

Reflexões sobre a disfunção dos mercados

Calixto Salomão Filho

I- Introdução

Nenhuma disciplina pode ser bem estruturada e organizada sem um profundo estudo crítico de seus pressupostos e limites.

È exatamente esse estudo crítico de pressupostos e limites que parece sempre ter faltado ao ramos do direito que lidam com a organização e disciplina da atividade econômica privada, leia-se o direito comercial e o econômico.

Ora, qualquer estudo crítico nessa matéria tem de partir da análise do pressuposto fundamental para vem sendo utilizado como eixo fundamental de estudo nos últimos tempos: a existência de mercados.

Com efeito, é à organização dos mercados que se dedica o direito comercial desde suas origens modernas. Deixando de lado a antiguidade, não há dúvida que um das épocas mais criativas e estruturados do direito comercial é a Idade Média. È ali a matéria surge exatamente em torno dos pressupostos necessários para o fortalecimento dos mercados. Trabalhos de comentadores como Baldo e Bartolo¹, em matéria de títulos de crédito, foram fundamentais para o soerguimento do comércio na Idade Média. No fundo, o título de crédito nada mais é que uma forma de criar confiança e dar garantia às transações comerciais, i.e permitir a formação de insipiente mercado. E foi isso aquilo que foi feito, com muita eficácia, na Idade Média, através das feiras medievais. Os mercados que ali funcionavam foram em muito impulsionados pela confiança criada pelos títulos de crédito.

¹ V. a respeito da escola de Bartolo - F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano, giuffrè, 1954, p. 572 e ss.

Desde então o direito comercial vem erigindo instrumentos cada vez mais complexos e sofisticados para dar sustentação ao mercado. Desde a tutela direta das transações através dos contratos comerciais até formas mais sofisticadas de institucionalização de mercados como as regras sobre mercado de capitais e mesmo o direito da concorrência. Também a disciplina das organizações empresariais (direito societário) serve, partir da organização interna das relações empresariais, para garantir transparência e participação no mercado. Finalmente, mesmo os temas relacionados tradicionalmente a falhas de mercado, como a disciplina neoclássica da regulação, está vinculadas ao aperfeiçoamento do mercado. Até as visões mais progressistas e críticas sobre regulação, tendentes a operar através dela redistribuições setoriais, acabam por tentar compatibilizar regras de mercado com outros interesses sociais relevantes . O mesmo pode-se dizer no direito econômico – mesmo em relação a visões desenvolvimentistas tendentes a ver na colaboração Estado –empresa privada ou na participação direta do Estado no mercado motor para o desenvolvimento tecnológico. O agente estatal é usado então como grande agente propulsor dos mercados. Há aí também basicamente a tentativa de compatibilizar o funcionamento dos mercados com o interesse público.

Em nenhuma ou quase nenhuma dessas visões discute-se o fundamento do funcionamento dos mercados ou a possibilidade mesmo da existência dos mercados. Mesmo quando se discutem as suas falhas isso é feito apenas no sentido de corrigi-lo e aproximá-lo o tanto quanto possível de modelos ora mais liberais ora mais estatais- intervencionista para seu funcionamento.

O que se esquece é de observar que a idéia de mercado utilizada é do século XVIII, dos liberais clássicos, e que passados três séculos é preciso reconhecer que em muitos casos ele não pode existir e em outros os seus objetivos tem de ser profundamente diversos dos assumidos como verdadeiros.

È fácil ver que tal investigação pode abrir inúmeras novas linhas de pesquisa para o direito comercial e mesmo para o direito econômico. Por ora, parece importante, no entanto, apenas evidenciar duas hipóteses críticas básicas, ou seja: (i) aquelas em que o mercado simplesmente não pode funcionar e (ii) aquelas em que os objetivos

e finalidades do mercado tem de ser radicalmente transformados. È o que se fará a seguir.

II- As proibições de funcionamento

Um primeiro grupo de situações que interessam ao direito e que devem ser estudadas é o das situações em que simplesmente não é possível a existência de mercados. Note-se bem e isso é importante ressaltar, impossível não por convicções político ideológicas mas simplesmente porque não existem requisitos mínimos para o seu funcionamento.

È preciso então identificar quais são as razões lógico-funcionais que impedem o funcionamento dos mercados. A partir dessa constatação será possível tirar as conseqüências jurídicas dessa situação.

Para tanto parece conveniente escolher, entre várias possíveis, apenas as bastante consagradas na teoria econômica e social. Como será verã tais situações, apesar de consagradas, não vem gerando conseqüências em matéria de análise dos mercados e das hipóteses de sua disfunção. São elas (i) os caso de assimetria extrema de informação; (ii) as hipóteses de existência de bens comuns

a) Assimetrias de informação

A primeira delas decorre da chamada assimetria de informação. Identificada há mais de 40 anos em artigo clássico de G. Akerloff (que lhe valeu décadas mais tarde o prêmio Nobel de Economia), elas são bem mais comuns do que se imagina. Em realidade estão presente em todos os mercados. Quando extremas, no entanto, simplesmente impedem o funcionamento dos mercados.

Na época, sustentou que mercados de carros usados e planos de saúde tenderiam ou ao desaparecimento (carros usados) ou à estatização (planos de saúde) em função da ausência de informação suficiente no mercado. O raciocínio desenvolvido é simples mas bastante inovador (à época). Imagine-se uma pessoa de idade titular de um plano de saúde. Por mais que informações tenham sido prestadas, ela sempre terá mais informações sobre sua situação do que a empresa de plano de saúde. Assim a empresa

terá prejuízo. Em um segundo momento a empresa eleva os preços para cobrir tais prejuízos, Com isso passa a atrair apenas pessoas de idade com situação de saúde mais grave, que também tem mais informações que a empresa sobre a sua situação de saúde, repetindo-se o prejuízo. Levada ao infinito essa situação de assimetria fará com os planos ou deixem de ser oferecidos para pessoas de Idade ou sejam oferecidas a preços desarrazoados, que impossibilita a sua aquisição. A consequência será a completa desorganização ou desaparecimento dos mercados, algo em encontra total respaldo na realidade atual dos planos de saúde. A solução seria portanto a substituição dos planos privados por um sistema público de planos de saúde o que foi efetivamente feito nos EUA através do Medicare (que perdura intocado e acima de discussões ideológica até hoje).

A questão é que o problema de absoluta assimetria de informação, não existe só nesse mercados. Tem se reproduzido de forma dramática mais recentemente em vários outros “mercados” de relevância planetária. Nesse sentido vale relembrar o que escrevi no artigo originário sobre o tema².

“Mas de trinta anos depois a previsão se realiza em mercados infinitamente mais complexos. Os derivativos de hipotecas americanas eram complexos e “bem estruturados” exatamente porque capazes de esconder informações sobre o verdadeiro risco corrido.

O contágio, palavra lugar comum do momento, se bem analisado também é consequência da mesma disparidade ou ausência de informação. A interligação de economias via “mercado” é tão grande que é impossível prever ou contar com efeitos que catástrofes econômicas em outros países podem ter sobre nossas relações econômicas. Isso explica muito dos problemas recentes no Brasil com os mercados futuros (de câmbio e outros). A oscilação brusca era uma evento imprevisível, informação não disponível ao momento da conclusão do contrato e cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O fato de o direito permitir compensações ou mesmo recusas de cumprimento de contrato por certos envolvidos com base na alegação de força maior não impede ou impedirá a desorganização dos mercados e seus efeitos econômicos e

²C. Salomão Filho *Menos Mercado in Folha de São Paulo* (15/10/2.008)

sociais reais negativos. Soluções compensatórias não impedem ou resolvem portanto o problema estrutural gerado pela existência desses mercados.

Na verdade a ausência/disparidade de informação nos mercados revela um outro e mais grave problema. Existe uma enorme diferença entre o mercado como centro de trocas de uma pequena comunidade ou agrupamento humano (esse é o mercado na sua concepção original da teoria clássica) e o mercado entendido como *locus* global e virtual de trocas e de organização do sistema econômico. Todas as presunções (informação completa, diluição de agentes) válidos para o primeiro são inexistentes no segundo. Mercado nessa última esfera serve apenas como substituto retórico para a organização das relações econômicas com base em puras relações de poder e de domínio de informação.

Sendo assim, regular tais “mercados” não apresenta do ponto de vista lógico muitas alternativas. Regular aí deve significar simplesmente proibir a existência de certos “mercados”. É o caso de muitos dos derivativos e mesmo de muito contratos futuros. Diz - ao menos a boa - teoria econômica que mercados com grande carência ou disparidade de informação tendem a desaparecer ou a estatizar-se – a crise de 2.008 veio demonstrar que no “mercado globalizado e interconectado”, o desaparecimento e completa desorganização dos mercados, não se restringe ao locus de origem do problema (o mercado de derivativos) mas tende a expandir-se para boa parte do sistema financeiro e produtivo exigindo a estatização ou meia –estatização em escala planetária.

A solução parece ser, portanto, a existência de menos mercados. Desestimular a existência de trocas em relação a certas mercadorias ou serviços não é algo negativo. Historicamente, momentos de grandes fluxos de trocas comerciais, sobretudo de produtos de utilidade duvidosa, não coincidem com épocas de grandes invenções. Ao contrário, quando esses fluxos arrefecem é que a criação de riqueza passa a depender de inovação, criação e invenção. Na história econômica, a busca de novos mercados e o raciocínio mercantilista sempre foi sinônimo de dominação, dependência e pobreza e os países subdesenvolvidos e em via de desenvolvimento, de passado colonial, são as grandes testemunhas e vítimas dessa equação.

Desaparecidos os derivativos, os mercados futuros delirantes e o comércio e riqueza fácil que deles derivaram e derivam haveria menos risco de sobressaltos e penúria

duradoura. Ao contrário, talvez surjam mais estímulos para novas criações e invenções – quiçá até mesmo em áreas tão carentes para o ser humano como saúde e meio ambiente. Menos mercado significará então menos crise e mais criação.

Causa imenso espanto, portanto, o contínuo descaso jurídico em relação à especulação financeira internacional. Nada ou praticamente nada se fez em matéria de regulamentação financeira internacional. A idéia de limitação aos fluxos especulativos, necessidade evidente desde 2.008, morreu na praia, na captura dos governantes (particularmente o norte americano e os europeus, particularmente afetados pela crise) pelos interesses do sistema financeiro”.

Nota-se, portanto, que nenhum efeito sistêmico em relação à regulação dos mercados ou mais concretamente à proibição de existência de mercados tem sido feito, apesar da sabida e desestruturados assimetria de informações.

b) Bens comuns

O segundo grupo de hipóteses que excluem a idéia de mercado ocorre quando estão presentes os bens comuns. Ou seja, aí não é da estrutura das relações mas do tipo de bem (e, como se verá, do tipo de interesse a ele relacionado) que deriva a impossibilidade de funcionamento do mercado. Ainda uma vez, a hipótese aqui estudada é consagrada no mundo acadêmico (tendo sua principal formuladora inclusive sido também agraciada com o Prêmio Nobel de Economia) mas tem pouco difusão prática e pouca relevância regulatória.

Para entender bem o significado de “bens comum” é preciso retornar à definição de bens, em especial retornar de forma crítica à distinção entre bens públicos e bens privados. Essa classificação, adotada pelo direito, encontrou apoio na teoria econômica clássica e neoclássica, que até mesmo procurou justificar sua existência com base em certas especificidades.

Assim, na teoria econômica clássica, bens privados têm duas características básicas: são ambos excludable (ou seja indivíduo A pode excluir indivíduo B da utilização) e rivalrous (ou seja o consumo por indivíduo A exclui o consumo por qualquer outra

peessoa)³. Já os bens públicos teriam as características exatamente contrárias. Seriam *non excludable e non rivalrous*.

Essa classificação demonstra, *prima facie*, dois problemas sérios. Em primeiro lugar uma mistura evidente entre características dos bens e disciplina jurídica. Enquanto a rivalidade é uma característica do bem, a exclusividade é um traço de disciplina jurídica. Traço aliás que se justifica apenas em uma realidade de superabundância de bens. A possibilidade de exclusão de utilização do bem como característica do bem, tem como consequência direta a despreocupação com concentração de referido bem em mãos particulares (poder econômico). Com efeito, se a exclusão é admitida o poder também deve ser.

Mas não é só. A referida classificação releva um bom grau de incoerência interna. Basta observar que a própria enumeração das características dos referidos bens.

Enquanto a exclusão de utilização parece ser referir a um bem não consumível, a rivalidade parece se referir a um bem consumível.

Na verdade essa dificuldade revela uma outra, mais profunda. Essa classificação não esgota as possíveis diferenças entre bens quanto a suas características e portanto não é um bom parâmetro para disciplina jurídica.

Essa dificuldade se revelou há muito tempo pela importância adquirida por um trabalho de um ambientalista bem intencionado, que se baseou no fundo na distinção entre bens públicos e bens privados. Trata-se do trabalho de Garret Hardin, que em 1968 identificou a existência de uma “Tragedy of the commons”, exatamente na utilização de bens que não se encaixavam bem na definição de privados ou públicos (e portanto não poderiam ter regulamentação conveniente em nenhuma das disciplinas). A clássica tragédia está na utilização e degradação pelos privados de um bem comum (pasto). Guiados por seus interesses particulares teriam sempre a tendência a colocar seus interesses privados acima do interesse do grupo, o que teria como consequência a

³ P.Samuelson, “The pure theory of public expenditure” in *Review of Economics and Statistics* (1954), n. 36, p. 387 – 389.

destruição do pasto⁴. A ausência de reflexão sobre a possibilidade de uma regulamentação específica para o bem de utilidade comum se deve provavelmente à dificuldade à época de admitir qualquer coisa que não a regulamentação pública ou a privada.

Assim formou-se um consenso com várias sustentações. De um lado a teoria jurídica tradicional sustentando a diferença entre direito público e privado e a conseqüente distinção unitária entre bens públicos e privados. De outro a teoria econômica tradicional, dando ou pretendendo dar fundamento a essas convicções.

Daí a convicção de impossibilidade de regulamentação, ficando tais bens e tais situações relegados à disciplina estática da propriedade privada e da propriedade pública. Não é de espantar o crescimento da concentração de poder econômico sobre bens comuns que nada mais é que o resultado de uma disciplina meramente estática da propriedade privada. Abandonados a si próprios tais bens acabam fadados à concentração e escassez. De outro lado, a propriedade pública, também ela estática e incapaz muitas vezes de ter em conta as necessidades de cada localidade e bem específico, carente de regulamentação especial

Aí é fundamental uma visão estruturalista de como o poder econômico se revela sobre esses bens e como é possível regulá-los de forma a minorar os seus efeitos. Mas antes é preciso aclarar a própria idéia de bens comuns.

Em trabalhos hoje bastante reconhecidos, renomados cientistas sociais⁵ operaram importante revisão crítica dos tipos de bens. Em primeiro lugar substituíram as categorias de rivalidade de consumo pela de possibilidade de subtração ao uso (subtractability of use). Em seguida, substituíram as **respostas** sim e não para as sobreditas categorias por gradações alta ou baixa.

Afinal reconheceram um novo tipo de bem, chamado Common Pool Resource (CPR) ou segundo a denominação que de ora em diante se utilizará Bem Comum. Observe-se em

⁴ G. Hardin, "The tragedy of the commons" in *Science* (1968) n. 162, p. 1243 – 1248.

⁵ Cfr. V. Ostrom, E. Ostrom, "Public goods and public choices" in E.E. Savas (Ed), *Alternatives for delivering public services: towards improved performance*, Boulder, Westview Press, 1977, p. 7 – 49; E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 24.

primeiro lugar que categoria de bem comum resolve o paradoxo criado pelas características de bens públicos e privados. Os bens comuns são caracterizados por alta subtração de uso e também alta dificuldade de exclusão, ou seja, o uso por um diminui a possibilidade de uso por outro (imaginem-se florestas, pastos, rios) e também não é possível, dada a necessidade comum envolvida, excluir pessoas envolvidas pelo bem (participantes da comunidade) de seu uso.

Não é o que ocorre com os bens privados (comida, bem de consumo, etc) em que há baixa dificuldade de exclusão mas alta subtração de uso. O uso por um pode causar escassez a outro (imaginem-se a comida) mas é da natureza do bem, individuado e pertencente a só uma pessoa, a exclusão de seu uso por outrem.

Por outro lado, os bens tipicamente públicos, como educação, saúde, etc são caracterizados tipicamente por baixa subtração de uso e alta dificuldade de exclusão. Esse de toda forma não podem e não devem estar sujeitos a regras de mercado exatamente por poderem e deverem ser oferecidos a todos (exatamente por sua baixa subtração de uso e alta dificuldade de exclusão), tanto os que tem como os que não capacidade para arcar com seus custos

Já os bens comuns geram por natureza um problema de escassez maior que os bens públicos exatamente por ter uma alta taxa de subtração. Enquanto educação (bem público) para um não impede (em princípio) a educação de outro, a subtração de árvores de uma floresta ou de animais de uma reserva impedirá a utilização econômica da floresta ou da reserva por outrem. Assim o problema de escassez é mais grave para o bem comum que para o bem público.

O mesmo deve-se dizer em relação ao bem privado. Ambos tem alta subtração de uso, o bem comum apresenta um grau de rivalidade menor (é possível permitir a utilização por muitos, desde que não predatória). Mais do que isso, apenas o bem comum apresenta dificuldades de apropriação (ou exclusividade), ou seja o bem comum tem por natureza mais pessoas que dependem e devem ter acesso a ele (uma caneta não pode ser utilizada por muitos mas uma fonte água potável pode e deve ser utilizada por muitos). Já aí revela-se uma característica que torna difícil a submissão pura e simples do bem comum ao mercado, onde a apropriação direta é a regra.

Mas é só a dificuldade de apropriação que torna a discussão sobre os bens comuns bastante específica. O fato é que a dificuldade de apropriação cria um problema a mais, para os bens comuns, que é a maior possibilidade de escassez. Observe-se que em uma realidade como essa qualquer apropriação privada gerará um monopólio sobre a utilização de um bem disputado por muitos. O poder aqui deriva da possibilidade de apropriação do bem necessário para muitos e não de uma primazia de produção. Para uma dada comunidade o acesso a uma floresta pode ser fundamental para sua existência ainda que no mesmo país existam enormes quantidades de floresta. Sua subsistência e seus costumes estão a ela ligados e dela não podem se dissociar.

Assim, a aquisição, via mercado, por um particular da propriedade e do direito de limitar ou impedir o acesso a essa comunidade gera enorme poder sobre ela. Gera, na verdade, uma tripla drenagem semelhante aos monopólios tradicionais⁶.

A comunidade estará privada de bens de subsistência, dependendo do proprietário único para obtê-los. Dependerá também para o seu trabalho do proprietário único do recurso natural escasso. E finalmente, acostumada ao uso da floresta para inúmeras atividades, terá poucas alternativas econômicas de sobrevivência.

Observe-se que essa descrição é válida para uma série de bens ligados à natureza como florestas, pesca marítima e fluvial e mesmo propriedades com fontes de água. Sua relação com a proteção do meio ambiente é, portanto, direta e imediata. O poder econômico ou monopólio sobre tais atividades gera conseqüências bastante sérias. Seu poder de gerar escassez e penúria social é enorme. A regulação deverá ter em conta esses problemas.

Mas não apenas a eles. Como a produção da maioria dos bens de consumo depende da disponibilidade de recursos naturais (água, recursos energéticos, etc) eventual problema de escassez em relação a esses bens pode refletir-se – e gravemente – nos bens de consumo.

⁶ V.a respeito da tripla drenagem C. Salomão Filho, *Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique*, Paris, LGDJ, 2.010

A constatação final é que, sendo grave e delicada a questão da apropriação e da escassez o mercado é um péssimo instrumento para organizar trocas em matéria de bens comuns. E por uma razão simples. Sendo o bem essencial, o preço é um péssimo regulador de escassez. Ele só será capaz de regular o modo de apropriação –concentrada em poucos agentes com poder ou diluída –mas nunca reduzir as escassez da essencialidade do produto. O resultado será a concentração dos bem naturais nas mãos dos indivíduos e empresas dominantes, sem alteração dos padrões de consumo.

È preciso, portanto, ter a convicção de que não basta estruturar um mercado para regular tais bens. Talvez alguns dos feixes de direitos que compõe a disciplina dos bens comuns possam estar sujeitos a regras de mercado. Mas outros e talvez a maioria deles deve se sujeitar a regras associativas de distribuição e uso. Mas isso é tema para reflexões mais aprofundadas sobre a disciplina dos bens comuns que na cabem nesta sede⁷.

Por ora, é suficiente se foi possível transmitir a convicção de que uma disciplina tradicional de mercado é absolutamente insuficiente e inadaptável à sua estrutura.

III- As transformações de fundo

Mas não só de negativa que deve viver a crítica ao mercado. Ou seja, uma visão jurídica crítica não deve apenas identificar hipóteses em que o mercado não deve funcionar e portanto a resposta do direito deve ser uma pura e simples proibição em certas relações (assimétricas) ou bens (bens comuns).

a) O mercado unidimensional – as limitações da dimensão preço

Existem outras hipóteses em que os fundamentos e objetivos do funcionamento do mercado estão fundamentalmente trocados ou são inadaptados a seu tempo.

Aqui também existem várias hipóteses que poderiam ser pesquisadas. Mas parece mais interessante concentrar as atenções em uma hipótese específica, qual seja, a da

⁷ V. para algumas reflexões – bastante iniciais – sobre uma possível disciplina. C. Salomão Filho, *Regulação, desenvolvimento e meio ambiente* in *Regulação e desenvolvimento – novos temas*, São Paulo, Malheiros, 2.012

inadaptabilidade do critério preço como principal critério de direcionamento das escolhas no mercado.

Observe-se que o critério preço foi erigido como elemento fundamental para transmissão de informações e orientação de escolhas no mercado em um momento histórico muito específico. Trata-se do momento em que é necessário impulsionar trocas e estimular o comércio.

Nada mais natural, portanto, que escolher um elemento que relacione-se diretamente com o binômio utilidade individual/riqueza individual. Esse é o preço. Só se configura como elemento de transmissão de informações (com todas as imperfeições conhecidas) desde que se simplifique em absoluto as necessidades e objetivos dos indivíduos ao participar do mercado.

E aí está talvez a mais inexplorada falha de toda a construção econômica (clássica e neoclássica) sobre a teoria dos mercados. Trata-se da ausência de reflexão crítica sobre o preço como elemento para a intermediação econômica.

Como intermediador de informações o preço é elemento bastante pobre. Permite uma hipersimplificação de informações, restringindo basicamente as informações que são trocadas no mercado à disponibilidade de transação pelo agente vendedor e à necessidade do agente comprador.

A referência a “disponibilidade de transação” por parte do agente vendedor é proposital. Com efeito, não é correto acreditar que o preço seja um bom transmissor de informações sobre escassez relativa. De um lado porque essa informação é frequentemente concentrada em um ou poucos agentes econômicos. Com efeito a monopolização ou oligopolização dos mercados deixou há muito de ser uma falha ou exceção do sistema tornando-se a sua regra de funcionamento⁸. Os sistemas antitruste e regulatórios demonstraram-se completamente insuficientes para conter essa marcha do capitalismo em direção à monopolização e oligopolização. Desse modo o preço reflete muito mais a disposição a vender do produtor/vendedor que um efeito critério de

⁸ Cfr. C. Salomão Filho, *Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique*, Paris, LGDJ, 2.010

escassez relativa. Como tal permite manipulações e abusos com regra de conduta e ao livre arbítrio dos agentes com poder dominante

Primeiro porque, como visto acima (item II,b) muito bens, por suas características, não se prestam a uma avaliação de escassez relativa. Escassez relativa não é um dado que possa ser levado em conta dada no caso a essencialidade do bem e sua necessidade/possibilidade de compartilhamento.

Conseqüentemente é necessário imaginar outro elemento transmissor de informações que permita tornar mais informada e rica a escolha do comprador ao mesmo tempo que evite a utilização/manipulação de informações pelo vendedor.

Isso indica para a necessidade da criação e estímulo a um novo tipo diferente de mercado, um mercado que permita a avaliação de outros elementos que não apenas o preço e a utilidade relativa dos produtos. Da mesma maneira que o preço foi instrumental ao comércio, objetivos sócio econômico mais relevante desde o fim da Idade Média, é preciso determinar quais outros objetivos sócio econômico dominantes o mundo moderno impõe. Descobrir sim pois eles não serão perseguidos ou serão produzidos naturalmente.

Exatamente como na Idade Média foi necessário a introdução dos títulos de crédito para dar impulso ao comércio, contido e limitado pelo fechamento político/geográfico medieval, é preciso um impulso institucional para superar o atual fetiche existente em torno do mercado (nos moldes liberais). Para refazê-lo é necessário não criatividade econômica mas institutos jurídicos que permitam estruturar trocas e transações econômicas com base em uma cesta de objetivos econômico e não só no binômio utilidade/preço. Sem esse impulso institucional, não há e nem haverá estímulo autônomo para a mudança vindo das forças econômicas (onde interesses e estruturas de poder colaboram para a manutenção do mercado como está)

Não seria aqui o local para elaborar ou sugerir instrumentos complexos para a reestruturação dos mercados. Cabe apenas fazer algumas observações gerais que talvez possam estimular ulteriores reflexões a respeito do tema.

É preciso, de início, distinguir dois tipos de situações. Aquelas em que é possível admitir a convivência de diferentes índices a intermediar as relações econômicas e aquelas em que isso não é possível. Ou seja, dito em outras palavras, situações em que é dado ao usuário escolher o índice que vai ter por base sua escolha e situações em que isso não é possível.

Entre as últimas encontram-se aquelas em que a escolha e presença de índices de preços gera distorções que afetam relevantes objetivos de interesse social. Imagine-se, por exemplo a escolha de instituições de saúde ou educação com base apenas em índices de preço. Obviamente a essencialidade do bem envolvido impede esse tipo de restrição. Eliminar simplesmente o critério preço e basear a escolha no critério qualidade é, não por acaso, com frequência, a solução mais bem sucedida nessas áreas. Daí porque os países que ostentam melhores índices nas duas áreas baseiam a prestação desses serviços em instituições públicas ou sem fins lucrativos que não cobram pelo serviço. O “mercado” continua a existir, o que ocorre é que ele não é mais baseado em preço mas tão somente em índices de qualidade. Note-se bem, a escolha e as alternativas continuam a existir, o que desaparece é o índice preço/utilidade sendo substituído por um índice de qualidade.

Já a primeira situação é mais delicada. A convivência entre diversos índices de escolha costuma ser difícil dada a enorme força de atração do critério preço. O critério preço não é relevante apenas e nem principalmente por representar um índice de utilidade de um produto. Sua importância maior está em representar, *a contrario*, um índice de disponibilidade econômica do indivíduo. Ou seja a opção pelo critério preço é natural menos porque ele represente um índice real de utilidade para o consumidor mas sim porque deixar de gastar representa maior disponibilidade residual de recursos (e, portanto na economia capitalista, de bem estar econômico) para o consumidor.

Assim, a utilização do critério preço, mesmo que de regra, no sistema econômico atual, manipulado e dominado por poucos vendedores, é natural, exatamente por sua importância como “índice de bem estar residual”. Ocorre que, e esse é o problema central, exatamente por sua pouquíssima utilidade como critério de verificação de escassez, o critério preço já é e será cada vez mais de pouca utilidade como elemento apto a garantir a longo prazo os fluxos econômicos.

Explico-me. A economia clássica e sua fé no preço como elemento de intermediação são produto de uma economia de abundância. O preço só é regulador de oferta e demanda caso essas possam variar no tempo. De nada adianta um movimento altista de preços persistente para segurar a demanda se o bem é de grande relevância para o consumidor (alta essencialidade), tampouco ele pode influenciar a oferta se as fontes de matéria prima para produção do bem escasseiam. Ao inverso de nada adiantam movimentos para baixo do preço. Não poderão reduzir a oferta ou ampliar o consumo se esse já se encontra em um patamar máximo, dada a escassez de matéria prima.

Nesse quadro, movimentos de preço passam a ser cada vez mais produto de pura dominação do mercado ou especulação (fenômenos frequentemente ligados) e não de reequilíbrios de oferta e demanda.

Dois movimentos são então necessários. Em primeiro lugar é preciso garantir que o próprio preço, que continuará sempre a ser um referencial importante para o consumidor nas “relações de mercado” (dada a sua relevância como índice de bem estar residual), seja mais representativo de oferta e demanda e menos determinado por movimentos especulativos ou pelo exercício de poder daqueles que detém maior nível de informações que outros. É preciso imaginar, portanto, instrumentos institucionais criativos que permitam eliminar a dispersão de preços derivada da concentração de informações na economia. Isso pode-se fazer através, como se verá abaixo, da eliminação da dispersão de trocas e sua institucionalização em mercados que concentrem todas as transações

Mas não é só. É imperioso também criar e estimular novos indicadores comparativos dos produtos capazes de lidar com a questão da escassez. Esse tipo de indicador deve lidar com dois problemas básicos: (i) ser um indicador capaz de trazer dados sobre bem estar residual do consumidor, que como visto acima é um dos principais fatores que levam à predominância do critério preço hoje em dia. Ou seja o consumidor deve entender qual o bem estar que lhe resulta do consumo desse produto. Em segundo lugar (ii) o indicador deve ser capaz de transmitir informação clara e simplificada ao consumidor sobre a escassez relativa do produto e dos recursos naturais necessários para sua produção. Só assim poderá ser elemento útil para o estímulo aos fluxos econômicos

no médio e longo prazo. Esses fluxos econômicos de longo prazo não serão nunca sustentáveis se não forem baseado em uma nova definição de interesse do consumidor que ilumine a regulação do funcionamento dos “mercados” e que seja capaz de incluir outros legítimos interesses como proteção do meio ambiente e preocupações redistributivas econômicas.

b) Instrumentos: institucionalização e novos indicadores

Se for verdade que a dispersão de preços é um fenômeno bem mais comum do que se imagina e se produz em todos ou praticamente todos os mercados, então o funcionamento “livre” e não institucionalizado da maioria dos mercados pode gerar dispersões de monta.

Com efeito, o fenômeno da dispersão de preços significa que a formação de preços não é produto da interação entre oferta e demanda mais sim da ausência, assimetria ou concentração de informações que faz com que na prática diferentes comerciantes ou agentes econômicos possam vender os seus produtos em diferentes regiões ou diferentes momentos por preços absolutamente diversos que na prática só refletem a desinformação do consumidor e não as condições de escassez e abundância dos referidos produtos (com todas as ressalvas acima expostas à apuração de escassez através de mecanismos de “mercado”).

Nessa hipótese o funcionamento de um mercado “livre e não institucionalizado” só gera mais concentração de poder e incertezas. Se isso for verdade então a maioria dos mercados que existem hoje em dia precisam ser de alguma forma regulamentados ou institucionalizados. E esse talvez seja o primeiro postulado importante desse tópico sobre transformações dos mercados. É preciso que o direito adentre a maioria dos mercados, pois sem ele o seu funcionamento é gerador de crescentes distorções econômicas.

A primeira forma de o direito “adentrar” esses mercados é através de sua institucionalização, ou seja, da construção (jurídica) de mercados que concentrem o maior número possível de transações. O exemplo clássico para tanto é o das bolsas de valores e mercadorias. Ocorre que, com relação a mercadorias, o funcionamento atual

das bolsas significa apenas a existência de um mercado paralelo, normalmente futuro, que permitir a presença de grandes agentes interessados em fazer “hedge financeiro” de suas posições.

Não é esse o tipo de institucionalização necessária. Mercados em que se observe a presença de dispersão de preços como regra (e como observado acima essa hipótese talvez seja a mais comum) ou onde o poder econômico seja extremamente concentrado deveriam ter obrigatoriamente a parte mais relevante de suas transações realizadas através de bolsa especial de mercadorias, criada para tanto e que concentrem a maioria das transações. A presença de todos os vendedores e compradores em um mesmo ambiente, regulamentado e institucionalizado, pode ajudar a diminuir o problema da dispersão e reduzir os efeitos do exercício do poder econômico nos mercados⁹. Obviamente, para que isso ocorra é preciso que do referido mercado participem predominantemente efetivos agentes compradores e vendedores no mercado físico (como compradores ou vendedores), sendo limitada e regulamentada a presença de operadores financeiros (especuladores).

È fato que, pela complexidade de sua criação e operação, tais mercados institucionalizados não poderiam ser introduzidos concomitantemente de uma só vez em todos os setores. Também é fato que se nem sempre essa alternativa seria de realização prática possível na venda direta ao consumidor, em muitos mercados ela é perfeitamente factível nas relações entre produtores e intermediários (atacadistas e varejistas). Essa introdução realizada através do direito e sendo obrigatória (ou seja, criando-se a referida bolsa e havendo obrigação legal de que grandes vendedores e compradores realizem parte expressiva de sua transação nesses mercados), de funcionamento reconhecido pelo direito e regulamentado, corresponderia já a uma transformação em seu funcionamento.

⁹ È importante ressaltar que a experiência brasileira com o setor elétrico nos anos 90 demonstra exatamente os problemas que pode ter a criação de um mercado que não leve em conta as limitações que esse instrumento tem para a disciplina dos fluxos econômicos. Ali pode-se visualizar muitos dos problemas mencionados no presente trabalho em relação aos mercados. Em primeiro lugar porque ali realizou-se a criação artificial de um mercado, em um setor de bens essenciais em que o funcionamento do mercado não seria possível, exatamente porque o bem tem muitas das características de bem comum não podendo ser disciplinado por critérios de mercado. Mas não apenas isso. O modelo adotado, importado de outras realidade de geração de energia não era adaptável ao sistema brasileiro, exatamente porque incapaz de lidar com o problema da escassez- v.a respeito desse último ponto. C. Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2.008, p. 30, nota 21.

Corresponderia no fundo simplesmente à introdução do direito no funcionamento dos mercados, que hoje funcionam basicamente com base em relações de poder.

Mas essa introdução do direito não deveria ser apenas para institucionalizar o seu funcionamento, mas também para transformá-lo. Os mercados mais do que mera institucionalização, carecem de transformações de seus parâmetros.

Como já foi dito acima um parâmetro que carece sem dúvida de transformação é o parâmetro preço como elemento principal de transmissão de informações. É premente a necessidade de encontrar outros indicadores, capazes de transmitir informação mais útil ao consumidor do que simplesmente a mensuração da utilidade marginal. Essa perspectiva unidimensional deve ser, como visto, superada em um mundo de escassez absoluta de recursos. A insuficiência do preço como medida de escassez relativa é cada vez mais clara evidente (vide supra letra *a*).

Existem por outro lado várias possíveis medidas ou variáveis que podem ser construídas e trazer informações úteis ao consumidor. Uma delas é algo que pode chamar eficiência social do produto. A forma de produção (com respeito a regras trabalhistas), o respeito a normas do meio ambiente, tudo isso compõe um quadro de eficiência social. Transformado em um ou mais índices elaborados por instituições idôneas e divulgados obrigatoriamente ao grande público consumidor, ajudariam e muito na escolha do consumidor.

Não é aqui o lugar para discutir forma e conteúdo desses índices, mas apenas para sugerir linhas gerais; É possível afirmar que seriam capazes de proporcionar um *screening* positivo das qualidades do produto, destacando os de maior “eficiência social”. Esse *screening* ou valorização de qualidades tem se provado extremamente útil quando utilizado nos mercados¹⁰. No caso das mercadorias, permitiria começar a criar

¹⁰ A idéia básica do novo mercado foi exatamente criar padrões diferenciados de exigências jurídicas e práticas de “governança corporativa” que permitissem aos investidores escolher as conjugações que melhor lhes interessassem de solidez financeira e garantias jurídicas, ou seja, criou-se um outro “mercado” ou uma “outra possibilidade de escolha” consistente exatamente na escolha de empresas com boas práticas éticas. O efeito da criação desse novo mercado foi exatamente uma enorme diferenciação e valorização das empresas componentes mostrando o potencial e a necessidade de criação e intucionalização de outros tipos de escolha – v. a respeito. C. Salomão Filho, *Análise estruturalista do direito societário* in Novo direito societário, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2.001, p. 68 e ss. Ainda que criado em um ambiente específico como o mercado de capitais e que suas conclusões sejam válidas

uma cultura no consumidor de respeito a valores sociais e ambientais. È claro que isso é algo que leva tempo e não seria possível simplesmente substituir o critério preço por um novo critério (exatamente pela importância do preço como medida do bem estar residual – v. supra item a). Mas a experiência em outros mercados demonstra, repita-se, que se trata de experimento bastante eficaz de ampliação da informação e eliminação de distorções. Entre essas distorções destaca-se o poder econômico e seu exercício nos mercados. O índice de eficácia social sem dúvida contribuiria para minimizar esses efeitos.

Permitindo selecionar a eficácia social, torna possível restringir o efeito das economias de escala, que se reflete sobre o preço e beneficia os grandes produtores, reforçando seu poder de mercado. Mas não é só. Também permite adaptar o funcionamento do mercado às necessidades dos tempos atuais.

Melhor distribuição de recursos e respeito ao meio ambiente afetam diretamente a questão primordial a ser resolvida pelo funcionamento do sistema econômico: a escassez. Como visto acima (item a) para o tratamento da questão da escassez o critério preço é praticamente inútil. Já a medida de eficácia social, exatamente por permitir incluir a taxa de utilização de recursos naturais na produção do bem, permite criar movimento de conscientização relevante. Pode incluir inclusive um índice para a escassez relativa dos produtos utilizados como insumo na fabricação do bem e servir de guia para a restrição do seu consumo.

Obviamente, para que tudo isso seja possível, é necessário enfrentar dois problemas relevantes. Em primeiro lugar a questão de como dar clareza e transparência suficiente a esse índice ou índices de forma a que possam ser compreendidos pelo consumidor e utilizados como critério de escolha. A boa notícia é que na verdade existem precedentes bem sucedidos de *screening*, ou valorização das qualidades, que nos sugerem que o problema da clareza e acesso a informação pode ser superado com criatividade institucional e que é possível sim criar ou modificar mercados com base na valorização de qualidades positivas e não exclusivamente no preço (v. supra nota n. 10).

precipuaamente para este, a idéia central de criação de um mercado com base em uma escolha diversa que não meramente a de preço é muito importante e permite acreditar que esse dito de escolha alternativa possa ser oferecida em outras mercados e outros produtos em relação a escolhas socialmente mais relevantes.

No caso de bens de consumo de massa esses índices deveriam ser elaborados e divulgados por entidade consagrada, contratadas pelo Estado, que certificariam diversos valores, elaborando um índice integrado e expressando o valor do produto em termos de cada um dos objetivos perseguidos. Seria por hipótese interessante elaborar um índice social e outro ambiental, que expressariam o valor do produto e comparariam os diversos produtos respectivamente: (i) para o índice social em termos de respeito aos valores trabalhistas e sociais na produção e comercialização e (ii) para o índice ambiental, respeito aos valores ambientais

O segundo problema, tão sério quanto o primeiro, é o da voluntariedade do uso dos indicadores. Como visto acima o critério preço é o natural e tem uma *vis atrativa* histórica e influenciada pela sua importância como medida de utilidade residual. Mas não apenas isso. Como experimentos recentes ajudaram a demonstrar, a participação no mercado incita a cobiça, diminuindo o apego moral dos indivíduos¹¹. Assim, declarações individuais de apego ao meio ambiente ou repulsa ao trabalho escravo, por exemplo, são freqüentemente desconsideradas no mercado por grande parte dos consumidores, quando se trata de pagar um preço mais reduzido. Isso significa que índice ou índices alternativos que se proponham a introduzir elementos morais que não meramente a utilidade efetiva e residual (preço) correm o risco de ter utilização reduzida. Na verdade, a própria interação provocada pelo mercado ajuda a difundir informações sobre padrões de comportamento (individualísticos e orientados a lucro) prevalentes na sociedade. É por isso que no experimento mencionado, os padrões morais mais reduzidos são encontráveis na comparação entre comportamento individual buscando lucro e comportamento no mercado o que leva a crer que quando houver comparação com padrões não individualísticos os resultados serão ainda mais impressionantes. Ou seja a própria interação de mercado produz menos apego moral. Mas não só. Esse efeito de difusão leva a constatação, também empírica, de que quanto mais interações são realizadas, mais baixos se tornam os padrões morais¹². Assim sendo é difícil imaginar que voluntariamente os índices seriam facilmente seguidos.

¹¹ V. A. Falk, N. Szech, *Morals and markets*, in Science vol. 340, 10 maio 2.013, p. 707. e ss.

¹² V. A. Falk, N. Szech, *Morals and markets*, cit, p. 709.

Dois são os instrumentos que podem minimizar esse risco. Em primeiro lugar é preciso que os índices e sua flutuação sejam publicados e amplamente divulgados. É preciso também que o resultado dos fluxos econômicos (mercado) após a introdução dos índices sejam conhecidos. O primeiro efeito dessa publicação é a conscientização, ou seja a compreensão pelos usuários do efetivo *trade off* existente (ou não) entre elemento econômico (preço) e elemento social (índice ou índices alternativos). O fato de existirem produtos alternativos com melhor padrão social e ambiental e esses produtos não serem consumidos pode ser, se bem divulgado, instrumento efetivo para a conscientização e pressão moral sobre as pessoas e usuários para a sua utilização. Ou seja, se é verdade que o mercado difunde padrões individualísticos e econômicos de comportamento, é preciso criar elementos institucionais, igualmente difundidos, para contrabalançar essa tendência. Um resultado esperado é que no médio prazo todos ou ao menos muitos dos que possam substituir preço por índice ou índices sociais relevantes o façam, ficando o preço baixo restrito àquele tipo de consumidor ou usuário que simplesmente não tem qualquer condição econômica para trocar preço por melhorias sociais (imaginando é óbvio que os indicadores venham a apontar em direções opostas, o que não é uma necessidade lógica).

De outro lado a comparação entre índices de preços e índices sociais pode surtir efeitos também do lado da oferta. Caso se observe que determinada empresa ou linha de produtos tem uma relação sistematicamente inversa entre preço e índices sociais é possível imaginar medidas compensatórias como até a sobre taxação do produto, com o valor da sobretaxa constituindo um fundo e sendo destinado exatamente para a melhoria dos indicadores sociais e ambientais que era visada através dos índices. Ou seja o conhecimento da discrepância entre índices pode servir de estímulo a medidas para o suprimento dessa mesma discrepância¹³. Esse efeito sobre o lado da oferta pode ser particularmente importante em produtos de primeira necessidade, em que os efeitos sobre o lado da demanda da existência de índices sócias são compreensivelmente menores (pois considerável parte da população, sobretudo em países de elevada

¹³ Aqui novamente a comparação com o corrido no Novo Mercado é útil. A criação do Índices de Governança Corporativa e seu crescente descolamento do IBOVESPA serviu de estímulo crescente para que empresas migrassem para o novo segmento. Aqui portanto foram movimentação de demanda que levaram a transformações na oferta. No caso dos mercados aqui contemplados de produtos de consumo de massa, essa pressão da demanda pode ser mais lenta, dada a necessidade dos produtos e a carência dos usuários (pressionados para a dimensão preço pela necessidade de preservação de sua utilidade residual) talvez a pressão da demanda seja mais lenta, exigindo uma intervenção mais incisa, de natureza até mesmo tributária, do Estado.

desigualdade social, não terá condições de pagar preço eventualmente mais elevado por produtos de alto valor social ou ambiental, por mais alta que seja sua preocupação moral com tais questões).

IV- Conclusão

A conclusão de um artigo sobre o mercado não é muito animadora em relação ao passado. É, no entanto, talvez promissora para o futuro, desde que estejamos dispostos a um pensamento crítico.

A realidade é que o mercado e seus pressupostos não são e nunca foram objeto de escrutínio crítico pelo direito. Ainda que muitos de seus pressupostos hoje sejam sabidamente irreais e assim reconhecidos mesmo na teoria econômica mais arejada¹⁴, nenhuma modificação institucional relevante foi introduzida no seu funcionamento.

É papel do direito e não da teoria econômica fazê-lo. O direito, seja proibindo o funcionamento de certos mercados, seja transformando o seu funcionamento, precisa intervir, de modo a garantir que novas realidades, como a escassez ou as necessidades redistributivas da sociedade, sejam contempladas no momento da realização dos fluxos econômicos.

Essa, em minha opinião, é uma importante tarefa a que se deve propor o direito na organização dos mercados. Da mesma forma que na Idade Média os fluxos econômicos exigiram grandes inovações jurídicas para prosseguir e se desenvolver hoje é da regulamentação e muitas vezes restrição dos mercados que parece depender o progresso humano, tanto social como econômico.

¹⁴ As conclusões mas críticas estão reunidas em torno da chamada economia da informação cujos principais expoentes são economias consagrados, ganhadores do Prêmio Nobel de 2.001. O trabalho mais influente ponto de partida dessa linha de pensamento econômico está em G. Akerloff, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism* in *Quarterly Journal of Economics*, 89, 1970, p. 448. Também relevantes são os trabalhos posteriores como Stiglitz e Spence, todos eles convergindo no sentido de demonstrar a absoluta irreabilidade prática dos pressupostos de plena informação da econômica neoclássica sobre o funcionamento dos mercados.