

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II**

EDSON RICARDO SALEME

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme; Everton Das Neves Gonçalves; Marco Antônio César Villatore – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-887-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito e economia. 3. Desenvolvimento econômico sustentável. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Encontramo-nos, em mais essa oportunidade própria da faina do CONPEDI, para apresentarmos e debatermos nossos trabalhos acadêmicos no GT 62 Direito, Economia e desenvolvimento Econômico Sustentável II. De fato, o GT tem sido brindado com a excelência de artigos que, especialmente, fazem perceber a importância de se avançar na defesa do meio ambiente equilibrado e saudável se é que ainda se o pode ter, haja vista todo o descaso verificado com a efetiva proteção ambiental em escala mundial. No Brasil, especialmente, lembrem-se das recentes inundações no Rio Grande do Sul levando a cerca de 179 mortes e 34 desaparecidos (dados registrados em 28/06/2024), aproximadamente 629.000 desabrigados, e 478 dos 497 Municípios atingidos pelas águas; isso ainda lembrando as secas nos rios amazônicos em 2023 e os atuais incêndios no Pantanal de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Por óbvio, a desordem ambiental se manifesta em diversos locais do Planeta e tudo isso nos faz refletir sobre a necessidade de uma economia que leve em conta, inexoravelmente, a ambientalidade sob pena de nossa própria extinção. O problema urge e respostas adequadas por parte do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito e que devem ser suscitadas com a devida presteza para; extrapolando os muros da Academia, fazerem-se presentes nas tomadas de decisões político-jurídicas. Urge que os Poderes da República ouçam a Academia para fim de que leis sejam criadas, medidas administrativas sejam tomadas e sentenças sejam exaradas levando-se em conta o clamor do Planeta quanto a sua necessária sobrevivência. A Pachamama (Mãe Terra em Quechua) está aí a responder a toda ação que a tem aviltado em alerta nefasto aos incautos que a destroem no enlouquecedor ufanismo da destruição.

O Planeta Terra, enquanto manifestação da natureza, certamente haverá de se reerguer nos Séculos dos Séculos vindouros. A questão, então, é se nós seres humanos estaremos aqui para vivenciar essa regeneração. Assim, levantamos nossas bandeiras acadêmicas para repensar o dirigismo e a liberdade econômica, o desenvolvimento necessário em meio ao crescimento econômico próprio de um Sistema produtivo tão poluidor. Lembremos que, se antes, centenas ou milhares de civilizações nos precederam na névoa dos tempos; agora, a partir dos últimos cem anos, modificamos de tal maneira nosso meio ambiente que já não reconhecemos na “nossa casa” (O Planeta Terra) a devida segurança alimentar, de moradia,

de vivências, de vida. Lembremo-nos, ainda, que da década de cinquenta, no Século XX, para agora, mais de 90% da população brasileira migrou do campo para as cidades e que, a partir dos anos oitenta do também Século XX, o desenvolvimento tecnológico foi de tal monta que nos faz perceber a importância, o real papel e o comprometimento para bem e para mal das duas ou três últimas gerações em relação às mudanças do Globo Terrestre. Somos, portanto, os causadores dos principais problemas ambientais vivenciados agora e teremos, para nosso próprio bem, de sermos aqueles que apresentarão soluções para que se evite a destruição do Planeta e da vida terrestre. Urge, então, para nós outros, acadêmicos, o compromisso de contribuir para com a sociedade apresentando, trazendo a lume, nosso pensamento em defesa de uma economia progressista, inclusora, ambientalmente assertiva e capaz de evitar a sexta destruição em massa do Planeta.

Com esse desiderato e reconhecendo que os mínimos esforços são benfazejos, apresentamos, então, no GT 62 Direito, Economia e desenvolvimento Econômico Sustentável II, os seguintes trabalhos:

A ESCOLA AUSTRÍACA DE ECONOMIA: BREVE ANÁLISE DE SEUS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS de autoria de Mario Inacio Xavier De Barros Martins, Felipe Souza Podolan e Rafael Campos Macedo Britto abordando, sob o prisma da Análise Econômica do Direito, os fundamentos e postulados da Escola Austríaca de Economia, reconhecidamente liberal, e que ressignificou conceitos econômicos tidos como absolutos, além de ter influenciado economistas, filósofos e pensadores ao redor do globo, destacando-se para tanto, os postulados de Carl Menger – tido como fundador da Escola Austríaca, e de seu aluno e sucessor Eugen von Bohm-Bawerk; para além, das contribuições recentes de Ludwig Von Mises.

CONSTRUINDO UM FUTURO VERDE: A ECONOMIA ECOLÓGICA COMO GUIA PARA EFICIÊNCIA DOS SISTEMAS REDD+ NA AMAZÔNIA apresentado por Marcos Venancio Silva Assunção e Ana Elizabeth Neirão Reymão destacando que o uso do mecanismo para Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal (REDD+) tem se tornado instrumento econômico importante para ações de mitigação envolvendo os ecossistemas florestais e as mudanças climáticas, mormente, na Amazônia e concluindo que a abordagem da economia ecológica oferece arcabouço teórico coerente com a complexidade da Região Amazônica, destacando sua ênfase na consideração integrada de fatores ambientais, sociais e econômicos.

ECONOMIA CIRCULAR: UM CAMINHO PARA ASSEGURAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL defendido por Caroline Albuquerque Gadêlha de

Moura ensinando que o modelo de desenvolvimento baseado no consumo desenfreado, acarretou uma série de preocupações e questionamentos, especialmente no tocante aos impactos ambientais; destarte, a pesquisa investiga se a transição para a economia circular, notadamente marcada pela associação do desenvolvimento econômico a um melhor uso de recursos naturais, pode contribuir para a promoção do Desenvolvimento Sustentável e para o cumprimento do ODS 12 – Consumo e produção responsáveis - da Agenda 2030 da ONU.

EXCHANGES DE CRIPTOATIVOS E LAVAGEM DE DINHEIRO: A QUESTÃO DOS SUJEITOS OBRIGADOS apresentado por Amanda Brand Buliki e Fábio André Guaragni e ocupando-se em determinar a natureza jurídica das exchanges, debatendo em que medida os usuários estão resguardados ao transacionarem através destas plataformas mediante a utilização de criptoativos, examinados a partir das lentes de proteção ao investidor e de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro.

GOVERNANÇA AMBIENTAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ANALISADAS PELA ÓPTICA NEOLIBERAL NO USO INDISCRIMINADO DE RECURSOS HÍDRICOS elaborado por Ursula Eustorgio Oliveira De Azevedo e objetivando o estudo da governança ambiental sobre a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), empresa de economia mista, sobre o caso de contaminação das águas da estação e tratamento do sistema Guandu fornecidas por essa companhia referente ao ano de 2021.

GOVERNANÇA CORPORATIVA E CAPITALISMO CONSCIENTE: DESAFIOS E OPORTUNIDADES EM UM MUNDO GLOBALIZADO apresentado por Márcia Assumpção Lima Momm e analisando a intrincada interação entre governança corporativa e o movimento do capitalismo consciente em um contexto de mundialização do capital com base nas obras de François Chesnais e John Mackey e Raj Sisodia investigando o impacto da mundialização do capital na governança corporativa e como a filosofia do capitalismo consciente pode influenciar as empresas em sua busca por um impacto positivo na sociedade.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS TECNOLOGIAS DIGITAIS E DAS REDES SOCIAIS — UM CASO DE EXO-REGULAÇÃO PELO CONTROLE de autoria de Bruno Felipe de Oliveira e Miranda e discutindo a atuação do Poder Judiciário na regulação das redes sociais, explorando a percepção de que, mais do que atuar como instância de controle da atividade desse ecossistema, a jurisdição constitucional tem assumido um destacado papel regulatório.

NAMING RIGHTS E A GESTÃO EFICIENTE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO trazido por Nicolas Schuindt de Andrade e Mayara Rayanne Oliveira de Almeida e discutindo a gestão eficiente do patrimônio público sob a ótica da Análise Econômica do Direito como solução alternativa ao aumento de tributos como forma de arrecadação de recursos públicos para fazer frente ao atendimento das necessidades coletivas e à concretização dos direitos sociais.

O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO: ENTRE CARL SCHMITT E A ESCOLA ORDO-LIBERAL apresentado por João Alexandre de Souza Menegassi destacando que as constituições, muito embora ainda se inspirem de certa forma na República de Weimar, não estão mais inseridas no contexto das constituições sociais. A financeirização e a lógica neoliberal tornaram as constituições econômicas voltadas agora ao mercado, não mais à criação e manutenção de políticas públicas em prol da transformação social. A esse fenômeno se dá o nome de constitucionalismo econômico.

O INCENTIVO À GERAÇÃO DE ENERGIA SUSTENTÁVEL NO AMAZONAS: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 07 E A LEI 5.350/2020 trabalhado por Amanda Nicole Aguiar de Oliveira e Antônia Marília Marques de França Barreto e enfatizando que a questão do Desenvolvimento Sustentável é realidade que tem que ser implementada por todos os países signatários dos acordos relacionados ao meio ambiente. A partir, então da experiência amazônica, o artigo indaga como se dá o uso da extrafiscalidade enquanto instrumento de efetivação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 07 com a vigência da Lei nº. 5.350/2020 no Estado do Amazonas?

REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CONDIÇÃO PARA A CAPACIDADE/LIBERDADE DA ESCOLHA SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DA AED apresentado por Stephanie Tais Rohde e discutindo a importância das políticas públicas no desenvolvimento das capacitações humanas, de forma que quanto melhor capacitadas as pessoas, maior será sua liberdade para fazer escolhas.

SUSTENTABILIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO EM TRANSFORMAÇÃO DIGITAL: UMA ANÁLISE INTEGRADA discutido por Patrícia Lucia Marcelino e enfatizando que a contínua evolução da transformação digital tem sido fenômeno constante, inclusive na forma de consumo. Nesse contexto, destaca a preocupação com a sustentabilidade ambiental em meio aos avanços tecnológicos que impactam significativamente no meio ambiente.

TRIBUTAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS EM TEMPOS DE CAPITALISMO DE PRECARIZAÇÃO: UMA CRÍTICA À TEORIA DE AMARTYA SEM apresentado por Maria Lucia de Paula Oliveira e afirmando que é imprescindível uma avaliação com relação ao novo momento em que se colocam as políticas públicas em tempos de capitalismo de precarização.

Portanto; ao que se vê, a plêiade de pensadores que contribui para o momento, se ocupa de temas extremamente pertinentes quanto ao repensar de nosso futuro em um Planeta que sofre as consequências de um crescimento econômico e de um modo de vida tecnologicamente avançado que, no entanto, deixa a questionar a possibilidade ou não de continuidade da vida na Terra em patamares minimamente aceitáveis de coexistência na Pachamama.

Desejamos para todos e todas a instigante e profícua leitura dos artigos que se apresenta com vistas à efetiva mudança nos paradigmas Institucionais e da Sociedade Civil com vistas à efetivas mudanças no porvir do País e do Globo Terrestre.

Excelente leitura.

Florianópolis, SC, junho de 2024.

Edson Ricardo Saleme;

Everton das Neves Gonçalves e

Marco Antônio César Villatore

Coordenadores do GT Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável II

O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO: ENTRE CARL SCHMITT E A ESCOLA ORDO-LIBERAL

THE PHENOMENON OF ECONOMIC CONSTITUTIONALISM: BETWEEN CARL SCHMITT AND THE ORDOLIBERAL SCHOOL

João Alexandre de Souza Menegassi ¹
Vinicius Gomes de Lima

Resumo

As constituições, muito embora ainda se inspirem de certa forma na República de Weimar, não estão mais inseridas no contexto das constituições sociais. A financeirização e a lógica neoliberal tornaram as constituições econômicas voltadas agora ao mercado, não mais à criação e manutenção de políticas públicas em prol da transformação social. A esse fenômeno se dá o nome de constitucionalismo econômico. Por essa razão, o artigo trabalha com a seguinte questão-problema: Quais são as origens teóricas do constitucionalismo econômico no século XXI? A hipótese inicial é de que a teoria que sustenta o fenômeno do constitucionalismo econômico não está somente na escola ordo-liberal, mas também nos pensamentos de Carl Schmitt a respeito da Constituição de Weimar, principalmente de sua constituição econômica e direitos sociais. A hipótese, no final, restou corroborada. Essas duas teorias estariam, de certa maneira, relacionadas. Essa interligação se dá com a crítica aos direitos sociais e a constituição econômica presente dentro da Constituição de Weimar e seu viés democrático e pluralista. O constitucionalismo econômico tem, então, como origem, a própria crítica ao constitucionalismo social weimariano. Para atingir esse objetivo, apresenta-se três pesquisas bibliográficas, com análise descritiva e exploratória, sobre o tema. A primeira sobre o pensamento de Carl Schmitt, principalmente seus conceitos de estado total e estado de emergência econômico; a segunda sobre as abordagens da escola ordo-liberal; e a terceira a respeito do fenômeno do constitucionalismo econômico na atualidade. Em conclusão, a hipótese foi corroborada, servindo como contributo para os atuais estudos sobre a relação Estado-economia.

Palavras-chave: Constituição de weimar, Ordo-liberalismo, Constitucionalismo econômico, Carl schmitt, Constituição econômica

Abstract/Resumen/Résumé

Constitutions, although still somewhat influenced by the Weimar Republic, are no longer entrenched in the context of social constitutions. Financialization and neoliberal logic have shifted economic constitutions towards market-oriented goals, rather than the creation and maintenance of public policies for social transformation. This phenomenon is termed economic constitutionalism. Therefore, the article addresses the following problem

¹ Formado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2016). Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte Paranaense.

statement: What are the theoretical origins of economic constitutionalism in the 21st century? The initial hypothesis is that the theory underpinning economic constitutionalism is not only found in the Ordoliberal School but also in Carl Schmitt's thoughts on the Weimar Constitution, particularly its economic constitution and social rights. Ultimately, the hypothesis was confirmed. These two theories are, in a way, related. This connection arises from the critique of social rights and the economic constitution within the Weimar Constitution and its democratic and pluralistic bias. Economic constitutionalism thus originates from the critique of Weimar's social constitutionalism. To achieve this objective, three bibliographical research are presented, with descriptive and exploratory analysis on the subject. The first focuses on Carl Schmitt's thoughts, particularly his concepts of the total state and economic state of emergency; the second examines the approaches of the Ordoliberal School; and the third discusses the phenomenon of economic constitutionalism today. In conclusion, the hypothesis was confirmed, serving as a contribution to current studies on the State-economy relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Weimar constitution, Ordoliberalism, Economic constitutionalism, Carl schmit, Economic constitution

INTRODUÇÃO

No direito constitucional e econômico, a Constituição de Weimar influencia todo um debate a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico, do alcance da democracia via formas econômicas de atuação do Estado para promoção de políticas públicas e serviços públicos e do ingresso da luta de classes para dentro do texto constitucional. Corolário a isso é a inclusão dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão nas constituições do século XX, i.e., os direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais e objetivos a serem alcançados dentro da ordem social constitucional.

Como resposta a isso, no âmbito da teoria política, constitucional e econômica, as obras de Carl Schmitt e da escola ordo-liberal alemã emergem como influências fundamentais às críticas ao modelo do constitucionalismo social. Carl Schmitt oferece uma visão crítica do liberalismo e do parlamentarismo. Sua proposta é um Estado forte e autoritário, ao mesmo tempo em que defende uma economia dissociada da política e de livre mercado. A escola ordo-liberal, representada por pensadores como Walter Eucken e Franz Böhm, desenvolvem uma abordagem que busca conciliar o liberalismo econômico com a necessidade de existência de um Estado capaz de garantir a concorrência e a estabilidade monetária.

Essa última escola levou a formulação de produções acadêmicas que visam conceituar o fenômeno constitucional que se relaciona com o neoliberalismo e com a financeirização. Kanishka Jayasuryia denomina de constitucionalismo econômico justamente esse episódio atual de condições constitucionais que limitam a atuação do Estado muito mais para a estabilização monetária, a privatização e internacionalização do fundo público e a abertura da economia, em uma lógica financeirizada e dentro da racionalidade neoliberal.

Feitas essas considerações, esta pesquisa tem como intuito responder a seguinte questão-problema: Quais são as origens teóricas do constitucionalismo econômico no século XXI?

A hipótese inicial é de que a teoria que sustenta o fenômeno do constitucionalismo econômico não está somente na escola ordo-liberal, mas também nos pensamentos de Carl Schmitt a respeito da Constituição de Weimar, principalmente de sua constituição econômica e direitos sociais. A hipótese, no final, restou corroborada. Essas duas teorias estariam, de certa maneira, relacionadas. Essa interligação se dá com a crítica aos direitos sociais e a constituição econômica presente dentro da Constituição de Weimar e seu viés democrático e pluralista. O constitucionalismo econômico tem, então, como origem, a própria crítica ao constitucionalismo social weimariano.

Para testagem da hipótese, utilizou-se de pesquisa empírica documental qualitativa da Constituição de Weimar de 1919, bem como bibliográfica a respeito das teorias elaboradas por Carl Schmitt, Walter Eucken e Franz Böhm; interpretações sobre esses pensadores por seus estudiosos e especialistas; e de pesquisas sobre constitucionalismo econômico na atualidade.

O artigo é dividido em quatro capítulos interrelacionados.

No primeiro capítulo, a partir de uma pesquisa empírica dos direitos sociais e da ordem econômica presentes na Constituição de Weimar de 1919 e de uma pesquisa teórica sobre a interpretação de tais dispositivos, para verificar se e qual era o programa previsto no texto constitucional weimariano.

No segundo capítulo será abordado o pensamento de Carl Schmitt a respeito do Estado total e do Estado de emergência econômico, como alternativas à República de Weimar que, segundo o autor, teria uma falta de decisão inerente em seu texto constitucional, o que causaria problemas de ordem social e econômica na Alemanha.

O terceiro capítulo se dedica a uma análise descritiva e exploratória sobre a escola ordo-liberal, com os conceitos que Walter Eucken e Franz Böhm formularam sobre constituição econômica, economia social de mercado e princípio da concorrência.

E no quarto e último capítulo, o texto discutirá o constitucionalismo econômico na atualidade e como esse fenômeno se dá a partir de uma lógica de mercados inserta nas constituições da atualidade, explorando principalmente os pensamentos de Kanishka Jayasuryia e Gunther Teubner.

1 CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR DE 1919

Segundo Lucia Barbosa Del Picchia (2012, p. 326-327), é no período entreguerras que se desenvolve o cenário de radicalização das divergências e a ruptura com a tradição do pensamento liberal. A transformação da sociedade após a segunda Revolução Industrial, a organização dos trabalhadores e as teorias políticas críticas ao capitalismo e ao liberalismo abalam as estruturas da tradição do pensamento liberal oitocentista.

A resposta será a elaboração das constituições compromissos do século XX, com conteúdo concorrente dentro de um quadro pluralista. Essas constituições são consideradas como fruto de um novo constitucionalismo, denominado constitucionalismo social (Bercovici, 2020, p. 293). O constitucionalismo social é o movimento que incorpora cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social dentro dos textos constitucionais (Herrera, 2003,

p. 80). É a positivação dos direitos sociais, direitos esses ligados ao princípio da igualdade material e que dependem de prestações do Estado para serem efetivos (Bercovici, 2003, p. 11).

A Constituição de Weimar de 1919 é, quiçá, a constituição mais importante do século XX. Ao passo que uma nova forma de Estado e constituição já foi estabelecida pela Constituição Mexicana de 1917, o constitucionalismo social progride com a Constituição de Weimar, tornando-se o norte das constituintes para a elaboração de suas constituições ao longo do século XX (Comparato, 2003, p. 188-190). Para Gilberto Bercovici (2003, p. 13), a Constituição de Weimar “(...) buscou legitimar a República por meio de uma democracia e do Estado Social”. A Constituição de Weimar intenta em responder a crise liberal oitocentista e, com isso, transformar a sociedade. A partir de um ponto de vista histórico e em comparação com as demais constituições do século XX, é a Constituição de Weimar quem contém todos os elementos próprios e específicos do constitucionalismo social (Bercovici, 2020, p. 294-295; Fioravanti, 2007, p. 149-150).

Para Carlos Miguel Herrera (2003, p. 83-84), a Assembleia de Weimar desenvolve o Estado Social primeiramente como uma forma de concatenar os direitos sociais soviéticos – que não trazem um catálogo de direitos, mas princípios de organização política e econômica; ou seja: é a fusão de direitos sociais com a organização social – com o individualismo ocidental do liberalismo. Contudo, o projeto de Hugo Preuß não continha capítulo a respeito dos direitos fundamentais, sob a justificativa de que seria uma ameaça a unidade nacional e a organização do povo alemão. Somente com o projeto de Friederich Naumann é que se acresce ao texto constitucional a segunda parte da Constituição, que trata dos direitos e deveres dos alemães (Bercovici, 2003, p. 14-15; Herrera, 2003, p. 84; Vita, 2018, p. 572-573).

O Livro II contava com cinco capítulos: A pessoa individual; A vida social; Religião e agrupamentos religiosos; Educação e Escola; e A vida econômica (Pinheiro, 2006, p. 116). D’entre os diversos direitos sociais garantidos na Constituição de Weimar, destacam-se: i) a função social da propriedade (art. 153, § 2º); (ii) a possibilidade de desapropriação de terras para satisfação da coletividade (art. 153, § 1º); (iii) direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); (iv) proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros (art. 161); (v) direito à classe trabalhadora de garantia dos direitos sociais (art. 162); (vi) seguro-desemprego (art. 163, § 1º); e (vii) direito a participação nos Conselhos (art. 165) (Pinheiro, 2006, p. 117; Cornell, online).

Com a incorporação dos direitos sociais aos direitos fundamentais de primeira dimensão, houve, segundo expõe Gilberto Bercovici (2003, p. 15-16), três diferentes reações dos juristas: (i) a primeira, logo após promulgada a Constituição, crítica aos dispositivos,

argumentando ser meras expressões políticas; (ii) após 1923, passam a defender que se tratavam de direitos públicos subjetivos que necessitariam de concretização pela via legislativa; e (iii) após 1930, tornaram-se o “campo de batalha” dos conflitos políticos em meio as decretações de estado de emergência.

A Constituição de Weimar aparentava organizar conjuntamente três programas políticos distintos: o social-liberalismo, o social-catolicismo e o socialista. E essa integralização estava presente, principalmente, na constituição econômica da Constituição de Weimar (Herrera, 2003, p. 85).

Vital Moreira (1979, p. 35) conceitua a constituição econômica como um conjunto de preceitos e instituições jurídicas que visam garantir elementos definidores do sistema econômico do Estado. Para isso, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia. De maneira não muito distinta, Washington Peluso Albino de Souza (2002, p. 16) define constituição econômica como uma parte integrante da totalidade da constituição. A constituição econômica caracteriza-se pelo conteúdo econômico dentro do texto constitucional, assimilada pela ideologia constitucionalmente adotada. Essa incorporação, vale dizer, não precisa obedecer a uma estrutura rígida; havendo regulação da política econômica dentro de uma constituição, há, ali, uma constituição econômica (Souza, 2002, p. 25-27).

O grande debate em torno das constituições econômicas surge com as constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial (Bercovici, 2003, p. 23). Isso não quer dizer, porém, que a constituição econômica é uma inovação do constitucionalismo social. Toda teoria constitucional está composta por uma constituição econômica (Tavares, 2011, p. 76). A existência de uma ordem econômica sempre esteve presente no texto constitucional do Estado liberal. A constituição econômica liberal existia para garantir os fundamentos do sistema econômico vigente, versando em seu texto sobre a autonomia contratual, direitos de propriedade, liberdade de comércio e liberdade de indústria. O que difere a constituição econômica presente nas constituições do século XIX para as do século XX é que essas buscam não mais somente receber as estruturas vigentes, mas transformá-las (Bercovici, 2005, p. 31-33; Grau, 2018, p. 57-60; Moreira, 1979, p. 95-99).

Carlos Miguel Herrera (2002, p. 33-35) destaca que a constituição econômica de Weimar era dividida em três diferentes níveis: (i) o primeiro com os direitos fundamentais sociais e econômicos; (ii) o segundo com o controle da ordem econômica capitalista pela função social da propriedade; e (iii) o terceiro com o mecanismo de colaboração entre as classes por meio dos conselhos estabelecidos no artigo 165 da Constituição de Weimar (Cornell, online).

Os Conselhos surgem de um acordo firmado entre empresários e sindicatos. É uma tentativa de se conter a radicalização dos movimentos de esquerda, com a influência do SPD. A proposta foi a criação de dois Conselhos: o Conselho dos Trabalhadores, com a representação pública dos trabalhadores para o interesse desses nas políticas públicas; e o Conselho Econômico, que estabeleceria a comunhão de interesses entre classes (Bercovici, 2003, p. 27-30). Os Conselhos não foram devidamente concretizados pela política do Reich, ficando meramente circunscritos no texto constitucional. Todavia, conquanto o artigo 165 da Constituição de Weimar jamais tenha se materializado, a busca era a ampliação da cidadania política dos trabalhadores para a cidadania econômica (Bercovici, 2003, p. 34-35).

Entender a figura dos Conselhos, da constituição econômica e dos direitos sociais na Constituição de Weimar passa por entender, também, a virada teórico-política socialista e social-democrata austro-alemã ocorrida à época. Segundo Giacomo Marramao (1990, p. 25-26), há uma mudança significativa da teoria marxista ligada à social-democracia austro-alemã. A transição para o socialismo se daria pelo Estado Democrático. Nasce dali a teoria do capitalismo organizado, formulada por Rudolf Hilferding, com a reforma do sistema capitalista e a estatização da economia rumo ao socialismo (Bercovici, 2003, p. 38-39).

Rudolf Hilferding argumentava que a livre concorrência havia sido substituída pela concentração de capital. Conseqüentemente, há uma modificação do papel do Estado e de sua relação com a burguesia: o Estado deveria garantir o mercado nacional e expandir os mercados pelas práticas imperialistas (Bercovici, 2003, p. 40-41; Hilferding, 1985, p. 312-314 e 318). Hilferding, então, defende que há uma nova tarefa ao proletariado, que é desapropriar os capitalistas do Estado. Isso porque, a organização do capitalismo pelo Estado é hierárquica, não democrática. Conquistar o poder político, assim, dependeria da emancipação econômica (Hilferding, 1985, p. 343-344).

Para se chegar ao socialismo, a consequência necessária do capitalismo organizado era a democracia econômica (Bercovici, 2003, p. 44-45). A democratização do âmbito político dependeria dos partidos para a continuação da luta de classes dentro do Estado, mas sua concretização dependeria da democracia econômica, que somente seria alcançada via cogestão, por meio dos Conselhos, com o desenvolvimento de políticas públicas e do intervencionismo estatal, com o intuito de controlar e subordinar as atividades econômicas para o interesse geral (Bercovici, 2003, pp. 45-46; Marramao, 1990, p. 166-168; Vita, 2018, p. 583-585). Com isso, “a economia deixaria de ser um assunto privado dos empresários, tornando-se um tema público para todo o povo” (Bercovici, 2003, p. 46).

Para Gilberto Bercovici (2003, p. 48), o papel do Estado era fundamental para a política econômica alemã na Constituição de Weimar. O aumento ou a diminuição das políticas públicas e prestações pelo Estado interferiria sobremaneira no núcleo do sistema constitucional weimariano, porquanto os conflitos sobre gastos públicos ou sociais condicionavam as discussões acerca da própria legitimidade da República. Ou seja: o papel dos direitos sociais na Constituição de Weimar dependia diretamente da efetivação, também, da constituição econômica. Tanto que, com a crise econômica pós-1929, a crítica será destinada ao Estado Social e solução encontrada passará pelo combate ao aumento de salários, as garantias trabalhistas e ao próprio Estado Social (Bercovici, 2003, p. 48-49). E como será melhor demonstrado doravante, um dos grandes críticos do Estado Social weimariano é Carl Schmitt, com suas teses sobre o Estado total e a relação entre Estado e economia.

2 CARL SCHMITT, ESTADO TOTAL E ESTADO DE EMERGÊNCIA ECONÔMICO

Carl Schmitt não desenvolveu em seus textos uma teoria do Estado, mas uma teoria da Constituição (Bercovici, 2003, p. 60).

A questão da teoria constitucional schmittiana é a unidade política e a homogeneidade. O Estado deve ser a conjunção da unidade e do político. O Estado é a unidade política de um povo em um território (Bercovici, 2003, p. 54-55; Galli, 2015, p. 1-2; Schmitt, 2009, p. 46-47). O conceito de Estado pressupõe o próprio conceito de político. E, para Schmitt, o político é a relação amigo/inimigo. O inimigo é a ameaça da existência de um povo. O político só se manifesta nas situações de ameaça à unidade política. O objetivo do Estado é a pacificação completa, com a extinção do inimigo (Bercovici, 2003, p. 55-58; Dyzenhaus, 1997, p. 40-42; Galli, 2015, p. 11-12; Schmitt, 2009, p. 51-57).

A constituição é o resultado de uma unidade política. Ela é uma decisão consciente adotada pela unidade política, através do titular do poder constituinte (Schmitt, 2008, p. 75-77).

Para Schmitt (2005, p. 5), “soberano é quem decide o estado de exceção”. Nesta celebre frase, a soberania é entendida por Schmitt como uma função politicamente indispensável para a afirmação da ordem (Bercovici, 2003, p. 51). Também, é a partir dessa frase que Schmitt apresenta as três categorias para se pensar o direito: a soberania, a exceção e a decisão (Bignotto, 2008, p. 407).

A exceção schmittiana é um conceito-limite: sua definição não se encaixa na normalidade, mas somente em casos limites. A decisão sobre a exceção é uma decisão proeminente. Para Schmitt, a exceção não pode ser codificada numa tipificação jurídica; a

constituição pode, no máximo, prescrever sobre quem pode tratar de tal questão. E se o estado de exceção não é subordinado a controles, consequentemente ele não é distribuído entre as instâncias do Estado. O controle estará sempre a encargo somente do soberano. O soberano decide sobre a existência do estado emergencial, bem como o que deve ser feito para eliminar a exceção. Ou seja: o soberano situa-se externamente à ordem legal, mas ainda assim pertence a ela, porquanto é ao soberano que compete decidir sobre a suspensão dessa própria ordem (Schmitt, 2005, p. 5-8).

Na análise de Schmitt, a Constituição de Weimar possuía inúmeras obscuridades e compromissos sem decisão. A Constituição de Weimar, com seus dois programas distintos – a primeira parte vinda do Direito burguês; e a segunda parte derivada do Direito bolchevique – trazia compromissos dilatórios que adiavam a decisão sobre temas que necessitavam ser decididos pela unidade política (Bercovici, 2003, p. 16-19; Schmitt, 2008, p. 82-86).

Em suas críticas ao liberalismo e ao parlamentarismo, Schmitt elabora a tese do Estado total. O Estado total seria o Estado nascido a partir da distinção entre Estado-sociedade, no qual todos os problemas se converteriam em questões políticas. Para Schmitt, a distinção Estado-sociedade teria desaparecido com o triunfo do parlamento. O Estado teria se tornado a auto-organização da sociedade. Os partidos políticos passaram a buscar somente a maioria para governar e os conflitos políticos passam a ser solucionados somente a partir da negociação e do debate (Bercovici, 2003, p. 61-62; Galli, 2015, p. 18-20; Scheuerman, 2020, p. 99-101 e 116-119; Schmitt, 2007, p. 146-148; Schmitt, 2009, p. 72-75).

William E. Scheuerman (2020, p. 111) detalha que Schmitt teria inclusive sugerido que as demandas políticas e sociais do século XX, caracterizadas pela equidade de oportunidades, teria levado a uma nova forma de despotismo social e político, no qual o autoritarismo estaria entrelaçado com o Estado Social. A democracia de massas desenvolvia, também, uma contradição entre o individualismo liberal e a homogeneidade do Estado. O parlamentarismo teria se tornado uma disputa de blocos antagônicos pelo poder. Não havia mais, para Schmitt, uma decisão política presente na Constituição de Weimar (Bercovici, 2003, p. 64-65; Dyzenhaus, 1997, p. 59-61).

Carl Schmitt entende que, durante a história, o Estado passou por várias etapas: o Estado absoluto do século XVII, o Estado neutro do século XVIII e parte do século XIX e o Estado total do século XX. O Estado neutro, por ser não-intervencionista e ter neutralidade aos conceitos políticos vigentes, não possuía relação com as diversas dimensões da vida social. É autônomo frente à sociedade. Por isso, era um Estado com plena capacidade política. Era a

própria definição do político (Bercovici, 2003, p. 77; Scheuerman, 2020, p. 78-79; Schmitt, 2007, p. 116-117).

Porém, no Estado total, com a dissipação da divisão Estado-sociedade, o Estado se torna o grande âmbito dos conflitos da vida social. Com efeito, o Estado torna-se politicamente fraco, pois não distingue o que de político nele (Schmitt, 2009, p. 47). Na síntese de Jean-François Kervégan (2006, p. 70-71), o Estado total é um Estado debilitado, que surge da conjunção entre: (i) Estado social, em razão de sua função estatal e administrativa na vida social; (ii) Estado de partidos, dominado pela autorrealização partidária; e (iii) Estado administrativo, uma vez que se baseava diretamente na influência da burocracia e por medidas técnicas da Administração.

O Estado total também era entendido por Schmitt como um Estado econômico: os centros da decisão econômica são autônomos e dominados pela policracia, um conjunto de titulares autônomos da economia política, limitados politicamente (Schmitt, 2007, p. 133-135). Por isso, Schmitt entendia que a Constituição de Weimar não possuía uma constituição econômica, uma vez que as constituições econômicas só seriam as constituições estatais, como a bolchevique e a fascista. A Constituição de Weimar teria previsto um Estado econômica, não uma constituição econômica. Na interpretação schmittiana, ao mesmo tempo em que a Constituição de Weimar assumiu tarefas econômicas e sociais, tornou a administração dessas tarefas dependentes de interesses econômicos (Bercovici, 2003, p. 79-84; Schmitt, 2007, p. 116, 141-144 e 153-156).

Assim, Weimar seria um Estado total quantitativo, que, segundo Schmitt, é

(...) o Estado *total* da identidade ente Estado e sociedade, o qual não é desinteressado em relação a nenhum âmbito de coisas e agarra potencialmente qualquer âmbito. Consequentemente, nele, *tudo* é político, pelo menos segundo a possibilidade, e a referência ao Estado já não está apta a fundar uma marca específica de diferenciação do “político” (Schmitt, 2009, p. 46).

A saída, para Schmitt, é um Estado total qualitativo: um Estado forte, autoritário na política, mas que, ao mesmo tempo, garanta o livre mercado na esfera econômica. Desse modo, a solução schmittiana é um Estado forte e autoritário, mas que permita uma economia livre. A economia de Schmitt deve ser despolitizada, privada e liberal. O Estado deve coordenar a economia, mas só atuar diretamente no mínimo indispensável (Bercovici, 2003, p. 84-85; Cristi, 1998, p. 189).

Segundo Schmitt, além do retorno da neutralidade, o Estado deveria ser despolitizado: ultrapassar o programa político-partidário e se posicionar acima da sociedade e dos partidos

políticos (Schmitt, 2009, p. 59-64). Assim, somente com a despolitização das esferas não-estatais se retomaria a unidade política. Com isso,

O Estado Total Qualitativo subordina a esfera privada, não no sentido da politização da economia, mas para a neutralização dos conflitos econômicos. A economia, assim, é subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado e autônomo (Bercovici, 2003, p. 83).

Isso não necessariamente implica que Schmitt defende o *laissez-faire*. O que Schmitt defende é um limite da atuação do Estado (Schmitt, 2009, p. 136-139). Para isso, Schmitt propõe uma tripartição da gestão da economia: (i) uma esfera do Estado; (ii) uma esfera privada; e (iii) uma esfera intermediária. Essa última esfera seria denominada como a administração econômica autônoma, uma espécie de domínio público não estatal, administrada pelos agentes econômicos (Bercovici, 2003, p. 85-86; Cristi, 1998, p. 196-197).

A forma encontrada para neutralizar a economia dos conflitos políticos, para Schmitt, estaria na utilização dos poderes de exceção pelo Presidente do Reich. Pelo artigo 48, § 2º, da Constituição de Weimar, o Presidente poderia instituir, inclusive, o estado de emergência econômico, diante de uma necessidade financeiro-econômica (Schmitt, 2007, p. 169-172).

O desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção *especificamente econômico e financeiro*. Tanto a praxe do artigo 48, § 2º, da Constituição do Reich quanto, em especial, aquela do artigo 55 da Constituição prussiana reconheceu como admissível, sob a pressão do caráter essencialmente econômico e financeiro de atuais situações de emergência, a aplicação dos poderes extraordinários sobre situações de emergência e perigos de cunho econômico e financeiro. (...) a *condição* para os poderes extraordinários (estado de emergência, considerável ameaça da segurança e ordem públicas) pode estar fundamentada em uma situação de emergência econômica e financeira ou em um perigo que surge de circunstâncias econômicas e financeiras e o caráter primeiramente só econômico e financeiro da situação de partida não exclui a aplicação dos poderes extraordinários. Ademais, do *conteúdo* dos poderes extraordinários faz, também, parte o direito de publicar decretos do conteúdo e caráter econômico e financeiro, substitutivos deles (Schmitt, 2007, p. 173-175).

As ideias autoritárias de Schmitt vão passar a ecoar na política alemã principalmente após 1932, com o gabinete de von Papen. As ideias schmittianas também já teriam sido previamente adotadas pelo fascismo italiano. Mussolini instaura o estado de emergência sob o argumento de solucionar a crise econômica no país, com a ideia de diminuição do Estado na atuação econômica. Embora o fascismo seja uma soberania de Estado, a forma de governo é qualificada. O discurso econômico fascista é favorável ao liberalismo econômico. O abandono do liberalismo econômico só ocorre em decorrência da Segunda Guerra Mundial (Bercovici, 2020, p. 308-312; Heller, 2015, p. 295-297).

Desta forma, Gilberto Bercovici (2003, p. 88-89) delibera que, ao mesmo tempo em que Schmitt é contra o liberalismo político, é a favor do liberalismo econômico. Ele reforça o poder do capital ao despolitizar a economia e privilegiar as classes econômicas dominantes.

Na visão de Otto Kirchheimer (2019, p. 1542-1545) o que se busca na teoria de Schmitt é isolar a economia das influências dos órgãos de representação popular. Isso tornaria a economia também isolada da própria democracia. Franz L. Neumann (1964, p. 264-265), de forma semelhante, entende que isolar a economia levou também ao próprio fascismo, porquanto os poderes econômicos buscavam justamente uma economia sem o controle do povo.

Já para Herrmann Heller (2015, pp. 299-301) o Estado autoritário é uma alternativa política escolhida pelo liberalismo. Esse liberalismo torna-se liberal somente na matéria de ordem econômica. Ao mesmo tempo que mantém políticas autoritárias, defende a não-intervenção do Estado da economia, como se fossem sumariamente separado um do outro. Na interpretação de Heller (2015, pp. 300-301), o Estado total qualitativo nada mais é do que a própria destruição do Estado social. O que os grandes defensores do liberalismo econômico queriam não era a não-intervenção econômica do Estado: mantinham os subsídios aos bancos, indústrias e empresas agrícolas. A teoria era abandonar a política social acompanhada pela liberalização da economia, ao mesmo tempo que se crescia o autoritarismo militar do Estado na vida política (Pontes; Verbicaro, 2021, p. 415-416).

William E. Scheuerman (2020, p. 260) compara a teoria econômica schmittiana com o neoliberalismo radical de Hayek. Ambos formulavam críticas claras ao Estado Social e ao pluralismo político, acreditando ser motivo da razão da crise econômica alemã. Renato Cristi (1998, p. 146-149, 193-194 e 198-199) também defende que, além do neoliberalismo, a teoria de Schmitt possui diversas similaridades com a ordo-liberal: principalmente pela despolitização da economia através do isolamento dela de influências político-sociais, até mesmo a defesa e elogios a política econômica adotada pelo Estado fascista.

Juliana Fonseca Pontes e Loiane Prado Verbicaro (2021, p. 421-423) defendem que a discussão entre Carl Schmitt e Herrmann Heller em muito se assemelha as análises formuladas acerca da Wendy Brown sobre o neoliberalismo na atualidade: ao pretender desregulamentar os mercados e destronar a política, o neoliberalismo criou novamente um Estado suscetível às ideias da extrema-direita: um Estado forte, nacionalista e autoritário.

Por fim, para Domenico Losurdo (2004, p. 226-229), o Estado fascista é muito semelhante com o Estado liberal do século XIX: ambos buscaram violar e pôr fim a democracia de massas, ao sufrágio universal e garantir a propriedade privada. A teoria schmittiana é, assim, oposta ao Estado social e aos direitos sociais.

3 A ESCOLA ORDO-LIBERAL E A CONSTITUIÇÃO DE MERCADO

A Lei Fundamental de Bömm de 1949 altera o debate na Alemanha em torno da constituição econômica (Bercovici, 2005, p. 15; Moreira, 1979, p. 101). O silêncio da lei quanto a um sistema econômico próprio desencadeou um conflito sobre a constituição econômica. Uma das correntes defendia que a Lei Fundamental não tinha decisão econômica em seu texto normativo, sendo ela aberta e neutra, cabendo ao legislador ordinário a tomada de decisões sobre a economia. Outra corrente argumentava que a Constituição trazia uma possibilidade de socialização, ligando os direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana. E havia também uma terceira corrente que defendia a tese de que a Lei Fundamental previa uma “economia social de mercado”, sendo que o Estado alemão deveria garantir a livre concorrência (Bercovici, 2005, p. 15-16; Grau, 2018, p. 79).

Essa última linha teórica era promovida pela escola ordo-liberal. A teoria ordo-liberal surge na Alemanha com a Escola de Freiburg. Walter Eucken é o maior expoente intelectual dessa teoria. O ordo-liberalismo se mostra liberal em suas bases e tem em seus fundamentos o Estado como necessário para que os mercados e a competição possam ser formados. A teoria ordo-liberal prevê que o mercado deve ser controlado, devendo o Estado prover e garantir a concorrência e a estabilidade monetária. Com efeito, a teoria também ficou conhecida como “economia social de mercado” (De Mello Klein, 2012, p. 103-106).

Walter Eucken desenvolve a teoria ordo-liberal a partir da ideia de um capitalismo organizado e conduzido pelo Estado defendia que, ao final do século XIX e início do século XX, o Estado era cada vez mais capturado por grupos de interesse privados. Como consequência, houve a politização da economia. Politizada, a economia se tornava anticompetitiva. Isso invariavelmente gerava a formação de oligopólios e o desvirtuamento da concorrência (Eucken, 2017, p. 88-90; Llanos Reyes, 2010, p. 21).

Claudio Llano Reyes (2010, p. 22-24) interpreta o pensamento de Eucken como uma falha ao tentar capturar a realidade de uma situação histórica com teorias de aplicação limitada. Por isso, Eucken cria sua própria categoria histórica de tipo de Estado e economia ideal, o *Wirtschaftsordnung* (constitucionalismo econômico), cujas decisões são promovidas por uma *Wirtschaftsverfassung* (constituição econômica) (Eucken, 2017, p. 85-88).

De forma semelhante, Franz Böhm defende uma dualidade da constituição, com a existência de uma constituição do Estado e uma constituição da economia. A constituição econômica seria, então, autônoma e paralela as decisões políticas da constituição do Estado. Ou

seja, a constituição econômica deveria ser isolada da constituição política. Enquanto a segunda teria o poder decisório nas mãos da Administração Pública, a primeira deveria ser regulada exclusivamente pelos mercados, cabendo a eles a técnica para manutenção da organização econômica (Böhm, 2017, p. 117-120).

É com a escola ordo-liberal que surge a teoria do constitucionalismo econômico. Como explica David J. Gerber (2001, p. 15-16), o pensamento que formula a ideia da necessidade de um constitucionalismo econômico nasce de um grupo de juristas e economistas que buscam responder a duas situações históricas existentes na Alemanha da época: a ascensão e queda do nazismo e a derrocada da Constituição de Weimar. Para Gerber, é dessa reunião de juristas e economistas que nasce o ordo-liberalismo. Os ordo-liberais procuravam proteger a ordem econômica e a competição. Estavam convencidos de que a economia e o direito, isolados, não poderiam resolver os problemas econômicos e políticos existentes naquele período. Os dois precisavam estar relacionados entre si de maneira específica. Com isso, articulou-se uma nova forma de liberalismo, no qual o direito era um companheiro necessário do mercado, transformando o mercado de uma fonte de divisão social em uma ferramenta de integração social. Assim, “a economia precisava estar inserida em um arcabouço jurídico-constitucional que a protegesse e ajudasse a interagir a sociedade a seu redor”¹ (Gerber, 2001, p. 15).

Segundo Kanishka Jayasuriya (2006, p. 243), a ideia motriz da tradição ordo-liberal seria a construção de uma ordem econômica que não pode se dar de modo espontâneo do mercado. Para os ordo-liberais, os processos econômicos, políticos e jurídicos são inter-relacionados. Cada ato de intervenção governamental deve ser visto como uma conexão entre os processos. Por isso, os ordo-liberais acreditavam que o Estado não deve conduzir a economia; em vez disso, deve fornecer um sistema de instituições jurídicas que facilite a construção do mercado.

A característica principal do constitucionalismo econômico teorizado pela teoria ordo-liberal é o isolamento das instituições sociais e econômicas de efeitos da política. O constitucionalismo econômico, de certa forma, ativa os modos de conduta apropriados para uma economia de mercado competitiva. Na visão ordo-liberal, assim, as instituições são projetadas para proteger a ordem econômica de mercado da política. O constitucionalismo econômico ordo-liberal pressupõe que os mercados são produto de interferência estatal, por isso a intervenção do Estado deve ser sistemática em favor dos mercados (Jayasuriya, 2001, p. 453-456; Jayasuriya, 2006, p. 241-243).

¹ “The economy needs to be imbedded in a constitutional-legal framework that would both protect it and help integrate society around it” (tradução livre)

3 CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO NA ATUALIDADE

O cientista político Kanishka Jayasuriya tornou-se um importante divulgador e defensor da tese de que, na atualidade, o constitucionalismo econômico tornou-se um importante aliado do neoliberalismo na gestão de sua política econômica. Embora o germe da ideia de constitucionalismo econômico tenha sido desenvolvido pelo ordo-liberalismo, na atualidade ela apresenta diferenças marcantes a ideia original.

Segundo Kanishka Jayasuriya (2001, p. 444-451), a globalização molda a soberania. Ela molda a forma de soberania e como a soberania se assume em um mercado globalizado. A ordem econômica globalizada não pode simplesmente ser subsumida pela noção tradicional do direito internacional. Isso porque se cria uma soberania fragmentada. O Estado soberano é, de certa forma, substituído por agências reguladoras autônomas. E é por essa fragmentação do Estado que a economia se assume nessa forma globalizada. Com isso, há um crescimento de autoridades internacionais privadas que: (i) operam com base em normas e costumes que levam a produção de um novo direito internacional consuetudinário; (ii) engajam o Estado na gestão desses regimes, com o envolvimento de agências reguladoras independentes; e (iii) a maioria desses regimes depende de normas e padrões informais, que “informalizam” o direito.

Para Jayasuriya (2001, p. 452), é nesse estado de coisas que surge uma nova forma de constitucionalismo econômico. Esse novo constitucionalismo econômico se refere a uma tentativa de tratar o mercado como uma ordem constitucional própria, seguido de suas próprias regras, procedimentos e instituições. Toda essa ordem de mercado opera para protegê-lo de interferências políticas, pressões sociais, discussões populares e da própria intervenção estatal. Essa nova forma de constitucionalismo econômico exige a construção de um tipo específicos de organização e estrutura de Estado: um Estado regulador e sua finalidade regulatória é a salvaguarda da ordem de mercado.

O Estado, dessa maneira, não conduz a economia; apenas fornece um sistema de instituições jurídica que facilite a construção do mercado (Jayasuriya, 2006, p. 241-242). O “novo” constitucionalismo econômico tenta colocar instituições reguladoras fora do alcance das políticas democráticas, desenvolvendo uma “política antipolítica, ou despolitizada” (Jayasuriya, 2001, p. 457-458).

Até mesmo nos casos em que os governos oferecem políticas sociais, essas políticas não colidem com, ou sequer tentam dirimir, os efeitos das políticas econômicas neoliberais. O constitucionalismo econômico da contemporaneidade também atua para que políticas de

inclusão se adequem a democracia de mercado (*citizenship market*). Desse modo, enquanto a ideia do Estado social foi organizada na constitucionalização do conflito de interesses e nas negociações e interpelações entre mercado e esfera social, a democracia de mercado molda e subordina as políticas sociais ao próprio imperativo de mercado (Jayasuriya, 2006, p. 239-241).

Para Gunther Teubner (2012, p. 33-36), a grande questão é que o constitucionalismo econômico busca legitimar a Constituição Econômica pela tecnocracia econômica. A teoria do constitucionalismo econômico afirma que as regras das constituições devem ser exclusivamente baseadas em uma escolha racional. Isso excluiria qualquer perspectiva social geral e não forneceria nenhuma visão sobre os efeitos destrutivos da ação econômica em seus ambientes. O problema é que, como qualquer outra constituição, a Constituição Econômica é produto de inúmeras decisões de incerteza que possuem elemento político irreduzível. Ao ignorar seu fundamento não econômico, a Constituição Econômica está fadada a um *déficit* de legitimidade que não pode ser remediada.

A prática econômica desenvolvida pelos defensores dessa forma de constitucionalismo seria, para Teubner, similar a prática imperialista: conhece apenas as formas de coordenação social do mercado, lucro e competição, expandindo-as para todos os meios possíveis, mesmo por meio de intervenções políticas, em áreas que estão fora das transações monetárias. De acordo com Gunther Teubner (2012, p. 34),

Constitucionalismo econômico, teoria dos custos de transação, teoria dos direitos de propriedade, escolha pública, economia das instituições e economia legal são todas vertentes diferentes de um movimento que deseja substituir os termos supostamente obsoletos de interesse público, justiça e solidariedade com o ideal de eficiência econômica. (...) A racionalidade interna do mercado e da organização é identificada com a natureza da sociedade moderna, que precisa refletir a constituição legal da economia e da sociedade.²

² “Economic constitutionalism, transaction cost theory, the theory of property rights, public choice, the economics of institutions, and legal economics are all different strands of one movement that wishes to replace the supposedly stale terms of public interest, justice, and solidarity with the ideal of economic efficiency (...) The internal rationality of market and organization is identified with the nature of modern society, which needs to reflect the legal const As ideias de Schmitt também ecoam no fenômeno do constitucionalismo econômico, defendida, principalmente, por Kanishka Jayasuriya. Para Jayasuriya (2001, p. 452-458), o constitucionalismo econômico se refere a uma tentativa de tratar o mercado como uma ordem

No caso brasileiro, o nome “neoconstitucionalismo econômico” foi criado por Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 121). Segundo Souza Neto, existem três formas de constitucionalismo no debate brasileiro: (i) o constitucionalismo social-dirigente; (ii) o neoconstitucionalismo econômico; e (iii) o constitucionalismo terceira via.

O constitucionalismo social-dirigente defende que a constituição deve conformar um projeto econômico-social a ser implementado pelo Estado. O programa social-dirigente deve ser extraído de forma interpretativa, sendo ele resultante de um compromisso com toda a nação. O neoconstitucionalismo econômico acredita em uma vinculação entre o Estado de direito e a liberdade econômica. Defende posições contrárias a políticas estatais e em favor da independência de bancos centrais e agências regulatórias. É onde ocorre a “privatização do poder público”. E, por último, o constitucionalismo terceira via, sob o falso pretexto de ser compromissória de centro, garante alguns direitos sociais básicos, mas atribui *status* constitucional ao princípio de subsidiariedade, atendendo, assim, aos mesmo planos e programas da segunda corrente (Souza Neto, 2006, p. 121-122).

E é este processo de “liberalização da constituição” que passa o Brasil. Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 122-123), “o que preocupa, contudo, é a ausência de uma reflexão mais intensa acerca das implicações antidemocráticas da dimensão econômico-liberal do compromisso em vigor”.

Mais recentemente, Arnaldo Provasi Lanzara (2018, *online*) argumenta que a EC n. 95/2016 e as reformas trabalhista e previdenciária concretizam o processo de transformação da Constituição de 1988 nos limites impostos pelo constitucionalismo econômico. Para Lanzara, houve a constitucionalização das novas políticas econômicas liberais. Essas reformas são elevadas ao âmbito constitucional, alterando a própria ordem econômica constitucional. A ordem econômica, dessa maneira, se torna algo previsível e neutro em favor dos mercados, livrando-se das injunções políticas e das vicissitudes do processo democrático.

constitucional própria, seguido de suas próprias regras, procedimentos e instituições. Toda essa ordem de mercado opera para protegê-lo de interferências políticas, pressões sociais, discussões populares e da própria intervenção estatal. Essa nova forma de constitucionalismo econômico exige a construção de um tipo específicos de organização e estrutura de Estado: um Estado regulador e sua finalidade regulatória é a salvaguarda da ordem de mercado.
itution of economics and society” (tradução livre).

Portanto, o que se verifica é uma relação direta entre a teoria do constitucionalismo econômico com o pensamento de Carl Schmitt acerca do estado total e do estado de emergência econômico, teorias essas que buscaram retirar um caráter democráticos das decisões econômicas tomadas pelo Estado, bem como foram uma crítica direta aos direitos sociais e tentativa de democracia econômica e social imposta pela Constituição de Weimar.

CONCLUSÃO

A hipótese inicial foi corroborada pela pesquisa realizada neste artigo. O constitucionalismo econômico, além de ter suas bases teóricas sedimentadas na escola ordo-liberal, também o tem estabelecido nas críticas à democracia, ao parlamentarismo e ao liberalismo político de Carl Schmitt, teorias essas que são constantemente classificadas como autoritárias por constitucionalistas e cientistas políticos. E ambas as teorias possuem uma interligação: à crítica ao constitucionalismo social e a busca de uma democracia econômica e social pela Constituição de Weimar.

Em um contexto de crescente globalização, em um sistema financeirizado e cuja racionalidade se opera sob a lógica neoliberal, as ideias de Carl Schmitt e a abordagem ordo-liberal oferece pontos importantes para se compreender os desafios enfrentados pelas democracias contemporâneas, especialmente no que diz respeito à relação entre Estado, mercado e sociedade. A reflexão sobre o estado de exceção, soberania e a economia social de mercado continua relevante para o debate sobre organização política, social e econômica na atualidade.

Outrossim, a análise crítica do constitucionalismo econômico e a crescente influência de grandes *players* da economia privada nas decisões políticas e sociais nos Estados deve ser mais do que nunca debatida, para que se crie alternativas de governanças que estejam atrelados a integração global, mas também mantenham suas soberanias nacionais. Nesse sentido, o legado intelectual de Schmitt e da escola ordo-liberal desafia a repensar os fundamentos do Estado contemporâneo e a busca por novos caminhos para conciliar os princípios democráticos com as demandas da economia globalizada.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Entre o Estado total e o Estado social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

_____. **Soberania e constituição**: para uma crítica ao constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BIGNOTTO, N. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion: Revista de Filosofia**, v. 49, n. 118, p. 401–415, dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQRz/?lang=pt#.m>. Acesso em 13 abr. 2024.

BÖHM, Franz. Economic order as a problem of economic policy and problem of the economic constitution. *In*: BIEBRICHER, Thomas; VOGELMANN, Frieder. **The birth of austerity**: German ordoliberalism and contemporary neoliberalism. London: Rowman & Littlefield, 2017, p. 115-120.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISTI, Renato. **Carl Schmitt and authoritarian liberalism**: strong state, free economy. Cardiff: University of Wales Press, 1998.

DE MELLO KLEN, Caroline Rippe. O ordoliberalismo alemão expresso no ideário econômico de Roberto Campos. **Revista do Historiador**, Porto Alegre, v. 5, n. 5, p. 103-118, 2012. Disponível em: <https://revistahistoriador.com.br/index.php/principal/issue/view/7>. Acesso em 14.04.2024.

DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. **Estado, democracia e direitos na crise do constitucionalismo liberal**: uma comparação entre o pensamento jurídico francês e o brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-141125/pt-br.php>. Acesso em 15 abr. 2024.

DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herrmann Heller. Oxford: Oxford University Press, 1997.

EUCKEN, Walter. Competition as the basic principle of the Economic Constitution. *In*: BIEBRICHER, Thomas; VOGELMANN, Frieder. **The birth of austerity**: German ordoliberalism and contemporary neoliberalism. London: Rowman & Littlefield, 2017, p. 81-98.

_____. What is competitive order? *In*: BIEBRICHER, Thomas; VOGELMANN, Frieder. **The birth of austerity**: German ordoliberalism and contemporary neoliberalism. London: Rowman & Littlefield, 2017, p. 99-108.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trota, 2007.

GALLI, Carlo. **Janu's Gaze: essays on Carl Schmitt**. Duke University Press, 2015.

GERBER, David J. Economic constitutionalism and the challenge of globalization: the enemy is gone? **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)**, v. 157, n. 1, p. 14-22, 2001.

HELLER, Herrmann. Authoritarian Liberalism? **European Journal Law**, v. 21, p. 295-301, 2015.

HERRERA, C. M. Estado, constitución y derechos sociales. **Revista Derecho del Estado**, n. 15, p. 75-92, 2015. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4276>. Acesso em 15 abr. 2024.

HILFERDING, Rudolf. **O capital financeiro**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

JAYASURIYA, Kanishka. Economic constitutionalism, liberalism and the new welfare governance. In: ROBISON, Richard (ed.). **The neo-liberal revolution: forging the market state**. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2006. p. 234-253.

_____. Globalization, sovereignty and the rule of law: from political to economic constitutionalism? **Constellation**, v. 8, n. 4, p. 441-460, 2001.

KIRCHHEIMER, O. Weimar... e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 1500–1553, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/42606>. Acesso em: 15 abr. 2024.

LANZARA, A. P. O constitucionalismo econômico e seus impactos no sistema de proteção social brasileiro. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 11, 2018, Curitiba. **Anais...**, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/web/index.php/eventos/11o-encontro-abcp>. Acesso em 14 abr. 2024.

LLANOS REYES, C. El deber del Estado en el ordoliberalismo de Walter Eucken: tradición y conjuntura en el manejo político-económico del Estado. **Revista Chilena de Economía y Sociedad**, v. 4, n. 1, 15-27, 2010.

MARRAMAIO, Giacomo. **O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologia da crise entre os anos vinte e trinta**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

NEUMANN, Franz. **The democratic and the authoritarian state: essays on political and legal theory**. London: Collier-MacMillan, 1964.

PINHEIRO, M. C. B. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de Informação**

Legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, 2006. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>. Acesso em 14 abr. 2024.

PONTES, J. F.; VERBICARO, L. P. Liberalismo autoritário: Carl Schmitt e Hermann Heller encontram Wendy Brown. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 1, n. 1, p. 404–426, 2021. Disponível em:
<https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/28>. Acesso em: 15 abr. 2024.

SCHEUERMAN, William E. **The end of law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century**. 2. ed. London: Rowman & Littlefield International, 2020.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. London: Duke University Press, 2008.

_____. **Dictatorship**: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014.

_____. **O conceito de político**. Lisboa: Almedina, 2015.

_____. **O guardião da constituição**. Bel Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo: entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Renovar, 2006, p. 119-132.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Translated by Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THE CONSTITUTION OF THE GERMAN REICH/August 11, 1919/Translation of Document 2050-PS/Office of U.S. Chief of Counsel. **Cornell University Library**. Disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>. Acesso em 15 abr. 2024.

VITA, L. Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. **Historia Constitucional**, n. 19, p. 565-591, 2018. Disponível em:
<https://www.unioviado.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/503>. Acesso em 15 abr. 2024.