

DIREITO, MERCADO E FUNÇÃO SOCIAL

Luciano Benetti Timm

Advogado. Doutor em Direito dos Negócios pela UFRGS, com os créditos realizados na USP. Master of Laws na Universidade de Warwick (UK). Professor de Direito e Economia da AJURIS. Professor Adjunto da PUCRS e do PPGD da Ulbra. Presidente do Comitê de Legislação da AMCHAM/RS.

Rafael Bicca Machado

Advogado. Mestrando em Ciências Sociais na PUC/RS. Pós Graduado em Direito da Economia e da Empresa pela FGV. Professor Assistente de Direito Comercial na FEEVALE e Professor convidado do MBA da Unisinos. Vice-Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul

1. Introdução

Este artigo tem dois objetivos: (1) sustentar que o mercado existe como fato social, ou seja, não se trata simplesmente de uma construção jurídica, mas sim de uma realidade e mesmo de uma necessidade das sociedades pós-divisão do trabalho social e (2) salientar que a proteção deste espaço público do mercado, se devidamente compreendida e isenta de preconceitos, pode constituir-se em uma das mais importantes funções sociais do Direito, nas sociedades contemporâneas.

2. O mercado como fato e necessidade social

Existe muito preconceito entre alguns juristas acerca da instituição social do mercado; normalmente, ele é associado ao liberalismo econômico e ao individualismo burguês. Alguns costumam criticar o que entendem como sendo uma

pseudonaturalidade do funcionamento do mercado¹; ou ainda, qualificando este como uma arena de disputa entre fortes e fracos, nos quais os primeiros sempre (ou quase sempre) são favorecidos já que detentores do capital.

No entanto, estas opiniões e preconceitos parecem se valer de uma concepção demasiadamente simplista e caricata do mercado, no mais das vezes fundindo a análise dos fatos com juízos de valor. Nesse sentido, em uma análise que se pretenda científica, cremos que é preciso, antes de valorar ou de estudar as normas, examinar detidamente os fatos (ou eventos para os que seguem a escola do Professor Paulo de Barros Carvalho e sua teoria da linguagem), já que o Direito pode ser concebido tanto como fato, como valor e como norma, de acordo com a famosa teoria tridimensional do Direito do Professor Miguel Reale.

Defende-se neste ensaio, como já informado, que o mercado, enquanto instituição social, é um fato – e, portanto, antes de mais nada, existe!². Como consequência, tem-se que esta realidade (do mercado) não pode ser negada pela análise jurídica, sob pena de prejuízos à organização e ao funcionamento da própria sociedade – que, pelo menos desde o século XVII, organiza-se sob esta forma (ou “modo”) de produção e de consumo. E é como fato social, portanto, que o mercado pode ser influenciado pelo Direito (com maior ou menos eficiência social) para garantir determinados valores e princípios constitucionais e legais de uma determinada sociedade.

Tem-se alguma dúvida de que os preços dos calçados produzidos na China podem afetar as empresas do Vale dos Sinos? Alguém questiona que o preço das ações de sociedades de capital aberto seja usualmente fixado em bolsa

¹ IRTI, Natalino. “Teoria generale del Diritto e problema del mercato”. *In* Rivista di Diritto Civile, n. 02, jan/mar, 1999, p. 01. Ver, também, do mesmo autor, “Persona e mercato”. *In* Rivista di Diritto Civile, n. 03, mai/jun, 1995, p. 289.

² Contra esta análise, MARTINS-COSTA, “A reconstrução...”, p. 613, que trata o mercado apenas como instituição jurídica, ou seja, um espaço normatizado e controlado pelo Direito (posição recentemente defendida também por Eros Grau, em palestra no IX Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor promovido pelo BRASILCON na cidade de Ouro Preto, 04 de maio de 2004), na esteira da obra de IRTI, Natalino. “Teoria generale del Diritto e problema del mercato”. *In* Rivista di Diritto Civile, n. 02, jan/mar, 1999, p. 01. Ver, também, do mesmo autor, “Persona e mercato”. *In* Rivista di Diritto Civile, n. 03, mai/jun, 1995, p. 289.

de compradores e vendedores? É possível negar que um excesso na oferta de *commodities* como a soja ou o café tende a provocar uma baixa nos preços das mercadorias nas feiras e nos supermercados? Ou, ainda, será que a proibição da comercialização de álcool pela “Lei Seca” norte-americana evitou o consumo e o tráfico de bebidas? E, por fim, alguém tem dúvida de que o preço para alugar um imóvel no litoral provavelmente será muito mais caro na alta do que na baixa estação (devido ao aumento na procura)?

Certamente que não, porque a existência de um referencial de valor das mercadorias e dos serviços, fruto do surgimento de regras espontâneas de comportamento dos agentes econômicos referenciado pelo espaço público do mercado, é empiricamente evidente. Ou seja, quem quiser concorrer no mercado externo, terá que inexoravelmente enfrentar a China; quem quiser atuar no mercado acionário, enfrentará as oscilações da bolsa e quem quiser alugar uma casa na praia na alta temporada pagará um preço mais alto.

Desse modo, o mercado como hoje o conhecemos, portanto, existe como fato social e não como construção jurídica. Trata-se de uma instituição social das mais relevantes, porque é resultado de um longo e complexo espontâneo processo de divisão do trabalho social, do qual resultou a sociedade atual: diversificada e heterogênea, como lembrava Durkheim.³ Em síntese, ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços.

Com efeito, nesta sociedade contemporânea, como diz Trebilcock, “(...) as decisões sobre a produção e o consumo estão descentralizadas e dependem de uma miríade de decisões individuais de produtores e consumidores, agindo em conseqüência de preferências individuais e incentivos, minimizando, portanto, o papel jogado por convenções sociais e *status*”. Nesse ambiente, portanto, “(...) o mercado é amplamente aceito como uma ferramenta, não um inimigo, do desenvolvimento econômico e social”⁴.

³ DURKHEIM, Émile. *From the division of labor society*. In DOBBIN, Frank. *The new economic sociology*. Princeton University Press, New Jersey, 2004, p. 227.

⁴ TREBILCOCK, Michael J. *The limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 268.

O mercado, portanto, além de ser um fato social, é uma necessidade social. A sociedade contemporânea não consegue se estabelecer (muito menos atingir níveis adequados de vida) sem as práticas de mercado, porque as trocas sociais em espaços públicos físicos (como as feiras, por exemplo) ou virtuais (como as bolsas de valores eletrônicas) são conseqüências inarredáveis do ambiente de especialização verificado após o processo de divisão do trabalho, onde as necessidades ilimitadas e os recursos escassos – o conhecido problema central da Economia - exigem otimização.

E porque o mercado é um fato e uma necessidade social? Porque é ele a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa, oportunizando a melhor resposta a este dilema de necessidades ilimitadas com recursos escassos. Não é a toa que, nas palavras de Coase, o mercado “é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas.”⁵

Assim, exemplificativamente, quem quer vender seu automóvel muitas vezes recorre a uma empresa que atua no mercado de carros, centralizando informações, potenciais compradores, etc; quem quer vender um apartamento, busca uma imobiliária atuante no mercado de bens imóveis. O custo para a sociedade seria muito maior se cada um deixasse seus afazeres (ou seja, aquilo que em que é especialista) para tentar vender esporadicamente alguns bens.

Portanto, ao se falar em mercado, é importante ter em mente que o mercado é – antes de mais nada - um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e conseqüentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas.

⁵ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 07.

Nem se diga que esta funcionalidade coletiva do mercado é destruída pelo fato de todos indivíduos nele atuarem em seu próprio interesse e não em nome do bem comum.

Primeiro, porque agir em favor de seu próprio interesse não significa necessariamente egoísmo. Ora, não há, mesmo se se tiver em conta a discussão psicanalítica sobre a essência (egoísta) humana⁶, nada de errado do indivíduo cuidar de seu próprio interesse, sendo tarefa por demais hercúlea fazer com que pessoas auto-interessadas se tornem altruístas. Ademais, quando o padeiro acorda de madrugada e produz o pão que nós consumimos no café da manhã, o que o move não é o nosso bem-estar (dos consumidores), mas sim o dele, padeiro, de vender mais e mais pães.

Aliás, com alerta o prêmio Nobel Amartya Sen⁷, esta confusão entre agir em seu próprio interesse e descurar da ética é uma das grandes injustiças que se fez ao longo da história com o pensamento de Adam Smith, que era, como todos sabem, professor de ética na Escócia. Smith, como qualquer bom economista, jamais defendeu que os indivíduos devam se comportar de qualquer maneira no mercado. Sabe-se que quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas.⁸

Ademais, quanto ao bem comum, não se deve mesmo dar esta tarefa isoladamente ao mercado e às relações econômicas. O que estes podem fazer, de regra, é gerar riqueza. A atribuição do bem comum, desde Aristóteles⁹, é essencialmente tarefa do sistema político e da democracia. Inclusive, para muitos economistas, como para o prêmio Nobel Kenneth Arrow, é matematicamente inatingível.¹⁰ Daí a

⁶ TRATENBERG, Maurício. “A contribuição de Freud para o esclarecimento do espaço político”. *In* Revista Espaço Acadêmico, Ano II, Abril/2003, disponível no site http://www.espacoacademico.com.br/023/23mt_220979.htm.

⁷ SEN, Amartya. “Sobre Ética e Economia”. 3ª impressão, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

⁸ FUKUYAMA, Francis. “Trust: The social virtues and the creation of prosperity”. Nova Iorque, Free Press, 1995.

⁹ ARISTÓTELES, “A ética”. São Paulo, Editora Atenas, s/d. ARISTÓTELES, “Retórica”. Lisboa, Imprensa Nacional, s/d. Ver sobre Aristóteles, BERTI, Enrico. “As razões de Aristóteles”. São Paulo, Loyola e também PEREIRA, Oswaldo Porchat. “Ciência e dialética em Aristóteles.” São Paulo, Editora Unesp, 2000

¹⁰ ARROW, Kenneth. “Social Choice and Individual Value”. New Haven, Yale U. Press, 1970. Para uma excelente explicação do teorema de Arrow que demonstra a falibilidade do sistema democrático para a eleição de preferências coletivas a partir de interesses individuais, ver SALES, Carlos. “As máscaras da democracia”. *In* Revista de Sociologia e Política, junho/2005, p. 233-245.

combinação perfeita entre democracia política e economia de mercado tão bem defendida por Hayek¹¹ ou mesmo a idéia do “desenvolvimento como liberdade” de Sen¹².

3. As múltiplas relações entre Direito, Economia e Mercado

Fixada esta premissa de que o mercado existe como fato social e que cumpre importante papel na sociedade contemporânea, deve se questionar agora a forma como este deve se relacionar com o Direito.

Defendemos aqui a necessidade de uma convergência entre o Direito, o mercado e a Economia para um melhor resultado social (na feliz expressão de Franco¹³). Mas por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia?

Em primeiro lugar porque a Economia é a ciência que descreve de maneira adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida em sociedade.

Em segundo lugar, porque a análise econômica do Direito é hoje uma das campeãs dentre os acadêmicos dos Estados Unidos levando em conta o número de citações nos periódicos mais importantes. Não precisa ser lembrado aqui que o sistema universitário norte-americano é o melhor e mais respeitado do mundo.¹⁴

Em terceiro lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje a

¹¹ HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997; do mesmo autor, *O caminho da servidão*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Trad. Leonel Vallandro; *Law, legislation and liberty*. The mirage of social justice. Chicago: University of Chicago Press, v. 2, 1995.

¹² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

¹³ FRANCO, Gustavo. *Celebrando a convergência*. In *Direito e Economia*. Org. Luciano Benetti Timm, São Paulo, Thomson-IOB, 2005, p. 11.

¹⁴ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. “Law & Economics”. Boston, Addison Wesley, 2003, p. 10 e ss.

grande estrela dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos.¹⁵

Em verdade, a Economia é uma ciência que trata da ação humana¹⁶; situação ademais antevista pelo genial Aristóteles, que classificava a Economia como ciência prática, ou seja, uma ciência que trata da conduta humana.¹⁷ Em síntese, seu principal problema é o da eficiência econômica, respondendo à pergunta de como necessidades sociais ilimitadas são melhor satisfeitas diante de recursos que são escassos.

Nessa esteira, embora não seja um consenso, há já nos dias de hoje um razoável acordo na Ciência Econômica¹⁸ no sentido de que é o mercado a instituição que melhor responde àquele dilema de lidar com necessidades ilimitadas diante de recursos escassos.

É importante aqui se fazer uma distinção. Uma coisa é reconhecer a função social do mercado, admitindo que é ele, por excelência, a instituição que de forma mais profícua viabiliza as trocas em uma sociedade complexa. Outra, bastante diversa (e aqui não endossada), é afirmar que o mercado prescinde de qualquer amparo no sistema jurídico.

Dessa forma, convergir Direito, Economia e mercado não significa, bem entendido, submissão absoluta das normas jurídicas ao sistema econômico, pois não se pode jamais querer simplesmente submeter o Direito, que lida com toda a complexidade do sistema social, à ótica de apenas um ângulo de visão científico ou sistêmico da realidade, como alertado por Wald¹⁹ e por Teubner²⁰.

¹⁵ COOTER & ULEN, “Law & Economics”.p. 10 e ss.

¹⁶ VON MISES, Ludwig. “Ação Humana - um tratado de economia.” 2ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

¹⁷ ARISTÓTELES, “A ética”. São Paulo, Editora Atenas, s/d. ARISTÓTELES, “Retórica”. Lisboa, Imprensa Nacional, s/d. Ver sobre Aristóteles, BERTI, Enrico. “As razões de Aristóteles”. São Paulo, Loyola e também PEREIRA, Oswaldo Porchat. “Ciência e dialética em Aristóteles.” São Paulo, Editora Unesp, 2000.

¹⁸ Utiliza-se aqui, como referência para esta observação, os trabalhos que nos últimos anos foram agraciados pelo Prêmio Nobel de Economia.

¹⁹ WALD, Arnold. *Prefácio*. In *Direito, Economia e Mercados*. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005, p. 22.

Ademais – e até para se sepultar de vez qualquer resquício de preconceito – são os próprios economistas que, rompendo um isolamento nas Ciências Sociais²¹, vêm nos últimos anos alertando para a importância fundamental que o Direito desempenha para um bom desenvolvimento econômico. São os autores da chamada Nova Economia Institucional, que embora agregue uma série de correntes e linhas de pensamento, de um modo geral se notabiliza por adotar a premissa de que as instituições importam para o desenvolvimento econômico, rejeitando assim os postulados econômicos ortodoxos (neoclássicos)²².

E porque estes economistas reconhecem que as instituições importam? Porque as instituições são as regras (formais e informais) do jogo em uma sociedade, na célebre definição de Douglas North.²³ São as instituições que definem a campo em que as trocas econômicas serão feitas, entre os mais diversos indivíduos e organizações.

A consequência de adotar esta premissa de que as instituições importam é reconhecer que o Direito, parte fundamental das instituições sociais contemporâneas, possui uma grande capacidade de influenciar as decisões dos mais variados agentes econômicos. E como o Direito desempenha este papel de influência? Basicamente na medida em que ele é um dos principais responsáveis por atribuir segurança às trocas econômicas.

Mesmo que imaginemos um mercado em sua forma mais primitiva, parece óbvio que o fato do comerciante saber se pode ou não vender um determinado bem acabará por afetar o funcionamento do mercado como um todo. Do mesmo modo, a certeza quanto à possibilidade ou não de conseguir cobrar dos

²⁰ TEUBNER, G. “*Altera Pars Audiatur*: o direito na colisão de discursos”. In “Direito e Cidadania na Pós-modernidade”. Org. J.A. Lindgren Alves. Piracicaba, Editora Unimep, 2002, p. 93 e ss

²¹ GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard. *Introduction to the second edition*. In *The sociology of economic life*, 2. ed., Westview Press, 2001, p. 2..

²² ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. *Análise econômica do direito e das organizações*. In ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005, p. 2.

²³ NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 3.

devedores o preço dos bens vendidos por certo afetará a disposição deste vendedor em prosseguir no mercado.

Em outras palavras, o Direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação²⁴ e de uma clara atribuição da propriedade. Tanto o é que países de altos custos de transação – caracterizados por pouca confiança interpessoal, por um judiciário lento e ineficiente – como de regra os países latino-americanos, tendem a se desenvolver menos.²⁵

Logo, aceitar que o mercado é uma formação social espontânea, que ele serve de referência para o comportamento dos produtores e dos consumidores, e que existe uma lei da oferta e da procura em um determinado mercado descrita pelos economistas, não é uma questão de credo, mas sim uma questão científica.

Pode-se chegar à conclusão, é claro, que alguns mercados específicos dependem de uma intervenção estatal para promover o desenvolvimento econômico e a proteção da livre iniciativa (por uma estrutura concorrencial concentrada em poucos agentes denotando uma imperfeição no mercado, por exemplo; ou ainda por assimetria de informações) – como é o caso da Lei 8884/94, que disciplinou o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Direito Econômico. Porém, isso não significa rejeitar que o mercado, enquanto espaço social de trocas, exista. Ao contrário, a intervenção é a prova de sua existência e serve justamente para concretizá-la, reconhecendo a sua importante função social.

²⁴ Na boa definição de Sztajn, custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação. SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002*. In ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado Moderno: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 320.

²⁵ Para tanto, ver o relatório do Banco Mundial, *Doing Business*, versão 2004 e 2006. Este relatório demonstra que países com um claro regime de propriedade e com um rápido mecanismo de cumprimento de contratos tende a se desenvolver mais rapidamente. O relatório quantifica o custo da burocracia exagerada e evidencia o quanto ainda falta para o Brasil caminhar no que tange as suas instituições rumo ao desenvolvimento.

O mercado, dessa maneira, pode ser regulado de acordo com os valores e princípios (exteriores ao sistema econômico) de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e espaço, como resultado de um amplo processo de discussões políticas e sociais (como no caso de uma ordem econômica constitucional programática²⁶).

O que se pretende é destacar é que essa regulação poderá ser mais ou menos eficiente, tanto do ponto de vista social (daí o surgimento de “mercados paralelos” ou “negros”) quanto econômico (com elevação de carga tributária, aumento de corrupção e sonegação, etc), sendo que analisar a qualidade e características desta regulação é também a tarefa dos que dedicam ao Direito. Até porque, como se verá a seguir, a regulação pode trazer mais prejuízos do que benefícios sociais.²⁷

4. A regulação da Economia pelo Direito: como obter uma maior função social?

É possível, com apoio em Grau, identificar dois modelos constitucionais regulatórios do mercado, ao que ele denomina de ordem econômica. O tratamento constitucional da Economia ou da ordem econômica depende do modelo de Estado adotado. De acordo com esse critério, conforma-se, institucionaliza-se uma determinada ordem econômica, seja para reconhecer, seja para alterar as relações sociais de mercado. Assim, a ordem econômica é o “conjunto de normas jurídicas (mundo do dever ser) que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica (mundo do ser)”²⁸.

Existe, portanto, um modelo de ordem econômica constitucional liberal (que respeita e institucionaliza as relações espontâneas de

²⁶ GRAU, Eros. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 8ª ed. revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 14 e ss.

²⁷ SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Direito e Economia”. São Paulo, Editora Campus, 2005; TIMM, Luciano (org). “Direito e Economia”. São Paulo, THOMSON/IOB, 2005. POSNER, Richard, em “El análisis económico del derecho”. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998; POLINSKY, Mitchell. “Introducción al análisis económico del derecho”. Barcelona, Editorial Ariel, 1985.

²⁸ GRAU, Eros. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 8ª ed. revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 14 e ss.

mercado) – protetor da propriedade, do contrato e da livre iniciativa – e um modelo de ordem econômica constitucional social – que, sem rejeitar os postulados liberais, busca o planejamento e a intervenção do Estado nas relações de mercado, estabelecendo programas de políticas públicas vinculadas aos poderes do Estado, fundamentalmente o executivo e o legislativo.²⁹ Cada qual dá origem a um determinado modelo de Constituição Econômica. A opção por um ou por outro modelo regulatório do mercado é de ordem político legislativa, sendo o seu reflexo constitucional obra de um poder constituinte legítimo e democraticamente eleito.

Pois bem. A questão que se põe é: dentre os tipos de Estado e conseqüentemente de regulação do mercado, qual é aquele capaz de promover um maior desenvolvimento social e econômico? Em suma, se o Direito tem uma importante função social, em que situação e em que contexto esta função social melhor se perfectibiliza?

Para isso é necessária a escolha de um método. Ao nosso ver, a melhor ferramenta de análise das instituições jurídicas é a escola do Direito e Economia (em qualquer uma de suas matizes, seja fundada no “eficientismo” de Posner, seja no “institucionalismo” de North e Williamson). Isso porque, como já foi dito aqui, aproveita-se do referencial teórico da Ciência Econômica, que tem se mostrado mais evoluída do que outras ciências sociais, ao menos do ponto de vista da comprovação teórica e empírica de seus modelos.

De acordo com esta análise econômica do Direito, o sistema jurídico cumpre maior função social num modelo regulatório em que o Direito respeita, protege e reforça o mercado, pois admite que este é um fato e uma necessidade social permitindo que ele se desenvolva beneficiando toda a coletividade que nele interage. Dessa maneira, por exemplo, equivocam-se aqueles juristas que defendem que a função social do Direito Privado deva ter um caráter redistributivo, de índole publicista ou

²⁹ Segundo Barroso, o Estado Social é aquele que assume diretamente alguns papéis na atividade econômica com o fim de promover o desenvolvimento econômico e social e outros papéis de cunho regulatório e distributivo, com o intuito de preservar o mercado e amparar aqueles que ficaram de fora do sistema. BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 389. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2004, p. 31 e ss, dentre outros autores lá citados.

constitucional, com vistas a gerar maior “justiça social” – tema que tanto vem sendo discutido em razão do polêmico artigo 421 do Código Civil.

Ao contrário, ao gerar maior eficiência das instituições sociais de mercado, será um Direito tipicamente privado que gerará maior riqueza social e, portanto, maiores condições para a própria redistribuição, em seu local adequado, via tributação e políticas públicas governamentais (que são inequivocamente o melhor instrumento para gerar “justiça social”).³⁰

Dito isso, e como o Direito cumpre aquela função social de operacionalização das relações de mercado?

Basicamente se estiver comprometido com aquelas instituições jurídicas que instrumentalizam o seu funcionamento (do mercado): a livre iniciativa, a autonomia privada (o contrato) e a propriedade. Isso porque são esses institutos jurídicos que operam um verdadeiro “acoplamento estrutural” entre o sistema jurídico e o sistema econômico.³¹

Nesse sentido, a função social da concorrência, do contrato e da propriedade está relacionada, em um sistema econômico capitalista, à operabilidade do mercado. Com efeito, se o mercado joga importante papel na sociedade, quanto melhor o seu desempenho, maior a função social do Direito.

Dessa forma, o bom funcionamento do mercado depende certamente de uma estrutura concorrencial favorável, que permita aos agentes econômicos dele entrar e sair, servindo seu comportamento como referência (não necessariamente determinante) para os demais competidores e para os consumidores. Isso implica uma agência regulatória e Poder Judiciário independentes, incapazes de serem “capturados” pelo agente regulado ou por quaisquer outros setores da sociedade.

³⁰ COOTER & UTER, “Law & Economics”, p. 07 e ss.

³¹ Sobre “acoplamento estrutural” e a teoria dos sistemas de Luhmann, ver CARVALHO, Cristiano. “Teoria do sistema jurídico”. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

Ele ainda depende de regras claras sobre riscos e obrigações de cada uma das partes que serão alocadas pelo contrato. Este instituto protegerá assim os envolvidos no negócio de possibilidades de incumprimento, de responsabilidades por danos gerados ao parceiro ou a terceiros, enfim de comportamentos oportunistas ou negligentes. E por isso o contrato, como instrumento jurídico, oferecerá aquilo que de mais precioso o sistema jurídico pode oferecer nestes casos: sanção estatal mediante uma ação judicial da parte que se sinta prejudicada.

E nesse ponto o contrato se imbrica com o processo civil, pois um rápido procedimento garantirá efetividade do contrato e, portanto, das regras e respectivas sanções negociadas pelas partes, tornando o incumprimento um pior negócio do que o cumprimento (porque além de adimplir suas obrigações, com certeza a parte terá que responder por multas, perdas e danos, custas processuais, honorários advocatícios).

Por que as pessoas preferem fazer um seguro de vida na Suíça ou nos Estados Unidos e não na Bolívia ou até mesmo no Brasil? Pela segurança de que, lá, o contrato será cumprido e rapidamente. Por que os juros são altos no Brasil e na Argentina? Porque, dentre inúmeros outros motivos, seus governos já decretaram moratória a credores externos privados e governamentais, ou seja, seus governantes não pagaram títulos líquidos, certos e exigíveis, deixando de cumprir com suas promessas, e, portanto, quebrando contratos num sentido amplo e menos jurídico.

De outra parte, o bom funcionamento do mercado depende também de regras claras sobre atribuição da propriedade. Estudos empíricos demonstram que quanto maior o grau de certeza da propriedade, maiores os investimentos dos agentes econômicos³². Quem já alugou seu imóvel sabe bem a diferença que as pessoas dão para coisas suas e coisas dos outros.

Justamente por isso, equivocam-se aqueles que pretendem publicizar os institutos de Direito Privado como o contrato e a propriedade, buscando aplicação direta da Constituição Federal de 1988 nas relações entre particulares, no

³² SZTAJN e ZYLBERSZTAJN, já citados acima.

intuito de gerar maior “justiça social”. É que esta proposição acaba agregando incerteza, imprevisibilidade e ineficiência nas operações de mercado, instrumentalizando uma verdadeira “desfuncionalização” do Direito Privado.

Não é flexibilizando o contrato, protegendo eventualmente um hipossuficiente que, necessariamente, gerar-se-á socialmente maior riqueza e conseqüentemente maior equilíbrio no seio das relações sociais. Nesse sentido, a função social do contrato, como roupagem jurídica de operações econômicas, não é a relativização do *pacta sunt servanda*, mas a instrumentalização das trocas, onde quem ganha é a coletividade. E paradoxalmente, na maioria das vezes, a coletividade ganha quando o contrato é cumprido e os custos de um eventual inadimplemento não são redistribuídos aos não participantes da relação !

Aliás, não é nem esta a tendência da ordem jurídica internacional (especialmente no comércio internacional), que tem como grande pilar a liberdade de contratar e a não interferência por terceiro naquilo que fora pactuado entre as partes – veja-se exemplificativamente os princípios UNIDROIT (2004), a Convenção de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de Viena da UNCITRAL (1980), a Convenção Interamericana sobre Contratos Internacionais do México (CIDIP V/OEA; 1994). Essa tendência de orientação para o mercado (*market oriented*) é também sentida na conformação do Estado contemporâneo (pós-social para uns, pós-moderno para outros, neoliberal, etc), que sucedeu ao Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*).³³

Paradigmática, nesse sentido, é a conclusão de Faria: “A partir dos anos 70, porém, com a crescente instabilidade das principais variáveis macroeconômicas, essa era (do Estado Social) passou a se caracterizar pela drástica redução de seu ritmo de crescimento (...). E nos anos 80, passou a mostrar progressiva incapacidade tanto para planejar racionalmente sua intervenção no processo de mudança social quanto para produzir respostas a um só tempo eficientes e sistematicamente coerentes ao conjunto disperso e contraditório de tensões, conflitos e demandas gerados pelos desdobramentos da desorganização monetária e dos dois choques energéticos. A

³³ Ver os excelentes ensaios de PEREIRA, L. C. Bresser. “A reforma do Estado nos anos 90”, In “Uma nova relação entre Estado, Sociedade e Economia”. SALVO, Mauro e PORTO JR., Sabino (org.). Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 82 e ss. e também FRANCO, Gustavo. “O novo modelo brasileiro em perspectiva”, publicado na mesma obra citada, p. 13 e ss.

ascensão e decadência do intervencionismo estatal num curto espaço de tempo de quatro décadas, retratam, assim, a trajetória dessa era.”³⁴.

Uma boa prova de que os agentes econômicos necessitam de segurança e de previsibilidade e que a revisão do contrato pode trazer maiores prejuízos do que benefícios são os estudos de campo do Instituto PENSA da USP, que tem a grande vantagem de sair do debate meramente político ou ideológico e focar na comprovação matemática ou estatística da proposição.

Nesse sentir, comprovou-se, empiricamente, que a revisão judicial de contratos agrários no Estado de Goiás dificultou o financiamento da safra no ano seguinte.³⁵

A situação enfrentada lá foi a de que algumas culturas, como a soja, eram financiadas, em muitos casos, com capital privado, ou seja, negociadores faziam a compra antecipada da produção, entregando o pagamento imediatamente ao produtor, que com isso, capitalizava-se para o plantio. E no ano seguinte, este agricultor, que já havia computado seu lucro no preço de venda antecipada, entregava o produto.

Pois houve uma inesperada valorização da soja e alguns produtores ingressaram com ações de revisão judicial dos contratos alegando imprevisibilidade, enriquecimento injustificado, etc, para não cumprir o pactuado, ou seja, a fim de evitar a entrega do produto de seu plantio, pelo preço antes estipulado.

O Tribunal de Justiça de Goiás, com base na função social do contrato, revisou os contratos e liberou os produtores que ingressaram com as ações, ditos hipossuficientes, do cumprimento integral do contrato.

A conseqüência (coletiva ou social) disso foi a de que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com ações foram prejudicados, pois

³⁴ FARIA, José Eduardo. “O Direito na economia globalizada”. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 112.

³⁵ Conforme divulgado em Seminário do Instituto PENSA na USP em 05 de dezembro de 2005. Existe um relatório parcial da pesquisa divulgado no site do instituto: <http://www.fundacaofia.com.br/pensa/>. Também foi publicada uma série de reportagens sobre este tema na Revista Agroanalysis da FGV/SP, entre os meses de agosto e setembro de 2005.

os *traders* da região não mais queriam seguir fazendo a operação de compra antecipada do produto, diante do flagrante risco de prejuízo da operação, já que se o preço da soja no ano seguinte ao contrato fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato.

Algo, aliás, que foi sentido no Rio Grande do Sul, onde estima-se que os juros seriam superiores à média nacional por conta do excessivo número de revisões judiciais de contratos bancários, tornando o crédito da instituição financeira mais duvidoso e a operação, por conseqüência, mais arriscada para os agentes. Conseqüentemente, haveria a necessidade de redistribuição do risco e do prejuízo entre os adimplentes.

Isso aconteceu também nos condomínios de apartamentos, onde a diminuição da multa condominial para 2% promovida pelo Novo Código Civil gerou um estímulo à inadimplência e esta perda teve que ser distribuída em chamadas extras ou aumento de mensalidades aos demais condôminos.

Portanto, a função social do contrato é a função do contrato em um determinado ambiente coletivo e não individual. É preciso avaliar qual o impacto no bem estar da coletividade de uma determinada revisão do contrato. E isso somente pode acontecer levando em conta o impacto no espaço público de interação coletiva que é justamente o mercado.

No que diz com a propriedade e as garantias, certamente relativizações por conta de função social da propriedade e do valor maior da dignidade da pessoa humana certamente acarretarão empobrecimento do país, com depressão da riqueza nacional.

A ineficiência da publicização do Direito Privado foi já sentida na Inglaterra (um dos berços do Estado Social), provocando, de acordo, com o testemunho de Atiyah, uma reviravolta e um retorno dos princípios da livre iniciativa e da autonomia privada. O professor de Oxford, antigo defensor do “declínio da liberdade

contratual” (*fall of the freedom of the contract*), dá o exemplo, na Inglaterra, da legislação sobre locações.

A excessiva proteção do locatário na legislação daquele país escasseou a oferta de imóveis, fazendo com que o preço dos aluguéis subisse demasiadamente. A lei do inquilinato inglesa foi reformulada para dar maior flexibilidade ao contrato, permitindo, mais rapidamente, a recuperação do bem locado. Em consequência, a oferta de imóveis aumentou no mercado, diminuindo conseqüentemente o preço para os locatários, que saíram beneficiados.³⁶

E o mundo capitalista é assim. O investidor certamente procurará “portos seguros” para fazer seus investimentos, onde os contratos valham, a sua propriedade seja respeitada e onde o processo se desenrole com agilidade.

5. Conclusões

A primeira conclusão a que se chega é a de que o mercado, como espaço de troca de bens e serviços, existe, não sendo criação do liberalismo ou do “neoliberalismo”.

A segunda conclusão é a de que as leis da ciência econômica devem ser conhecidas pelos juristas e/ou operadores do direito; especialmente aqueles que com mais freqüência se envolverem em discussões que versem sobre o mercado ou sobre sua regulação. A análise econômica do Direito, que incorporou o ferramental de análise da Economia, não pode ser mais tida como um movimento “de direita” ou de “neoliberais”, mas sim como uma legítima escola de pensamento, cujas idéias podem contribuir bastante para as discussões dos problemas sociais contemporâneos.³⁷

³⁶ Ver, de ATIYAH, P. “An introduction of the law of contract”. Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 28 e ss.

³⁷ SWEDBERG, Richard. *Principles of Economic Sociology*. Princeton University Press, New Jersey, 2003, p. 217.

A terceira conclusão é a de que o mercado pode ser regulado pela ordem jurídica a partir de um modelo liberal ou de um modelo social ou welfarista. No primeiro caso, há uma tendência à autoregulação do mercado e no segundo caso há uma tentativa de regulação exógena do mercado vinda do Estado, sendo que em nenhum destes modelos se renuncia ao mercado nem ao sistema econômico capitalista.

A quarta conclusão é que a opção por um ou outro modelo de Estado – e de Direito – tem impacto decisivo no desenvolvimento econômico dos países.

A quinta conclusão é que a opção por um modelo que respeite o mercado (e os institutos a si tão caros, como a propriedade, contratos, etc.) é a mais eficiente socialmente, e a que, portanto, melhor atende à função social do Direito.