

BIBLIOTECA
Vila, Huck, Otranto, Camargo
e Munhoz Advogados

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

145

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLVI (Nova Série)
janeiro-março/2007

 **MALHEIROS
EDITORES**

A ORDEM JURÍDICA DO MERCADO*

NATALINO IRTI

- 1 -

O tema ora proposto me conduz a um livro – precisamente, *A Ordem Jurídica do Mercado* – publicado em 1998 e relacionado a três princípios:

(1) que a economia de mercado, em relação a outras e diversas estruturas (coletivista, mista, etc.), é *locus artificialis*, e não *locus naturalis* (princípio esse que recebeu a estimada adesão de Eros Roberto Grau);

(2) que essa artificialidade deriva de uma escolha do direito, a qual, dependente de decisões políticas, confere *forma* à economia e a faz, de tempo em tempo, mercantil, coletivista ou mista, e assim por diante;

(3) que aquelas decisões políticas são, por si só, mutáveis, de modo que os vários regimes da economia vêm marcados pela historicidade, e nenhum pode dizer-se absoluto e definitivo.

A tese – exposta, precisamente, nas três palavras: *artificialidade, juridicidade, historicidade* – expressa, de forma nítida e taxativa, a rejeição de qualquer *naturalismo econômico*, no qual o direito aparece como simples imagem ou reprodução de uma ordem que seja primeira e fora dele. O naturalismo, uma vez superada a fé ou ideologia do direito natural, ocupa o terreno da economia; e como o direito natural era en-

* Tradução feita por Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade.

tendido como absoluto e imutável, então a economia de mercado seria provida daqueles caracteres e aspiraria à mesma incondicionada validade. Ainda uma vez, a “natureza” é contraposta à história dos homens e elevada a critério de condução e de juízo do direito positivo. O jusnaturalismo se apresenta não mais de forma teológica ou racional, mas na moderna dimensão da economia.

O naturalismo, tendo por base a imutabilidade das “leis da economia”, rejeita a discordância da política, o mutável fluxo das opiniões, o instável acontecer do direito. Ele é, por sua índole, *antipolítico* e *antijurídico*. E, portanto, cria e preza a zona “neutra”, “técnica”, “independente”, onde silenciam todos os conflitos e imperam somente as “leis do mercado”. Os “competentes” têm a capacidade de entendê-la e de traduzi-la, se assim for necessário, em normas jurídicas, porém sempre longe das disputas parlamentares e do conflito das partes. É verdadeiramente singular que notáveis da esquerda histórica não se cansam de professar a ideologia do mercado e utilizam os acontecimentos financeiros e econômicos como exclusivos critérios de juízo, tentando repreender a direita por, pouco ou muito, dela se distanciar; verdadeiramente singular, pois assim decretam a ruína da política,¹ ou, melhor, praticam a política dos seus próprios adversários.

1. V., especificamente: M. Cacciari, *Geografia della Filosofia dell'Europa*, 3ª ed., Milão, Adelphi, 1994, p. 125.

- 2 -

Ao naturalismo, ou seja, aos “liberais da cátedra”, pode imediatamente se opor que aquelas “leis da economia”, consideradas por eles imutáveis e perenes, são todas *povoadas de institutos jurídicos*: da propriedade privada à autonomia contratual, do dever de cumprir os acordos à liberdade de disposição testamentária. E são institutos não naturais, ou dados desde sempre e para sempre ao homem, mas *historicamente definidos*: resultados alcançados no curso daquelas batalhas políticas, que agora se quer sejam silenciadas e apagadas. Descubra-se, assim, que o naturalismo é bem pouco “natural” e que, mais do que tudo, atribui à natureza, protegendo com predicados de absolutos e imutáveis o contingente resultado de um período histórico e de uma vontade política. O método de todo jusnaturalismo está precisamente no transferir para o mundo natural aquilo que pertence ao mundo histórico e, então, *no converter um processo de vontade em processo de pensamento*, de modo que o conhecimento de leis naturais dispense o querer leis históricas ou obrigações a querê-las que sejam conformes.

E também pode se opor que o próprio Friedrich August von Hayek, reconhecido como maestro dos “liberais da cátedra”, percebe a intrínseca conexão entre direito e economia, colocando a mesma em um *cosmos*, fundado sobre *nomoi* (*nomos* é “uma norma abstrata não devida à vontade concreta de qualquer um, aplicável em casos particulares independentemente das conseqüências, uma lei que pode ser ‘encontrada’, e não criada por particulares fins previsíveis”²). Notamos – e no meu livro isso é melhor desenvolvido – que Hayek destaca duas formas de conexões entre direito e economia (a *taxis* construída

2. F. A. Hayek, “La confusione del linguaggio nel pensiero politico”, in F. A. Hayek, *Nuovi Studi di Filosofia, Politica, Economia e Storia delle Idee*, Roma, Armando, 1998, p. 90.

por leis quistas e o *cosmos* apoiado sobre leis “encontradas”), demonstrando privilegiar e preferir a segunda, e então fazendo apelo à vontade dos homens a fim de que compartilham e sigam tal escolha. Antes do “querer” a *taxis* ou do “encontrar” o *cosmos*, existe a decisão de escolher aquele querer ou aquele encontrar: da vontade, quanto à posição e im-posição de normas, o próprio Hayek não pode sair. E logo que acrescenta que as leis “encontradas” – deslocando, como ocorre no método de todo jusnaturalismo, o problema normativo do querer para conhecer – exigiriam a indicação do *lugar de encontro*, o qual não seria outro senão a história dos institutos jurídicos, produtos da vontade humana no curso do tempo.

- 3 -

À definição do mercado como *locus artificialis* (fórmula criada em 1998 no círculo da linguagem jurídica) costuma-se replicar que o mercado não precisa do *direito estatal*, pois ele mesmo é capaz de produzir o seu próprio direito. Não acreditamos merecer reprovação a troca entre legislativo e normativo, ou entre estatal e jurídico. O problema é outro e se estabelece no configurar e pensar a intrínseca normatividade do mercado. Não se conhece como verdadeiro algum mercado (mercado determinado no tempo e no espaço) que não *pressuponha* institutos jurídicos: também a elemental distinção do “meu” e do “teu”, da qual procede todo ato de troca, implica a *remissão a um critério determinativo*. O mercado não cria, mas postula a distinção entre “meu” e “teu”, e então que os bens sejam reconhecidos como propriedade privada, e não como propriedade comum. A troca é, por sua essência, instituto jurídico e não poderia não ser, pois ela determina que o “meu” se torne “teu” e que o “teu” se torne “meu”. E este “meu” e este “teu” nada mais designam que o pertencimento dos bens, atribuídos e protegidos

por qualquer direito. Destaque-se, ainda, que isso também diz respeito à pressuposição das moedas, ou de formas de garantias e responsabilidade patrimoniais, e assim por diante.³

O ponto é que os defensores da espontânea normatividade do mercado imaginam – ainda que não confessem imaginar – um estado originário e primordial, em que os homens, libertados dos laços dos direitos históricos, encontram-se, negociam e estipulam acordos, os quais seriam, enquanto tais, vinculativos e obrigatórios. Trata-se, como se pode ver, do habitual naturalismo, que, todavia, esquece de explicar *porque* os acordos teriam eficácia vinculante, bem como quais remédios e sanções seriam predispostos no caso de descumprimento. Todo acordo, sem ligações com direitos positivos (de estados ou de uniões de estados), seria em si colhido e exaurido na própria solidão. O *solipsismo* *negocial* transferiria aos acordos, ao acordo singular, os atributos da soberania: originários, apoiados sobre si mesmos, não demandando a outros a sua legitimação. E, então, deveria se imaginar, para qualquer um deles, uma *Grundnorm*, que estivesse no *início* e decretasse sua obrigatoriedade: o famoso *pactum est servandum*, que teria aplicação solitária em todo acordo.

A isto não chegam (nem mesmo argumentam) os defensores da natural normatividade do mercado, os quais tampouco explicam o extremo apelo à *força coerciti-*

va dos estados, que, embora afastados e sepultados entre as relíquias do passado, ressurgem e se fazem necessários. Indispensáveis como lugares de execução dos acordos (que também devem se apoiar em qualquer território); indispensáveis no oferecer a força coercitiva, quando os pactos são violados e os indivíduos se descobrem impotentes e desarmados.⁴

– 4 –

Precisamente quando a ideologia do mercado parece a única e exclusiva forma do pensar coletivo, empreendedores, homens das finanças e “técnicos” da economia, não somente pedem que o Estado abdique daquilo que permanece público, mas começam a invocar novas regras. Acontecimento que não é estranho nem inexplicável, caso se considere que as velhas regras contrastam ou obstaculizam a hegemonia do mercado, enquanto as novas o expandem e reforçam. Mas acontecimento que, também, demonstra a necessidade conformativa do direito e o fato de que a vontade dos homens, ab-rogadora ou emancipadora de normas, é sempre colocada como “chefe” na implantação de um regime econômico.

Atrás da antítese entre lei natural da economia – neutras, absolutas e objetivas – e leis históricas – dependentes do querer humano – sempre se agita a luta política, sempre se confrontam ideologias ou visões da sociedade. Conflito entre uma e outra política, e não entre política e a-política neutralidade. Quando se afirma que o direito determina a economia, e o mercado se resolve no estatuto de normas, não se propõe um ou outro regime de trocas, uma

4. Perspicazes observações em A. Negri, *Guide-Cinque Lezioni su Impero e Dintorni*, Milão, Cortina Raffaello, 2003, p. 3. V., tb., N. Irti, “Le categorie giuridiche della globalizzazione”, *Rivista di Diritto Civile*, Roma, v. 48, n. 5, pp. 625-636, set./out. 2002.

ou outra disciplina da propriedade, mas somente se recorda o elementar *pressuposto de todas as estruturas: a vontade política, traduzida em instituições jurídicas*.

As soluções ecléticas e compromissárias, que experimentam distribuir percentuais de influência entre direito e economia, pouco ou nada alcançam em termos de nitidez argumentativa e precisão de pensamento. O discurso sempre volta à vontade do homem, manifestando-se na luta política e nas escolhas legislativas. A conformação da economia não é o terreno da paz, mas do mais áspero e duro conflito: é onde estão, um contra o outro, visões de vida, projetos de sociedade, interpretações do passado, esperas pelo futuro. E assim – convém ainda sublinhar –, quando o Estado se retira da economia, “privatizando” bens e empresas, não ocorre o esvaziamento da política, nem o objetivo império da natureza, mas uma plenitude da política, daquele querer humano que escolheu um determinado regime de propriedade e de negócios.

A ordem jurídica do mercado pode-se dizer puramente liberal, pois entrega a liberdade dos homens, que se desenvolve nas lutas políticas e nas escolhas legislativas, o poder de conformar a economia e de querer esta ou aquela estrutura. “Quem tem medo da vontade” – escreveu um filósofo⁵ – “tem medo da história”. E – acrescentaríamos ainda – quem sustenta o naturalismo econômico e entende como absoluto e imutável o regime da propriedade e das trocas privadas tem medo da vontade e da história. A vontade que institui e determina a estrutura econômica também está em condições de demolir e depô-la. E, por isso, o agir humano é igualmente necessário para defendê-la e derrubá-la. A inerte e passiva natureza não tem nada a nos dizer.

Tais posições – se ouve replicar – podem talvez convir à economia dos Estados

5. G. Calogero, *La Scuola dell'Uomo*, Florença, Sansoni, 1939, p. 88.

nacionais, mas certamente não explicam as formas e os modos da “globalização”. Onde não existe mais a pluralidade de territórios, mas somente um único espaço; onde se exauriu a antiga *coextensão* entre política, direito e economia, já que esta última tem um alcance planetário, enquanto os outros elementos permanecem fechados nas velhas fronteiras. A desfronteirização, na qual domina a nova aliança entre economia e técnica, rejeitaria não somente os singulares direitos estatais, mas toda espécie de prescrição heterônoma. Ela produziria, por si mesma, o seu próprio direito.

É inútil repetir aqui a crítica, ora desenvolvida, à espontaneidade normativa do mercado e insistir em afirmar que os acordos, em qualquer lugar e de qualquer forma realizados, apóiam-se necessariamente no território dos Estados singulares. A passagem do espaço tecno-econômico para lugares determinados é inevitável. O problema – visto que a economia global precisou do direito e que sem direito ela não pode nem se constituir nem se desenvolver – está na *individualização do direito aplicável*.⁶ Aqui se colocam soluções diversas: ou que um poder imperial domine e regule a economia global; ou que os negócios escolham, eles mesmos, o lugar do direito (de modo que os Estados pareçam participar de uma “corrida para ver quem consegue diminuir mais os custos”, ao oferecer a mercadoria jurídica); ou que os Estados, desfrutando ao máximo a artificialidade da técnica normativa, estipulem tratados, instituíam uniões e órgãos internacionais, e por isso sejam capazes de seguir e capturar os atos das empresas. Mais uma vez, cabe à *decisão política* escolher o caminho. Qualquer solução será uma solução política.

E, assim, se retorna ao caráter de artificialidade, no qual se moveram estas páginas. A artificialidade, que designa a abso-

6. Cf. N. Irti, *Norma e Luoghi. Problemi di Geodiritto*, Roma/Bari, Laterza, 2001.

luta inaturalidade é o principal traço do direito moderno, ou, se se preferir, da modernidade jurídica. A vontade político-jurídica, livre das ligações com o direito natural e com todo fundamento imutável, pode admitir qualquer conteúdo, adotar qualquer instituição. As normas são *artefatos*, indiferentes aos conteúdos, capazes de determinar o seu tempo e o seu espaço. A elas se aplica o mero *formalismo da produção*: tudo é procedimento; o procedimento assume o lugar do fundamento.⁷ Esta artificialidade permite que o direito se descole dos lugares originários e se estenda, a mercê de acordos entre Estados, a uma pluralidade de territórios.

A artificialidade jurídica é fraterna para com a tecno-economia planetária e, por isso, na identidade de sua essência, pode estar à sua frente sendo hostil e inimiga, ou, ao seu lado, sendo solidária e auxiliar. O desenraizamento do direito, o fracasso do *Nomos* antigo, a capacidade de determinar tempos e espaços de aplicação: somente estes fatores permitem descer ao terreno próprio da tecno-economia e tornam a medida da regra coextensiva na medida do regulado. Através de acordos entre os Estados, e então com instrumentos artificiais, o direito está em grau de abarcar, no todo ou em parte, a economia planetária.

É sempre aos Estados que se dirige o extremo apelo da economia, quando – como já notamos – os acordos privados são descumpridos e a necessidade da força coercitiva se torna imprescindível. Justamente este apelo demonstra que os acordos particulares e a própria *lex mercatoria* não constituem fontes originárias de direito, mas sempre pressupõem os ordenamentos jurídicos. Não é que a *lex mercatoria* se sirva do direito estatal (ou de uniões de Estados), mas tais ordenamentos deixam espaço, mais ou menos amplos, à autonomia dos particulares. Acordos negociais e *lex*

7. Cf. N. Irti, *Il Salvagente della Forma*, Roma/Bari, Laterza, 2007.

mercatoria estão dentro daqueles direitos, dos quais se exige, em caso de violação, a invocação do poder coercitivo. Como bem observado⁸ “o poder soberano é chamado a garantir e assegurar a *lex mercatoria*, mas esta proteção é sempre uma relação de inclusão, determinada na medida das necessidades de todas as partes em causa”. Onde somente seria necessário esclarecer que a inclusão não é um *posterius*, mas um *prius*; e que as partes podem se valer da tutela, na medida em que aqueles seus acordos e aquela *lex* já sejam previstos pela lei estatal e sejam reconhecidos como meritórios de proteção. A admissão à tutela, judicial e coercitiva, sempre postula um critério de escolha, em que os Estados determinam – ou, melhor, predeterminam – o lícito e o ilícito, o relevante e o irrelevante, o protegido e o rejeitado.

– 5 –

O discurso, que mova o direito em direção à economia, ou que surja desta em direção àquele, sempre se entrelaça com a decisão política, com a *tomada de posição* sobre os interesses em jogo. A escolha dos interesses merecedores de proteção e dos interesses destinados ao sacrifício não se confia a critérios objetivos ou a leis naturalísticas, mas ao querer humano. Quando os “liberais da cátedra” invocam as leis naturais da economia, ou a neutralidade do mercado, e pretendem que o direito a elas se ajuste, eles não sabem (ou sabem muito bem) estar exercitando a nua e pura política, amiga ou inimiga de outras visões da vida e da sociedade. Fora da política nenhum pode sair, nem mesmo quem professe a anti-política do tecnicismo e das competências profissionais. À famosa frase de Walther Rathenau, ser hoje o destino

8. M. Hardt e A. Negri, “Sovranità”, in A. Negri, *Guide-Cinque Lezioni su Impero e Dintorni*, cit., p. 61.

não mais a política mas a economia, Carl Schmitt⁹ se opôs com perspicaz sutileza: “seria mais correto dizer que, agora como antes, o destino continua a ser representado pela política, mas que, no entanto, somente aconteceu que a economia se tornou algo ‘político’ e, portanto, ela também se tornou ‘destino’”. Não é por isso que se deve entender que ao *pan-economicismo* (ao qual igualmente se reconduzem a ideologia de mercado e a filosofia de Marx) se contraponha uma espécie fria de *panjuridicismo*: mas, mais do que tudo, a um e ao outro, a séria vontade da política, que, expressando-se em normas de direito, determina as históricas e mutáveis formas da economia.

Se a estrutura da economia remete às escolhas normativas, e estas ao êxito da luta política, aqui esta última revela-se como o originário fundamento, a vontade decisiva e conformadora das duas esferas.¹⁰ Aqui, não se trata de “encontrar” leis, que a natureza tenha dado aos homens de uma vez por todas, ou de retirá-las de ou-

tras fontes terrenas ou supra-terrenas, mas somente de *querê-las*, ou seja, descer para a arena na luta política, a fim de defender, modificar ou abolir um determinado sistema jurídico-econômico (e econômico porque pressupõe um certo regime de direito). As decisões fundamentais, capazes de dar forma a uma ou outra economia (se os meios de produção devem estar na propriedade privada, se os acordos devem ser tutelados, se os lucros das empresas merecem proteção e assim por diante) são, justamente, atos do agir político, e não do puro conhecer, e então implicam amizade ou inimizade entre idéias e visões da sociedade. O pensamento único – a ideologia liberal, em que a esquerda e a direita parecem concordar – oculta a intrínseca politicidade de toda a estrutura econômica e vende como lei “natural” – neutra, objetiva, imparcial – aquilo que propriamente é o resultado de uma decisão. Somente este desmascaramento pode restituir à política a paixão pelas idéias e a responsabilidade pelas escolhas.

9. C. Schmitt, “Il concetto di politica” (*Begriff des Politischen*, 1927), in C. Schmitt, *Le Categorie del “Politico”*, Bolonha, Il Mulino, 1972, p. 164.

10. Cf. H. Kelsen, “I fondamenti della democrazia” (*Foundations of Democracy*, 1955-1956), in H. Kelsen, *La Democrazia*, Bolonha, Il Mulino,

1984, p. 335: “O exercício deste último [do poder econômico] depende definitivamente daqueles que possuem direitos políticos e, conseqüentemente, o poder de manter ou de abolir o sistema econômico do qual deriva um poder econômico específico”.