que ele próprio havia endereçado a terceiros. Aqui, ele flerta com a posição daqueles que critica como ideólogos da ordem econômica liberal. Isso porque acaba endossando a tese de que aquela realidade econômica (plano fático), sob aquela ordem econômica liberal (plano jurídico), realmente existia e se reproduzia independentemente do auxílio do Direito; ou seja, seria mesmo suficientemente normatizada

ou autorregulada, como diziam os ideológicos (Grau, 2017, pp. 65-66). Parece, então, que sua discordância em relação a estes ideólogos é no máximo de *timing*: enquanto eles insistem indefinidamente na autossuficiência normativa da realidade econômica capitalista — e, portanto, na manutenção da ordem econômica liberal no plano jurídico —, Eros GRAU não vai tão longe, por entender que, a partir de certo ponto, o Direito deve encampar uma ordem econômica intervencionista, inclusive para salvar aquela realidade econômica capitalista que, até então, passava bem sob a ordem econômica liberal.

Não se pode negar as diferenças que existem entre aquelas ordens econômicas, mas tampouco se pode sentenciar que, na ordem econômica liberal, o papel do Direito consistisse em um de importância inferior, circunscrito ao de meramente retratar ou garantir a reprodução de uma realidade econômica exterior e anterior ao Direito, em vez de se colocar a serviço de transformações da realidade fática, como ocorre na ordem intervencionista.

O Direito teve, sob a ordem econômica liberal, um papel igualmente “constitutivo”, leia-se, um papel de criação e não meramente de reprodução de relações econômicas; e isto veremos adiante, no terceiro tópico deste artigo, abordando a questão a partir de uma perspectiva menos abstrata. Antes, no próximo tópico, tratarei especificamente da questão relativa àquela “realidade” cuja espontaneidade e naturalidade os ideológicos liberais defendiam e Eros GRAU negava, a despeito de concluir que o Direito, na ordem econômica liberal, se resumisse ao papel de meramente retratar ou receber a “realidade” econômica.

2. O IDEAL DE REALIDADE REPRODUZIDO PELA ORDEM ECONÔMICA LIBERAL

Neste tópico, procuro demonstrar que a suposta “realidade” “natural” e “espontânea” a que, conforme Eros GRAU, os ideólogos liberais se referiam para reclamar um Direito (escrito e estatal) que meramente ratificasse ou reforçasse tal “realidade”, não era em verdade sequer uma realidade fática ou empírica, mas sim um “ideal de realidade”. Mais do que criticar sua suposta espontaneidade ou naturalidade — o que o autor faz —, é

necessário criticar a própria suposição de uma tal “realidade” — que o autor não critica e, ademais, acaba endossando, como vimos.

Naquele ponto de seu texto, Eros GRAU se refere, especificamente, à oposição de tais ideólogos do liberalismo à implantação de uma ordem econômica intervencionista, no início do século XX, que perverteria a existente “realidade”, ademais natural e espontânea. Por certo que, nessa altura, o liberalismo econômico (enquanto posição política ou concepção normativa) já se assentava também sobre um discurso com pretensões de ciência, *i.e.*, a Ciência Econômica. Esta, ou melhor, seus autores, desde o princípio raramente se limitaram à análise estritamente positiva ou descritiva. Os economistas, talvez mais do que quaisquer outros cientistas sociais, ainda hoje se apresentam como reformadores da sociedade, propondo como o mundo “deve ser” a partir de sua compreensão do que ele “é” (Mankiw, 2006, pp. 28-30). E muitos entre eles, ao exercerem esse papel, foram e são defensores do liberalismo econômico. Com essa finalidade, porém, enquanto pretensos cientistas não empregam, de regra, aquele vocabulário que Eros GRAU denuncia nos ideólogos do liberalismo, quando sustentavam a existência de uma realidade “natural” e “espontânea” a reclamar a manutenção de uma ordem econômica liberal, no plano do Direito (estatal e escrito). Tal vocabulário, em particular, esses ideólogos tomaram não dos economistas “cientistas”, mas sim dos primeiros economistas.

Os ares de ciência infundem os estudos econômicos na Economia clássica, ainda no século XVIII, com os fisiocratas franceses e os liberais ingleses. É a partir desse ponto, aliás, que se identifica a Economia, se não como ciência, como disciplina acadêmica autônoma. Essa Economia, contudo, era profundamente influenciada pelas doutrinas racionalistas da época, bem distantes da “cientificidade” contemporânea. E, nessa linha, estavam marcadas não só pela linguagem como pelas ideias jusnaturalistas (ou jusracionalistas) de então (Silva N. P., 2015; Paula, Cerqueira, & Albuquerque, 2007; Cerqueira, 2019; Silva M. L., 2011).

Tanto os economistas clássicos como os “científicos” prescrevem normas a partir de sua compreensão do que o mundo “é”. Compreendo que a diferença em que, enquanto estes reclamam puramente a submissão do Direito (estatal e escrito) a uma suposta realidade apreendida pela Economia — realidade perante a qual, ademais, o Direito seria simplesmente impotente (vide Foucault, 2008, pp. 384-385) —, aqueles enxergam o “verdadeiro” Direito nessa realidade, desqualificando como artificial, falso ou até “perverso” o Direito (estatal e

escrito) que estivesse em desacordo com ela e com o Direito (natural) que ela contém. Por seu turno, os economistas “cientistas” podem até acusar a ineficiência econômica do Direito (estatal e escrito), mas não o desqualificarão como “não Direito”, ou como Direito inválido porque em desacordo com um Direito natural.

A “realidade” onde os economistas clássicos ou “jusnaturalistas” enxergavam esse verdadeiro Direito era claramente uma realidade idealizada, romantizada até, e às vezes mística, como a “mão invisível” de Adam SMITH, um “resto de um pensamento teológico da ordem natural”, um “deus providencial que habita o processo econômico” (Foucault, 2008, p. 379). Seu caráter contrafático era evidente. Isso fica ainda mais claro se lembrarmos que, no tempo em que escreveram, vigoravam inúmeras ingerências do Estado na economia, típicas do chamado mercantilismo, contra a qual eles se insurgiam em obras, que, nesse aspecto, eram panfletos ideológicos e partidários de uma grande transformação social ainda a ser realizada em favor do liberalismo.

Não cabe aqui analisar como também os economistas “cientistas” engajados na defesa do liberalismo econômico, por sua vez, igualmente idealizam a realidade que embasa suas prescrições — o que fazem de um modo mais sofisticado, que principia justamente com a pretensão de fazerem “ciência” como nas ciências naturais³. No caso daqueles economistas jusnaturalistas, porém, essa idealização da “realidade” era bem evidente.

Para compreendermos o seu jusnaturalismo e a “realidade” a que se referiam para extrair suas prescrições normativas, é útil, primeiro, compreendermos em que consistiam, em geral, o jusnaturalismo e o modo pelo qual extraía do “ser” um “dever ser”.

2.1. O JUSNATURALISMO COMO EXTRAÇÃO DE “DEVER SER” A PARTIR DO “SER”

Conforme demonstra Norberto BOBBIO, não há um, mas vários jusnaturalismos, eventualmente bem diversos entre si e que foram pensados por autores de distintas épocas e

³ É lugar comum entre os adversários da chamada “ortodoxia” em Economia — o lugar dos mais ferrenhos defensores do liberalismo, entre economistas —, a crítica de que essa ortodoxia se baseia em ideais da realidade — expressos nos seus “modelos” — para prescrever as soluções liberalizantes que costuma aconselhar.

lugares ao longo de milênios, no bojo de toda a tradição que forma o saber jurídico de que dispomos hoje (1995).

O Direito positivo, modernamente, na prática sobrepujou o Direito natural em prestígio e, ademais, assumiu o significado estrito de Direito escrito posto pelo Estado, *i.e.*, as leis como as conhecemos hoje, basicamente (Bobbio, 1995, p. 119 e ss.). A despeito do rebaixamento de sua importância prática, o Direito natural obviamente continuou inspirando os legisladores, autores das leis — como exemplifica BOBBIO (1995, p. 67 e ss.) —, que, desde então, foram produzidas em larga escala, como fruto do movimento histórico em prol da redução do Direito ao Direito positivo.

Entre os diversos jusnaturalismos, cabe destacar aqui o fato de que tomam a justiça e a validade das normas jurídicas como equivalentes — e, nessa perspectiva, uma norma só é válida se justa —, sempre conceberam investigar o justo como se investigassem uma verdade e, procuraram, nessa linha, demonstrar a justiça como se demonstrassem uma verdade — daí, inclusive, o insistente recurso à “natureza das coisas”, ou à “natureza humana”, como critério de justiça. Em outras palavras, procuravam derivar juízos de valor a partir de juízos de fato, ou melhor, procuravam extrair um “dever ser” do “ser” (Bobbio, 2001, pp. 56-57).

BOBBIO ilustra esse procedimento com um exemplo que particularmente nos interessa. Ele recorda MANDEVILLE, o autor da “Fábula das Abelhas” — também intitulada “Vícios Privados, Benefícios Públicos” —, que considerava o instinto utilitário como parte da natureza humana e, com base nisso, defendia ser vantajoso libertá-lo das leis que o restringiam. MANDEVILLE, na ocasião, advogava contra as ingerências do Estado mercantilista na economia (Mandeville, 1988 [1732]).

Aquele procedimento jusnaturalista soa demasiado estranho para nós — os juristas, ao menos —, habituados que estamos em conceber o Direito — agora reduzido a direito estatal escrito — exclusivamente no plano do “dever ser”. Mas não foi sempre assim que se concebeu o Direito. Vejamos isso em um pensador antigo, para exemplificar. Recorro, então, ao filósofo antigo Fílon de Alexandria, um judeu nascido no fim do século I A.C., que viveu na cosmopolita cidade antiga que lhe dá o sobrenome e se ocupou, especialmente, de tentar conciliar a teologia judaica com a filosofia grega (ver Wright, 2012, p. 225 e ss.). Para analisá-lo, parto especificamente da revisão que dele fez Robert WRIGHT (2012). Veremos, em particular, como procurou demonstrar o universalismo das leis judaicas.

Fílon compreendia as leis judaicas como parte do *Logos*, um conceito que ele importou da filosofia grega clássica com sentido de “princípio racional do universo” e “Lei Natural para todos os homens e a matéria” (Goodenough, 1986, p. 108; Wright, 2012, p. 261), algo como as leis básicas das ciências naturais, porém também da história e sociedade humanas; e que, dadas por Deus, são imbuídas de um caráter providencial. O *Logos* intermediaria a relação de Deus com o Universo assim como, diríamos hoje, um algoritmo intermedeia a relação de um engenheiro de computação com o seu programa: o instrumento de criação e administração do Universo por Deus (Wright, 2012, pp. 260; 262-263).

Ao conceber as leis morais de seu povo — as leis reveladas a Moisés — como parte do *Logos*, Fílon as tratava não apenas como deveres impostos por Deus, mas também descrições da realidade divinamente concebida para a sociedade humana. Ao observarem tais leis, os seres humanos cooperam com a criação divina, em seu próprio benefício; e, se delas se afastam, destroem essa criação, em prejuízo de si mesmos (Wright, 2012, p. 261; 264). Perceba-se, então, como ele extrai o “dever ser” do próprio “ser”: o *Logos* descreve como todo o Universo “é” e também prescreve como “deve ser”, de acordo com aquilo que “é”. Essa ambiguidade de sentido, observa WRIGHT, desafia a moderna separação entre prescrição (“dever ser”) e descrição (“ser”), mas era muito comum nos pensadores antigos (2012, p. 264) — jusnaturalistas que eram, acrescento.

O jusnaturalismo de Fílon situava-se no meio do caminho entre um de ordem cosmológica e outro de ordem teocêntrica. Nesse sentido, os diversos jusnaturalismos são agrupados, de forma geral, em três grandes conjuntos que se distinguem um do outro pelos diferentes paradigmas filosóficos que pressupõem e que, ademais, correspondem a distintos períodos históricos. Assim, simplificando para fins didáticos, diz-se no período antigo ou clássico havia um jusnaturalismo cosmológico, no período medieval um jusnaturalismo teocêntrico e na modernidade um jusnaturalismo de ordem racionalista (Steudel, 2007).

O secularismo que imperava entre os ideólogos liberais, como MANDEVILLE, os impedia de fundamentar sua visão de como deveria ser a ordem econômica, a “regulação jurídica da economia”, exclusiva ou diretamente em Deus ou tampouco no cosmos, como o fazia Fílon; ainda assim, recorriam à “natureza das coisas” e, especialmente, à natureza humana e a sua racionalidade, para prescrever o que deveria ser a ordem econômica. É isso o que procuro demonstrar no subtópico seguinte.

2.2. O ASPECTO JUSNATURALISTA DO LIBERALISMO CLÁSSICO

À diferença dos jusnaturalismos anteriores, este que subjazia às primeiras teorias econômicas era um jusnaturalismo racionalista. Isso quer dizer que o fundamentavam no próprio homem, na sua natureza e, de acordo com isso, na razão, enquanto elemento distintivo da humanidade, tomada em si mesma como “a” fonte do direito natural⁴.

O liberalismo dos primeiros economistas é antes de tudo uma herança dessa tradição jusnaturalista, ou melhor, jusracionalista (Coutinho, 1990). Sob a economia política clássica, residia um jusnaturalismo que almejava conhecer uma natureza humana certa, universal e imutável, da qual se pudesse extrair normas que haveriam de reger a interação social, e assim compatibilizar a essência humana e a vida social (pp. 15-19). Nessa perspectiva, a “concepção de natureza humana fornece uma base segura tanto para se conhecer quanto para se prescrever” (p. 25).

Nesse sentido, vejamos isso em François QUESNAY e em Adam SMITH, aproveitando, aqui, a revisão que desses autores fazem PAULA, CERQUEIRA, & ALBUQUERQUE (2007) e CERQUEIRA (2019), dando destaque, especialmente, a como compreendiam a relação entre Direito natural e Direito positivo (estatal e escrito).

QUESNAY cria na existência de leis naturais regentes da vida em sociedade, ademais instituídas por um Ser Supremo, irrefutáveis e imutáveis. Os homens até poderiam instituir leis positivas dissonantes das leis naturais; mas pagariam por isso o preço de viver nas trevas, na desordem (Paula, Cerqueira, & Albuquerque, 2007, p. 361). Entre essas leis naturais, para QUESNAY, encontrava-se a de livre comércio e concorrência, que estabeleceria o melhor preço dos bens econômicos e, nessa linha, a maior prosperidade econômica (Deleule, 2017).

Em SMITH, o “egoísmo” — enquanto amor-próprio (*self-love*) e busca do interesse pessoal (*self-concern*) — é uma inclinação natural da humanidade; a natureza, nesse sentido, aconselha o cuidado de si mesmo em primeiro lugar e, porque cada indivíduo está mais apto a cuidar de si próprio do que de terceiros, isso seria apropriado e correto (Cerqueira,

⁴ Embora isso convivesse, eventualmente, com pressupostos filosóficos de jusnaturalismos anteriores. Sobre esse ponto, vide EDWARDS (1970), que procurou demonstrar como Hugo GROTIUS, a despeito de seu jusracionalismo — e este autor é considerado um de seus fundadores —, remetia a Deus a criação da razão humana.

2019, p. 438). Esse “egoísmo”, a par de qualquer benevolência ou caridade, ou da intervenção do Estado, seria apto a conduzir a humanidade à prosperidade pelo “mecanismo econômico” e suas “engrenagens” — v.g. propriedade privada, divisão ou especialização do trabalho, mercado etc. —, como SMITH quer demonstrar (pp. 441-442). Nesse sentido, a obra econômica de SMITH é “um trabalho a serviço do liberalismo”, “um sistema ordenado pela defesa do liberalismo”, para expandir o funcionamento daquelas engrenagens e libertá-las das políticas econômicas que as restringiam, marcadamente as restrições mercantilistas, que SMITH criticou com profusão (Coutinho, 1990, p. 101).

MARX criticava nos economistas clássicos, como SMITH, a “naturalização” que faziam da racionalidade (dos agentes) e das instituições capitalistas; quer dizer, primeiro reportavam tais elementos à natureza humana e social e depois, “surpresos”, concluíam radiantes que o capitalismo era o sistema mais adequado àquela natureza. Viam-no “não como um resultado histórico, mas como ponto de partida da história” (Marx, 1978, pp. 103-104). SMITH encarava, nessa linha, que a humanidade progredia inexoravelmente para realização perfeita desse sistema econômico conforme à natureza humana. O Estado e suas leis escritas — *i.e.*, o Direito positivo em sua acepção moderna —, somente poderia retardar esse progresso, em detrimento da prosperidade humana, mas não evitá-lo (Paula, Cerqueira, & Albuquerque, 2007, pp. 361-362). Daí que, sua defesa enfática do liberalismo econômico e a crítica que endereça ao mercantilismo, sejam uma tentativa de apressar esse progresso.

O jusnaturalismo racionalista pressuposto por esses primeiros economistas, como SMITH e QUESNAY, gozava de uma “hegemonia civil” que lhe permitiu “educar” o senso comum, particularmente por uma concepção “ideo-reflexiva” da realidade empírica (Silva M. L., 2011, p. 125). “Hegemonia civil”, no caso, que advinha do prestígio “natural” de que desfrutava entre os capitalistas, a nova classe social dirigente. E “concepção ‘ideo-reflexiva’ da realidade empírica” porque a doutrina jusracionalista espelhava a realidade — ou melhor, parte dela. Vimos que SMITH e QUESNAY, dois expoentes dessa doutrina, eles próprios admitiam (e lamentavam) a dissonância entre seu “ideal de realidade” e a realidade empírica. Cabe perguntar, no entanto, se em algum momento futuro esse ideal de realidade veio a se concretizar plenamente.

Em algum momento consolidou-se no século XIX uma tendência liberalizante na regulamentação jurídica do capitalismo. Foi quando prevaleceu, no plano do Direito, a ordem econômica liberal. A doutrina liberal, então, derrotara o Estado mercantilista. Foi por muito

pouco tempo, contudo, que ficou no pódio — é esse o lamento, por exemplo, de Gary Becker (1990 [1976], p. 39), um dos economistas liberais mais prestigiados da contemporaneidade. No início do século XX, com a introdução de uma ordem econômica intervencionista, começa o que os economistas liberais contemporâneos chamaram de “neomercantilismo” — vide BALLVÉ, por exemplo, que situa o começo do neomercantilismo ainda no fim do século XIX (1963, p. 7) e ROBINSON (1997, pp. 309-313).

É contra essa passagem para a ordem econômica intervencionista — ou “retorno”, diriam alguns —, que, conforme Eros GRAU, ideólogos liberais se opuseram, acusando-a de perverter a “realidade natural e espontânea”, quer dizer, supondo que a realidade econômica de então fosse empiricamente aquela um dia idealizada pelos economistas liberais. Estariam corretos esses ideólogos quanto a isso?

A esse ideal liberal de realidade correspondiam alguns ou muitos fragmentos de realidade empírica, sem dúvida — e que, por certo, foram historicamente construídos, como a propriedade privada dos meios de produção, a divisão social do trabalho e os diversos mercados, nacionais e internacionais. Nessa mesma realidade, porém, situavam-se outros fragmentos igualmente empíricos, mas contrários àquele “ideal de realidade”, tais como resquícios persistentes da economia feudal ou mercantilista, concorrência desleal, monopólios, cartéis e, sobretudo, a exploração de trabalho não pago — que SMITH, RICARDO e MARX, principalmente, demonstraram estar embutida na exploração do trabalho assalariado no capitalismo, sob a forma da mais-valia. A própria “guerra” econômica de todos contra todos na sociedade civil capitalista — entre os próprios capitalistas ou entre estes e os trabalhadores — chega a ameaçar sua existência como sociedade ou, ao menos, como sociedade capitalista. Não se pode vislumbrar nesse estado de coisas, portanto, aquela “realidade” invocada pelos ideólogos liberais. Essa “realidade”, portanto, subsistia ainda e tão somente no plano ideal, como concebida por aqueles primeiros economistas.

Se houve alguma “perversão”, portanto, ela foi cometida pelos tais ideólogos — ao deturparem aquele “ideal de realidade” em realidade —, e não pela ordem econômica intervencionista. Essa deturpação, entretanto, fora justamente o modo pelo qual aquele liberalismo jusracionalista penetrou no senso comum e o educou; quer dizer, como vimos, por uma concepção “ideo-reflexiva” da realidade empírica (Silva M. L., 2011, p. 125). Esse senso comum, então, socorria-se como podia contra a ameaça que a ordem intervencionista representava.

Essa confusão ideológica entre aquele ideal liberal de realidade e a realidade empírica supõe, em outras palavras, que tal ideal concretizar-se seja algo possível e, mais, que isso realmente tenha acontecido. Quanto a ter se realizado concretamente, creio que os apontamentos que fiz acima, e o próprio fato histórico de a ordem econômica liberal (no plano jurídico) ter sido logo superada, afastam suficientemente essa ideia. E, quanto a ser possível, embora este assunto merecesse um debate à parte, registro brevemente que compreendo o ideal liberal como utopia — o que não apenas críticos como também alguns economistas liberais contemporâneos admitem, a exemplo do célebre HAYEK, embora não para desacreditar aquele ideal, mas sim para tomá-lo com um “norte” (1960, p. 384).

Penso que, em vez de realizar-se, o que o ideal liberal faz, quanto mais aplicado for, é agravar os conflitos de classe no capitalismo e, por isso mesmo, aquela ordem econômica que lhe correspondia (no plano jurídico) veio a ser substituída por outra. Gostaria de avançar na explicação dessa tese em particular, mas encerro aqui com a referência de que ela é praticamente um lugar comum na literatura jurídica brasileira quando se trata de explicar e “justificar” apologeticamente a introdução da ordem econômica intervencionista — vide isso em Eros GRAU (2017, pp. 19-20; 41-42), por exemplo. Também seria interessante fazer a crítica dessa apologia. Aparentemente, ela ignora a face nefasta atrelada a esse Estado intervencionista que, mesmo em sua melhor versão, o Estado de Bem-Estar Social, sustentava-se pela exploração de países mais pobres, via protecionismos nacionalistas que se impunham em detrimento desses e, inclusive, via indústria armamentista, que alimentava guerras nesses países, como aponta a economista Joan ROBINSON (1997, pp. 309-313). Mas tratarei disso em outras oportunidades.

3. O IDEAL LIBERAL DE REALIDADE POSTO EM PRÁTICA PELO DIREITO E PELO ESTADO

Já vimos Eros GRAU assumir, como um pressuposto de todo o seu raciocínio, que, em qualquer época e sociedade, o Direito (o conjunto das normas jurídicas) tem um papel constitutivo da economia — a que se refere como modo de produção ou relações de produção

— e que esta não pode se reproduzir sem a forma do Direito, diz (2017, pp. 68-69). Veremos adiante que, no contexto da economia capitalista, o autor estende esse raciocínio também ao Estado, quer dizer, o Direito e também o Estado tem um papel constitutivo para a economia capitalista.

Nesse sentido, diz ele, o uso do vocábulo “intervenção” para descrever o papel do Estado ou do Direito frente à economia, no limite, não faz sentido; supõe uma cisão inexistente, no plano empírico, entre Direito e Estado, de um lado, e economia capitalista, do outro (Grau, 2017, p. 17). No entanto, observo que faz sentido supormos analiticamente essa cisão, como também o faz o autor, e desde que não façamos confusão entre a análise da realidade e a própria realidade.

Cabe acrescentar, agora, que, no que diz respeito à economia capitalista em particular, o autor aponta no início da obra (analisada neste artigo) que tal economia reclama especificamente um Direito estatal e escrito, o Direito positivo como a ele nos referimos modernamente, porque a economia capitalista exige tal coisa. É o que lhe dá segurança jurídica — *i.e.*, “previsibilidade e calculabilidade” no plano jurídico — e um “Estado-ordenamento” que lhe preserva em face do “Estado-aparato”, extirpando deste os elementos absolutistas do Antigo Regime (pp. 25-38). Nesse quadro, noto que, em um nível mais abstrato de análise, o Direito e o Estado se confundem, na medida em que o primeiro é o “Estado-ordenamento” e o segundo o “Estado-aparato”, *i.e.*, o Direito exclusivamente como Direito estatal e escrito (Direito positivo) e o Estado enquanto agente que, por seus diversos órgãos, deve atuar exclusivamente segundo aquele Direito. Repare-se, assim, que tanto esse Direito pode ser reduzido ao Estado quanto este pode ser reduzido àquele; são abstratamente redutíveis um ao outro. Mais à frente, porém, tratarei do fato de que a economia capitalista dependeu, ainda, da intervenção do Estado e do Direito quando estes operavam sob outra forma, em que não se identificavam idealmente um com o outro. Por ora, no entanto, sigamos nesse marco referido por Eros GRAU.

Estes, Direito e Estado, conforme o autor, foram tão fundamentais para constituir a economia capitalista que, enquanto conjunto de trocas sucessivas sob livre concorrência, até mesmo o mercado é uma instituição jurídica e sua reprodução não ocorre sem a garantia do Estado. Portanto, conclui o autor, não se pode conceber a economia capitalista sem Estado ou Direito.

Se estes foram assim essenciais para o capitalismo, como diferenciar uma ordem jurídica liberal de outra intervencionista — concebendo ambas como ordens jurídicas vigentes no capitalismo —, sem com isso sugerir que, na primeira, o Estado e o Direito tenham sido menos importantes do que na segunda? Comparativamente, segundo Eros GRAU, o que muda de uma ordem liberal para outra intervencionista, seria tão somente o modo de o Estado intervir na economia: “inicialmente voltada à constituição e à preservação do modo produção capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado” (2017, p. 17). Assim, inicialmente, Estado e Direito concentram-se em garantir as “premissas da existência contínua” do capitalismo, tais como, segundo o autor: direito de propriedade, liberdade de contratar, correção de efeitos autodestrutivos do mercado (v.g. definição de jornada de trabalho, estabilização monetária e combate aos trustes), provisão de bens básicos (v.g. defesa militar, polícia, educação, transporte e comunicação) e promoção da economia nacional no mercado internacional (via, por exemplo, política comercial e aduaneira). Posteriormente, já no marco da ordem intervencionista, dedicam-se também a “substituir” e “compensar” o mercado. A substituição é a promoção do desenvolvimento da economia nacional em lugar dos particulares (via compras públicas, empresas públicas, qualificação profissional, inovação tecnológica etc.); a compensação, por sua vez, é a correção de “disfunções do processo de acumulação”, para minimizar os riscos causados pelas atividades econômicas a terceiros ou para proteger setores da economia, assim como para melhorar a condição de vida dos trabalhadores (Grau, 2017, pp. 18-19).

Para estabelecer a diferença entre os modos de intervenção, o autor recorre em parte a um critério objetivo, material e funcional, que coloca em termos de exemplos concretos, o que não permite uma distinção clara entre uma coisa e outra. Nesse sentido, por exemplo, por que a provisão de educação é intervenção para constituir e preservar o capitalismo e a de qualificação profissional é para substituir o mercado? Ou por que a correção de efeitos autodestrutivos do mercado é para preservar o capitalismo e a de “disfunções do processo de acumulação” é para compensá-lo? Esses objetos distintos, num caso e no outro, são demasiadamente semelhantes. Para diferenciar tais modos de intervenção, melhor é limitar-se a um critério subjetivo, formal e orgânico, aliás, sugerido pelo próprio

autor quando trata dessa diferença em termos materiais e funcionais⁵. Nesse sentido, o critério é o Estado e o Direito conferirem ou não aos agentes particulares os papéis de desenvolverem determinadas atividades econômicas e, nisso, regularem-se a si próprios (2017, pp. 17-19;36). Assim, diferenciam-se uma da outra porque, na ordem liberal, Direito e Estado conferem tais papéis aos agentes particulares e, na ordem intervencionista, atribuem-se a si próprios realizá-los.

Os exemplos referidos pelo autor indicam a dificuldade de distinguir uma ordem liberal de uma intervencionista a partir de suas finalidades concretas. Ademais, como ele mesmo admite, a finalidade última de uma coisa ou outra é a preservação do capitalismo no plano fático. Nesse sentido, diferenciam-se tão somente pelo modo ou forma de assegurar a continuidade da economia capitalista. Finalmente, tanto no plano fático como teórico, cada uma daquelas ordens nunca dispensou ser complementada pela outra, ainda que prevalecesse sobre ela. Isso é relativamente óbvio para a ordem intervencionista, que nunca pretendeu anular o mercado, nem empiricamente e nem por seus representantes teóricos. E quanto à ordem liberal, em particular, vejamos isso com maiores detalhes.

De acordo com aquela diferenciação formal ou orgânica, a concepção de ordem econômica liberal, levada às últimas consequências, reduziria o papel do Estado ao de um simples “árbitro”, meramente, das relações econômicas entre particulares (Reale, 1970); reduziria o Estado ao papel de simplesmente produzir o Direito e garantir a segurança desse Direito (p. 17). Em outras palavras, caberia ao “Estado-aparato” produzir o “Estado-ordenamento” e garantir a execução deste; Estado e Direito jamais interveriam em favor de qualquer dos agentes econômicos, para compensar qualquer espécie de desigualdade entre eles, e tampouco o Estado atuaria em lugar deles no âmbito econômico. Nesse quadro, por certo, como já vimos, haveria intervenção do Direito e do Estado na economia, mas tão somente para a criar e garantir a continuidade do mercado, *i.e.*, criar e perpetuar o âmbito econômico, identificado ao mercado, enquanto espaço de interação de agentes econômicos particulares e que se autorregulam.

⁵ Sobre a diferença entre um critério objetivo, funcional e material, e outro subjetivo, formal e orgânico, refiro-me aqui a mesma distinção que se faz, no Direito Administrativo, para definir os dois significados pelos quais se pode compreender a Administração Pública. Naquele primeiro significado, enfatiza-se funções desempenhadas pela Administração para defini-la. No segundo, enfatiza-se sua estrutura organizacional (Cunha Júnior, 2017, p. 26. e ss.).

De fato, se é que é possível, tal configuração do papel do Estado e do Direito nunca existiu inteiramente, conforme apontam aqueles exemplos dados por Eros GRAU, de funções materiais que o Estado e o Direito se atribuíam antes do dito “intervencionismo”. E, no plano teórico, será difícil encontrar um economista, jurista ou filósofo liberais que, em qualquer época, tenham dispensado qualquer espécie de intervencionismo, de acordo com aquela definição formal ou orgânica — *i.e.*, de intervir como agente econômico ou, no mínimo, como regulador do mercado, em lugar de seus agentes.

Ainda antes do dito “intervencionismo” iniciar-se no começo do século XX, conforme Eros GRAU, havia “intervenção” cujo modo é aquele típico da ordem intervencionista, praticada em função do interesse último do capital e do mercado. Nesse sentido, dentre seus exemplos, especialmente estes ilustram tal coisa: a instituição do monopólio estatal da emissão de moeda, a prestação de serviços públicos, que vinham sendo ampliados (p. 23); a exigência de que, para o exercício de qualquer profissão ou negócio, houvesse o pagamento de tributos e a observação de regulamentos de polícia (p. 19). Por esta razão, em vez de reduzirmos um período ou outro a exclusivamente um daqueles dois modos de intervenção, mais correto é dizer que, em cada época, esses distintos modos conviveram, embora um tenha prevalecido sobre o outro eventualmente.

Em síntese, na falta de melhores palavras, pode-se resumir a questão nos seguintes termos: durante o período que corresponde à dita ordem econômica liberal, prevalecia um “modo liberal de intervenção” — mas igualmente uma intervenção do Estado e do Direito na economia — em detrimento de um “modo intervencionista de intervenção” — que igualmente havia, ainda que em menor medida.

A rejeição da ideia de que o “modo liberal” seja também ele uma forma de intervenção, ou de que durante o período em que prevaleceu não operava ainda o “modo intervencionista” de intervenção, são teses que participam de um dos “mitos” do Direito Econômico, expressão que Fernando Herren AGUILAR emprega para denunciar a concepção de que o Direito Econômico, enquanto disciplina da intervenção do Estado na economia, seria um fenômeno do início do século XX em diante, porque tal intervenção só a partir de então teria ocorrido (2012, p. 11).

Assim colocadas, ordem econômica liberal e ordem econômica intervencionista são meramente “tipos ideais” ou “modelos” de regulação da economia pelo Estado e pelo Direito, e não períodos históricos dessa regulação. A diferença histórica que subsiste é que,

quando prevalecia a ordem liberal em relação à ordem intervencionista, sobressaltava que o Estado e o Direito de regra “interviam para não intervir”, usando aqui a descrição que Boaventura de SOUZA SANTOS faz dos Estados liberais no séc. XIX, quando aponta que estes “interviram” energicamente em prol da criação e ampliação de mercados e seus mecanismos concorrenciais (1990, p. 22). Mais claramente, interviam na “esperança” de não ter que intervir, como se bastassem intervenções mínimas, pontuais e provisórias, estritamente suficientes para entregar o exercício e a regulação das atividades econômicas de volta aos agentes particulares no mercado.

O que já vimos até agora, creio, é suficiente para demonstrar que a ordem econômica liberal prevalecente em determinado período da história dependia, ao menos parcialmente, do socorro que lhe prestava ao menos pontualmente a ordem econômica intervencionista e que, ela própria, também constituía um espécie de intervenção do Direito e do Estado na economia, embora de um tipo diferente.

Caminhando para concluirmos, enfim, é preciso lembrar que, acima, estamos tratando de um período histórico específico em que vigia no âmbito do Direito e do Estado uma identificação entre eles, que, dessa forma, atuavam sobre a economia para criar e perpetuar o capitalismo. Mas não foi exclusivamente assim que Direito e Estado contribuíram para tanto. Colocar isso em evidência é fundamental para compreender o papel radicalmente intervencionista e decisivo que o “Estado-aparato”, insubmisso ao Direito (escrito e estatal), teve no estabelecimento de uma economia capitalista que pode até mesmo se dar ao luxo de dispensar o intervencionismo, ou submetê-lo ao Direito positivo.

Eros GRAU apresenta aquela identificação entre Direito (escrito e estatal) e Estado como uma necessidade histórica imposta pelo capitalismo. A meu ver, esta ideia está correta para descrever o que se passou no Direito e no Estado, e na relação entre ambos, sob a conformação específica que o capitalismo assumiu em determinado período e local, ainda mais se assumirmos que só a partir desta conformação específica havia capitalismo, estritamente. Mas tal ideia certamente é falha para descrever Direito e Estado, e a relação entre ambos, sob o capitalismo enquanto processo histórico (e não como “estado de coisas”) e enquanto parte da “economia-mundo” ou do “sistema-mundo” — sobre estes conceitos, vide FILOMENO & ARIENTI (2007). Nesse sentido, não foi apenas sob aquela forma que o Direito e o Estado “interviram” em favor do capitalismo.

De um lado, enquanto processo histórico, o capitalismo deve sua formação largamente ao Estado absolutista, insubmisso ao Direito estatal e escrito; toda a doutrina mercantilista tratava de como este Estado poderia e deveria contribuir, como o fez, com a formação de uma economia nacional sem a qual não haveria, depois, o capitalismo que já então se desenhava — digamos, para fins de análise, que esta era uma economia “protocapitalista”. Ademais, em tal período, o Direito não se reduzia ao Direito estatal e escrito; vigorava a pluralidade das fontes do Direito, que igualmente contribuía para a constituição da economia protocapitalista — nesse sentido, vide PETIT (2016).

De outro, enquanto parte integrante do sistema mundo, as economias europeias estritamente capitalistas do século XIX beneficiavam-se e quiçá dependiam dos seus “Estados-aparatos” atuarem livres do Direito positivo, no plano internacional, provendo o suporte armado que assegurava a espoliação econômica de nações estrangeiras — essa é também “Era dos Impérios” (Hobsbawm, 1989).

Por tudo isso, é só no quadro da análise historicamente “estática” e geopoliticamente “estreita”, digamos, que procede a afirmação de haver sob o capitalismo um Estado identificado com o Direito (positivo e estatal) que, especificamente com essa forma, “intervém” em favor do capitalismo. Isso ocorreu; e em princípio coincidiu com uma “ordem econômica liberal”, depois sucedida por uma “ordem econômica intervencionista”. Entretanto, isso não resume a relação que Estado e Direito mantiveram com a economia capitalista. Esta, então, quando colocada em seus contextos histórico e social mais amplos, revela-se atrelada a uma espécie de “intervenção” do Estado na economia que não era mediada pelo Direito, mas pela força absolutista (no passado mercantilista) e colonialista (contemporaneamente, via imperialismo).

CONCLUSÃO

Conforme Eros GRAU, a expressão “ordem econômica” foi incorporada ao vocabulário dos juristas e do próprio Direito no início do século XX, quando da passagem de uma ordem econômica liberal para uma ordem econômica intervencionista. Até então, no bojo

daquela e à diferença desta, o Direito e o Estado modernos limitavam-se a meramente retratar e reproduzir uma realidade econômica que se concebia não merecer reparos. Daí que a ordem econômica fosse um conjunto inexpressivo de normas, de cuja existência sequer se dava conta. A partir da passagem para ordem intervencionista, porém, expande-se esse conjunto de normas porque o Direito e o Estado passam a atuar no sentido de transformar e aprimorar a realidade econômica.

Creio ter demonstrado que essa definição material e funcional que Eros GRAU apresenta para a ordem econômica liberal, ademais identificando-a com um período histórico em particular, é contraditória com seus próprios pressupostos, especialmente os seguintes.

Primeiro, a concepção de que o Direito, em qualquer contexto social e histórico, tem papel constitutivo para a economia — e, que, sob o capitalismo, esses papéis são especificamente do Direito escrito e estatal (Direito positivo) — o “Estado-ordenamento” —, e do “Estado-aparato”, que deve agir segundo aquele Direito.

Segundo, a concepção de que não existe uma ordem econômica na realidade do “mundo do ser”, que seja imanente e suficientemente normatizada, como supõe uma ideologia que pretende a descartar o papel fundamental do Direito e do Estado para a economia capitalista.

Terceiro, a concepção de que, em que pese certa resistência ideológica a esta ideia, também a ordem liberal significava uma intervenção do Direito e do Estado na economia, embora o fizesse de um modo distinto daquele que caracterizaria a ordem intervencionista.

Quarto, a afirmação de que, no período identificado à ordem econômica liberal, o Estado já intervia do modo que viria a ser caracterizado como típico da ordem econômica intervencionista.

Por tudo isso, não está correta a conclusão do autor de que, na ordem econômica liberal, do ponto de vista material e funcional, o Direito e o Estado modernos limitavam-se a meramente retratar e reproduzir uma realidade econômica previamente existente. Ademais, especialmente à luz dos dois últimos pressupostos, está incorreta a compreensão da ordem econômica liberal como um período histórico da regulação jurídica da economia. Esta ordem, assim como a intervencionista, são meramente “tipos ideais” ou “modelos” úteis para descrever distintos modos de intervenção do Direito e do Estado na economia, modos esses que conviveram historicamente, sem prejuízo de que ora um ora outro tenha prevalecido.

Estes modos definem-se de acordo com um critério formal e orgânico, como sugere o próprio autor, embora trate da diferença entre eles em termos materiais e funcionais. Nesse sentido, o critério distintivo é o Estado e o Direito conferirem ou não aos agentes particulares os papéis de desenvolverem as atividades econômicas e, nisso, regularem-se a si próprios. Na ordem liberal, conferem tais papéis aos agentes particulares, exclusivamente; e, na ordem intervencionista, em parte, atribuem-nos a si próprios realizá-los. Também na ordem liberal há intervenção do Direito e Estado na economia, mas tão somente para a criar e garantir a continuidade do mercado, *i.e.*, criar e perpetuar o âmbito econômico, identificado ao mercado, enquanto espaço de interação de agentes econômicos particulares, exclusivamente, e que ademais se autorregulam.

A concepção de um papel constitutivo para o Direito e o Estado na economia capitalista é incompatível com o entendimento de que em algum momento tenham se limitado a reproduzir essa economia; a menos que, por “reprodução”, entendamos não a repetição de uma “realidade” econômica anterior e externa (ao Direito e ao Estado), mas a contínua produção, ou “re-produção”, dessa realidade por eles. Nesse sentido, compreende-se o Direito e o Estado como elementos indispensáveis da formação social capitalista.

O Direito e Estado, enquanto realidades históricas, nunca foram inteiramente coesos; a seu modo vivenciaram conflitos e inconsistências presentes na economia. De acordo com isso, nunca se resumiram a praticar exclusivamente uma ordem econômica liberal, que não daria conta das necessidades e conflitos da economia capitalista. Esta ordem liberal, que em si mesma é também um tipo ou modo de intervenção do Estado e do Direito na economia, mesmo quando prevaleceu na ordem jurídica convivia com aquele modo de intervenção característico da ordem econômica intervencionista. Portanto, não está correto conceber estas distintas ordens como períodos históricos distintos; são meramente “tipos ideais” ou “modelos” de intervenção do Estado na economia, úteis para descrever parcelas da ordem jurídica, que historicamente conviveram, uma prevalecendo sobre a outra a cada período.

O que particulariza a ordem liberal, então, não é o fato de reproduzir ou retratar uma realidade empírica, mas sim um “ideal de realidade”, liberal e jusracionalista, como concebido pelos primeiros economistas; era este “ideal” que, na opinião destes, o Direito deveria refletir e retratar. O fato de que este “ideal de realidade” estivesse atrelado a uma concepção de natureza humana, levava-os a conceber que um Direito consoante tal ideal seria

mais real, natural e espontâneo, porque emanado do verdadeiro “ser” do homem. Jusnaturalistas que eram, propunham um “dever ser” de acordo com esse “ser”.

Os críticos desses liberais jusnaturalistas, como Eros GRAU, não podem se limitar a criticar a suposta espontaneidade ou naturalidade da “realidade” a qual eles recorrem. Devem criticar também o suposto caráter empírico dessa realidade. Nesses termos, equivoca-se aquele autor quando define a ordem econômica liberal como mero retrato de uma “realidade”, pois tal realidade existiu tão somente como um ideal, uma suposição sobre a “realidade” da natureza humana. A realidade econômica empírica, o capitalismo realmente existente, por sua vez, nunca esteve de acordo com aquele tal “ideal de realidade” — e tal coisa é provavelmente impossível.

Em todo caso, como vimos, a economia capitalista nunca dispensou inteiramente alguma “ordem econômica intervencionista”. Diversamente, quando colocada em seu contexto histórico e social mais amplos, fica claro que a economia capitalista dependeu de intervencionismos ainda mais graves (do que aqueles típicos da ordem intervencionista). Nesse sentido, as economias propriamente capitalistas, regidas inicialmente por uma ordem econômica liberal, eram tributárias da força absolutista (no passado mercantilista) e colonialista (contemporaneamente) que as viabilizam.

Tenha-se sempre em mente, enfim, que a ideologia denunciada por Eros GRAU não opera somente quando aponta a suposta naturalidade ou espontaneidade da realidade que a ordem econômica liberal retrataria; ela opera quando sugere a própria existência dessa realidade, que nunca passou de ideal de realidade, um ideal de como o capitalismo deveria ser, mas não do capitalismo realmente existente.

Nesses termos, enfim, a ordem econômica intervencionista nunca foi mais (ou menos) contrafática do que a ordem econômica liberal; esta, tanto quanto aquela, é essencialmente e apenas um modo distinto pelo qual o Direito e o Estado modernos desempenham papéis fundamentais na constituição de diferentes realidades econômicas capitalistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, F. H. (2012). *Direito Econômico – do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. (3ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Ballvé, F. (1963). *Essentials of Economics: a Brief Survey of Principles and Policies*. Princeton: D. van Nostrand Company, Inc.
- Becker, G. S. (1990 [1976]). The Economic Approach to Human Behavior. Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 3-14). Chicago: The University of Chicago Press.
- Bobbio, N. (1995). *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. (M. Pugliesi, E. Bini, & C. E. Rodrigues, Trans.) São Paulo: Ícone.
- Bobbio, N. (2001). *Teoria da Norma Jurídica*. (F. P. Baptista, & A. B. Sudatti, Trans.) São Paulo: EDIPRO.
- Cerqueira, H. E. (2019). Adam Smith e o Surgimento do Discurso Econômico. *Revista de Economia Política*, 433-453.
- Coutinho, M. C. (1990). *Noções de Economia Política Clássica (Tese de Livre Docência)*. Campinas: Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Acesso em 22 de julho de 2020, disponível em http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/285903/1/Coutinho_MauricioChalfin_LD.pdf
- Cunha Júnior, D. d. (2017). *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivum .
- Deleule, D. (2017). Hume, os Fisiocratas e o Nascimento do Liberalismo Econômico - Traduzido por Loureço Fernandes. *Revista Discurso*, 47, n. 2, 41-58.
- Edwards, C. (1970). The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius. *The Journal of Politics*, 32, n. 4, 784-807.
- Filomeno, F., & Arienti, W. L. (2007). Economia política do moderno sistema mundial: as contribuições de Wallerstein, Braudel e Arrighi. *Ensaio FEE*, 28, 99-126.
- Foucault, M. (2008). Aula de 28 de Março de 1979. Em M. Foucault, *Nascimento da Biopolítica* (E. Brandão, Trad., pp. 365-395). São Paulo: Martins Fontes.

- Goodenough, E. R. (1986). *An introduction to Philo Judaeus* (2ª ed. ed.). Lanham: University Press America.
- Grau, E. R. (2017). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (18ª ed. atual. ed.). São Paulo: Malheiros.
- Hayek, F. A. (1960). The Intellectuals and Socialism. Em G. B. ed., *The Intellectuals: A Controversial Portrait* (pp. 371-384). Glencoe: the Free Press.
- Hobsbawm, E. J. (1989). *The Age of Empire: 1875-1914*. New York City: Vintage Books.
- Mandeville, B. (1988 [1732]). *The Fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Mankiw, N. G. (2006). *Introdução à Economia* (Reimpressão da 1ª Edição. ed.). (A. V.-T. Norte-Americana, Trad.) São Paulo: Thomson Learnig Edições.
- Marx, K. (1978). Para a crítica da economia política. Em J. A. GIANNOTTI, *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos* (E. MALAGODI, Trad., 2ª ed., pp. 107-239). São Paulo: Abril Cultural.
- Moreira, V. (1973). *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha.
- Moreira, V. (1974). Economia e Constituição - Para o Conceito de Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, separata.
- Paula, J. A., Cerqueira, H. E., & Albuquerque, E. d. (2007). Nações e Estilos de Economia Política. *Revista de Economia Política*, 27, n. 3, 357-374.
- Petit, C. (2016). *História del Derecho Mercantil*. São Paulo: Marcial Pons.
- Reale, M. (1970). Estruturas Jurídico-políticas Contemporâneas. *Revista de Direito Público*, 4, n. 13, 145-155.
- Robinson, J. (1997). Liberdade e necessidade. Em P. S. ed., *Os Economistas* (E. M. Oliveira, P. d. Almeida, & C. M. Oiticica, Trans., pp. 237-343). São Paulo: Nova Cultural Ltda.
- Silva, M. L. (2011). Os Fundamentos do Liberalismo Clássico: A Relação entre Estado, Direito e Democracia. *Revista Aurora*, 5, n. 1, 121-147.
- Silva, N. P. (2015). A Filosofia Moral na Economia Política Clássica: o Pensamento de Adam Smith. *[Syn]thesis*, 8, n. 1, 113-125.
- Steudel, A. d. (2007). Jusnaturalismo Clássico e Jusnaturalismo Racionalista: Aspectos Destacados para Acadêmicos do Curso de Direito. *Publicatio UEPG*, 15, n. 1, 43-52.
- Wright, R. (2012). *A evolução de Deus*. (F. Demberg, Trad.) Rio de Janeiro: Editora Record.

Submetido em 01.09.2020

Aceito em 17.09.2020