DIREITO E MERCADO*

1. A Orientação naturalista

A relação entre direito e mercado é apenas um capítulo da relação mais geral entre direito e economia. Nesta dupla de termos – é preciso notar – a palavra "direito" é tomada no sentido de "lei". Partimos da identificação histórica entre a categoria do "jurídico" e aquela do "legislativo" (sejam as fontes da última nacionais ou comunitárias).

A relação entre direito e economia tem suscitado duas orientação de pensamento, que desejamos definir: uma naturalista, a outra político-jurídica. Essas denominações cumprem uma função didascálica e instrumental: servem para recolher as características comuns, as tonalidades do todo. Mas, como é óbvio, sacrificam matizes teóricos e acentos de cada autor. Recolho no endereço naturalista da doutrina, que atribui à economia a aptidão para expressar suas próprias regras, notas de "lei da natureza", independentes das leis jurídicas desejadas pelos homens.

O direito natural da tradição européia se converte em economia natural. E, como aquele era eterno e incontroverso, esta pretende que os homens assim a reconheçam e se abstenham de modificá-la e alterá-la. *A economia vem primeiro; o direito vem depois:* a primeira é a natureza perene; o segundo, a mutável e incerta história dos homens. Com algum risco de simplificação, diremos que a economia natural, entendida como estrutura independente da norma jurídica, está no fundo do marxismo e do mais intransigente liberalismo, um e outro dedicando ao direito uma função ulterior e secundária. Não de determinar, mas de refletir e justificar relações econômicas *já ocorridas.*

2 – As pretensões da neutralidade política e da competência tecnocrática.

Na variante liberal, ou neoliberal, a economia natural se apresenta sob uma espécie de *neutralidade política* e *competência tecnocrática.* Se a economia é governada por leis da natureza, suscetíveis de serem verificadas como algo de *externo* e de *objetivo,* então os autores – isto é, os "espertos" ou "competentes" – estão em posição de fornecer a solução técnica de problemas econômicos.

Esta solução, provindo da comprovação de leis da natureza e, portanto, descrevendo uniformidade que está diante de nós, é verdadeira e incontroversa. Ela goza de uma *verdade experimental,* subtraída, como tal, ao dissenso ideológico e ao debate político. A solução "verdadeira" dos "competentes" se contrapõe à solução, rosadamente política, dos ideólogos e das assembléias parlamentares. Aqui uma espécie de *terrorismo intelectual,* praticado pelos tecnocratas: e o descrédito, que recai sobre os incautos adversários da "verdade"

---

* - Natalino Irti Introdução ao livro ***Il Dibattito Sull'Ordine Giuridico Del Mercato*** – Editori Laterza - 1999

experimentais e leis da natureza. O aspecto mais sincero do economicismo está na antipolítica e na antiideologia.

A economia natural, na medida em que pertence ao ser do homem, não conhece os limites de Estados, os quais são criações puramente históricas. E, enquanto os Estados são particulares e territoriais, é *universal* e *planetária*. Aquela não separa os homens, mas os liga todos no interesse comum da troca. É *unificadora*, enquanto a política suscita a divisão e o conflito. As leis da economia natural desenham um *limite que não se atinge*, limite que as rixas dos partidos e os inúteis ritos da *classe debatedora* (denominá-la-ei Donoso Cortés) não podem superar.

3 - Idem

A orientação naturalista, da qual se traçou algumas linhas, não consegue refutar nem o Estado nem o direito: aos quais pede que se limitem ao "mínimo", provendo para a defesa dos limites, a tutela da ordem pública, a garantia dos pactos livremente ajustados. Leis da natureza, sim, mas que invocam o auxílio de leis humanas. Estas determinam a medida desta presença: estas – dizia - e, portanto os "espertos" capazes de explicá-las e de enunciarem a solução tecnicamente mais "verdadeira". O conteúdo das leis jurídicas – aquele pouco ou muito, que as leis da natureza podem tolerar – é assim remetido à competência dos tecnocratas.

A doutrina naturalista da economia não pode desenvolver-se senão dentro de limites da sua própria lógica. Posto que as leis da economia obedecem, ao lado das leis da física ou da biologia, a uma natureza objetiva e externa, suscetível de investigações experimentais; daí decorre, então, como necessidade, a pretensa neutralidade política e a supremacia tecnocrática. Os problemas econômicos podem receber solução "técnica"; e o legislador estatal será, assim, dócil e prudente ao recepcioná-las no conteúdo das normas jurídicas.

Economicismo e tecnocracia estão juntos; ou ao menos até certo ponto, naquilo necessário para que o interesse dos empresários e detentores de capitais não entre em conflito com a pretensão dos "espertos". O contraste entre grandes acionistas e administradores é, portanto, um aspecto deste fenômeno. Em situações de normalidade e de consenso acordo, os tecnocratas ambicionam ajustar as leis da natureza econômica e sugerir a solução dos problemas, que são subtraídos do debate ideológico e do conflito dos partidos.

Aqui não falamos – como é óbvio – dos *técnicos*, que põem as diversas competências a serviço de finalidades escolhidas pela classe política, mas de técnicos, os quais, arrogando-se a escolha dos fins ou convertendo em fins seu saber, assumem ou recebem o poder de decisão, e assim se fazem *tecnocratas*.

4. Os pressupostos jurídicos das descrições econômicas

Efetivamente, a *determinação quantitativa* do Estado e do direito – do qual se deseja estabelecer a medida, "mínima" ou "máxima" – descobre a antinomia lógica, em que caem as doutrinas naturalistas. As quais não são

enunciáveis, nem mesmo foram enunciadas, se não *pressupondo* um dado regime de institutos jurídicos. A determinação da "quantidade" implica a necessidade da existência.

Tentarei explicar com palavras mais simples. Qualquer que seja a descrição das economias "naturais" – fundadas que são sobre o uso coletivo dos bens e sobre a troca de mercadorias – existe encontra-se na *necessidade* lógica de postular formas e institutos jurídicos. O descritor da economia de mercado *pressupõe* a propriedade privada dos meios de produção e a tutela dos acordos, e a garantia judicial dos direitos. O descritor da economia coletivista *pressupõe* a propriedade pública, a alocação administrativa dos bens, a garantia judicial dos interesses. Os exemplos poderiam multiplicar-se e complicar-se; mas todos confluem no sentido de que *as descrições da economia natural são populadas de institutos jurídicos,* e que sem eles não seriam nem mesmo enunciáveis e inteligíveis.

Mesmo os acordos, os quais parecem aos zelosos neoliberais como células originárias da economia, postulam normas jurídicas, capazes de torná-los vinculantes e de muni-los de garantias coercitivas. Os acordos, quando não se deseje confiar na escorregadia avaliação dos interesses individuais, são tutelados de fora. Esta "externidade" (não saberia encontrar palavra menos deselegante e mais eficaz) é o que propriamente indica a aurora do direito; o acordo, isolado de qualquer lei superior, *não pode ser estranho a si mesmo* e, assim dirigir ao outro à vontade das partes o constituir-se em juiz quando essas não observem o pacto. *Quis judicabit et coercibit?:* é a eterna e radical pergunta, à qual responde o direito. O recurso ao terceiro - que tem poder para dizer o direito pronunciar a palavra do direito no caso concreto; e de coarctar, pelo medo ou pela força, a relutante vontade das partes – aquele recurso é realmente o símbolo da prioridade lógica da lei. A relação, regulada pelo direito, não é dual, mas, atual ou potencialmente, *trilateral*, uma vez que - diremos com Julian Freund – *inclui o terceiro,* que dirime o conflito e dobra as vontades à observância da norma. O descritor e laudador das economias naturais se preservam de tocar este problema (ou o enfrentam com uma certa superficialidade). O *juízo do terceiro* indica a transição da violência da barbárie para a civilidade da lide. Mas não é possível julgar sem normas, ou seja, sem critérios de valoração dos interesses em conflito. Um mundo desprovido de normas é também um mundo privado de juízes. (Adverte-se que a crítica desenvolvida ultrapassa a identificação histórica de direito e lei, e toca a relação entre a categoria do "econômico" e a do "normativo". As conclusões são aplicáveis igualmente às normas consuetudinárias, as quais, sendo normas, sempre transcendem e se superpõem aos acordos individuais.).

5. A orientação político-jurídica.
A função conformadora do direito

São suficientes esses aspectos – esta simples reflexão sobre descrições das economias "naturais" – para ver a oposição na relação entre direito e economia, e afirmar claramente que o direito *conforma* os vários regimes de produção e de

circulação dos bens. A função conformadora do direito consiste especificamente em dar forma aos eventos externos, ou, se quisermos, *no constitui-los como fatos jurídicos.* A juridicidade não está expressa no interior dos fatos, os quais, nas mais das vezes, a recebem do fora; em virtude daquelas normas, pelas quais nos plúrimos e históricos ordenamentos, as pessoas se deixam motivar e guiar.

A oposição da relação entre direito e economia incide em primeiro plano sobre o *conteúdo das normas jurídicas,* que, dessa forma se torna o tema central da nossa meditação. O conteúdo das normas e, portanto a conformação da economia de um ou outro modo, depende exclusivamente da *decisão política* (assumida segundo procedimentos próprios dos ordenamentos individuais). A escolha entre economia coletivista ou economia de mercado ou economia mista é resultado de *escolha,* e não um reflexo que das espelha leis naturais e de soluções técncias. A política legislativa, voltada para orientar o conteúdo das normas, é por isso, o pressuposto lógico e histórico, de qualquer regime econômico.

A decisão política, que a orientação naturalista confina a posição secundária e adicional se demonstra essencial e determinante. O primado do direito, e, portanto, da escolha entre uma e outra forma de economia, restitui imensa área à *liberdade do homem* e elevada dignidade ao *conflito político.* Aquela liberdade, desembaraçando-se de vínculos naturais ou tecnocráticos, se manifesta e desenvolve na batalha da política; propondo ou alterando soluções, defendendo ou contestando o conteúdo das normas vigentes. A pretensa objetividade das leis da natureza, que acredito serem apenas confirmadas e obedecidas, descobre o desenho – agudamente iluminado por Carl Schmit – ao criar *zonas neutras,* postas em defesa do dissenso e do conflito. Perfurado o enganoso véu da dissimulação, aquela pretensão denuncia a *intrínseca politicidade:* que se resolve na vontade de proteger ou de modificar o conteúdo das normas vigentes. Opor a economia natural às leis vigentes, ou, ao invés, asseverar que estas satisfazem as condições daquela, não é argumento técnico e neutro em face da escolha política, mas apenas *praticar política dissimulada,* desejosa de subtrair-se à liberdade do dissenso e do conflito ideológico.

6. O mercado como estatuto de normas

Acrescentemos uma posição rigorosa na relação entre direito e mercado (ou – mais propriamente – entre direito e economia de mercado: em que uma competição pluralista de produtores se encontra frente à massa de consumidores). O mercado não é *in rerum oeconomicarum natura,* qualquer coisa externa e objetiva, cabendo ao direito nada mais do que a função de reconhecê-lo e adequar-se a ele. Esse é o conteúdo real e determinado das normas, as quais, de volta em volta, o prevêm e disciplinam em relação a certos bens ou a uma certa categoria de bens.

O mercado se define como *unidade jurídica de relações de troca.* Os acordos de troca, enquanto se reconhecem uns aos outros (por exemplo, como contratos de compra venda), porquanto estão todos na *forma unificadora* do direito. As normas emprestam modelos, mais ou menos rígidos e flexíveis, nos

quais se fundam os interesses ocasionais das partes. Todo mercado é um *estatuto de normas*; à pluralidade de mercados corresponde uma pluralidade de estatutos normativos. Dizer mercado é designar uma norma ou um conjunto de normas jurídicas; nem se argumente com a existência de mercados "não regulados" ou de mercados "ilícitos". Dos primeiros porque o "não regulado" indica a licitude dos acordos a ele pertencentes; não aos últimos porque o "ilícito" é qualificação atribuída com base em certas normas. Licitude e ilicitude são formas de juridicidade.

As normas, tornando previsível e coarctáveis os comportamentos dos indivíduos, edificam a *calculabilidade de uma ordem.* O caráter de calculabilidade, identificado por Max Weber, designa, por assim dizer, a *força de uma expectativa:* a qual não repousa na avaliação arbitrária da parte, mas sobre a regra de direito objetiva. Acordos que – em locais solitários e selvagens da terra, desprovidos de qualquer lei e de qualquer poder judicante e coercitivo – concluídos pela troca de bens, não permitem calcular os comportamentos futuros das partes. Eles repousariam sobre *imponderáveis* avaliações de conveniência, incapazes, por sua própria natureza, de construirem a ordem da previsibilidade.

Não é, portanto, *uma* economia de mercado, na qual entre os objetivos que entendemos adequados, trata-se apenas de descrever e de recepcionar o conteúdo das normas jurídicas. Existem *as* economias de mercado, constituídas pelos correspondentes estatutos jurídicos, que podem compreender normas de graus os mais diversos (das constitucionais às consuetudinárias). Nenhuma delas é mais "verdadeira" do que outra; todas são "verdadeiras", ~~contém a~~ "verdade" específica das normas jurídicas, as quais não se submetem ao controle de "verdade" ou "falsidade", mas são apenas válidas ou inválidas. Certo, é possível discutir a coerência íntima dos estatutos normativos individuais. E veremos agora que, onde eles são subtraídos de uma enérgica *decisão de sistema (Systementscheidung),* as normas ficam ligadas por trama orgânica; e onde aquela decisão ou inexiste ou é fraca, as normas aparecem dispersas e fragmentárias.

7. O caráter artificial, político e histórico do mercado. O liberalismo jurídico.

Neste ponto, a economia de mercado, longe de apresentar-se como uma ordem encontrada na natureza, e por isso, a rigor, inviolável e incontroversa, revela a própria índole *artificial, política e histórica. Locus artificialis,* o mercado – gostamos de repetir – e não *locus naturalis:* é "artificial", ou seja, feito com a arte do legislar. As normas o conformam e constituem: basta trocar as regras do jogo para mudar o valor das peças (peões) e o significado dos movimentos dos jogadores. Imagine-se, por exemplo, a artificialidade da sociedade por ações, que é, por excelência, o instrumento do capitalismo moderno, e que todos definimos como "pessoa jurídica"; ou às operações e relações de Bolsa, reguladas, com escrúpulo pontual, segundo as qualidades dos sujeitos e dos bens e pela tipicidade dos negócios.

A artificialidade do mercado, sua dependência de conformação legislativa, demonstra a íntima *politicidade*. Embora artificial é sempre jurídico, e o jurídico é determinado por decisão política, portanto os dois perfis terminam por se identificar e por abranger lados de um idêntico fenômeno. A economia de mercado é *um entre os possíveis conteúdos da decisão política e da escolha legislativa*. Não é um conceito *imposto* por externas leis da natureza, mas *proposto* pelos homens a outros homens, e por estes combatido ou condividido, aceito ou rejeitado. Os defensores da economia de mercato não opõem natureza a história, mas uma política a outra política; não se afastam do conflito, mas nele mergulham com a dolorosa seriedade de todas as lutas políticas.

Daí o ulterior e conclusivo caráter da *relatividade histórica*. Dado que a economia de mercado não resulta incontestavelmente da objetividade das leis da natureza, mas é constituída pelas normas jurídicas, desenvolve-se tormentoso conflito de idéias com decisões políticas, e esta *não é a última resposta a todas as perguntas*. É uma das respostas, sujeita, mesmo essa, aos procedimentos decisórios de cada ordenamento. A nossa escolha, e a preferência conferidas depois da crise do "socialismo real" e a queda dos regimes do leste Europeu, não a transforma nem em lei da natureza nem em verdade incontroversa. Como se explicou, vem defendida no terreno do conflito ideológico e da batalha política. Não há lei da natureza ou soberba tecnocrata que possam fugir do exercício da nossa liberdade e do dever de empenho político.

Aqui o discurso – como era propósito do autor – deixa o problema da relação entre direito e economia; e o faz porque quer e declara fazê-lo, *escolha de política legislativa*. A proposta da economia de mercado é, pois, *uma entre as propostas políticas*, que não se refugia nas incontroversas leis da natureza, mas resulta das controversas leis dos homens. O liberalismo jurídico, o *jusliberalismo*, não afasta a política em nome da natureza; exaltando o dissenso e o conflito das idéias, constringe a economia de mercado a ser medida por outros modelos; a conhecer, em resumo, as vitórias e derrotas da história. Conferir prioridade à política e ao direito parece a mais alta e fecunda prova de historicismo liberal.

Aqui dupla conclusão. A teoria nos diz que não é o mercado que exprime, internamente, seu próprio direito, mas o direito, de fora, é que o constitui e conforma. Também se aponta que o conteúdo das normas sempre promana de uma escolha política; e, portanto, que a fisionomia jurídica do mercado é traçada por uma *decisão de poder*, e não pela pretensa neutralidade da tecnocracia. A economia de mercado sai *da naturalidade para a historicidade:* designa proposta de política legislativa, sujeita ao conflito com outras propostas e, periodicamente, vitoriosa ou derrotada. O problema da economia de mercado é o problema de conteúdo da decisão política.

8. A antonomia das decisões de sistema
(entre o 3°. *comma* ao art. 41 da Constituição e os tratados europeus).

O ordenamento italiano vive sob a *antinomia de duas decisões políticas*, isto é, de dois modos de conformar a atividade econômica. De um lado, desde

1948, o art. 41 da Constituição: os princípios, de outro, os tratados europeus, proclamando a liberdade de concorrência, o mercado aberto e o espaço econômico sem fronteiras. Repetimos os três *commas* do art. 41:

> A iniciativa econômica privada é livre.
> Não pode desenvolver-se em contraposição com a utilidade social ou de forma a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana.
> A lei determina os programas e controles oportunos para que a atividade econômica pública e privada possa ser direcionada e coordenada para os fins sociais.

O art. 41, depois de ter garantido a liberdade de iniciativa econômica (liberdade *vertical,* tutelada em relação ao Estado), e de traçar-lhe os limites, enuncia, no *comma* 3°., um desenho global e unitário das atividades econômicas públicas e privadas. Que o legislador, mercê de programas e controles deverá endereçar e coordenar visando fins sociais. *A economia de mercado era estranha, em linha de máxima, à cultura dos constituintes;* o problema dos monopólios encontra resposta na nacionalização, prevista no art. 43 (não a pluralidade de empresas privadas, mas única empresa pública). O *comma* 3°. do art. 41 na verdade nunca foi observado e serviu apenas para sustentar programas individuais de coalizões de governo; página, que o jurista deixa aos cuidados dos historiadores políticos e econômicos.

Contra a *territorialidade* e o *dirigismo* (isto é, ao desenho unitário das atividades econômicas, fechadas dentro dos limites do Estado) se ergue agora a *especialidade das trocas sem fronteiras.* Espaço e território são radicalmente antitéticos: este indica a superfície na qual se exerce a soberania do Estado; aquele, *a rede invisível das trocas.* O mundo parece dividir-se em mercados, não mais em Estados. O espaço "sem fronteiras internas" – do qual trata o Tratado da União Européia (o denominado Tratado de Maastricht), de 7 de Fevereiro de 1992 – indica não tanto um local da terra, que supere os confins dos Estados, quanto um *locus artificialis,* o vasto e impalpável teatro no qual se desenvolve o jogo da concorrência e se estabelecem infinitas relações de troca. Este "espaço", porque diverso e acima dos territórios dos Estados, contém em si a pretensão de universalidade da economia, a qual não têm paciência para libertar-se dos vínculos e das rixas dos partidos políticos. (Pretensão – sabemos – que é, ela mesma, de profunda e intrínseca politicidade).

Assim, enquanto o art. 38 da Constituição espanhola, por exemplo, reconhecendo a "liberdade de empresa no âmbito da economia de mercado", pode ser considerado compatível com os princípios dos tratados europeus (ainda que uma coisa seja a economia de mercado nacional e outra a economia de mercado européia); o ordenamento italiano sofre daquela aguda e lacerante antinomia.

Essa não permite individuar os *princípios gerais de direito em matéria econômica:* aqueles princípios dos quais nos valemos na interpretação da lei e na integração do ordenamento. Uma solução, adotada pela Corte constitucional, fez cair em desuso (ou melhor, exclui a aplicação) as normas constitucionais

contrastantes com as normas comunitárias, opondo-as e as opõem apenas nos limites dos princípios fundamentais e dos direitos invioláveis da pessoa humana (e o *comma* 3°. do art. 41 não contém nem um nem o outro). Solução útil e engenhosa, reduzir a antinomia jurídica, mas ácida quanto à *antinomia histórico-política*: as normas constitucionais, revestidas da mais alta e solene legitimidade democrática, são ligadas assim às normas dos tratados europeus que gozam do consenso próprio de qualquer norma ordinária. A efetividade não tem sustentação constitucional; a constitucionalidade (falo do 3°. *comma* do art 41), se mantém inoperante e inaplicável.

A solução da antonomia não está nas mãos dos tribunais nem da doutrina jurídica, mas pertence à *decisão política*. O jurista, que descobriu a íntima laceração do ordenamento, deve ceder ao cidadão. O qual considera que na Itália partidos e movimentos políticos, rompendo a macia unanimidade ao redor dos princípios do mercado e da livre concorrência, revelam sua identidade e encontram a coragem educativa para a tomada de posição.