

Prof. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA
Faculdade de Direito da UFMG.

1. A denominada "economia de mercado" encontra, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, valioso material de compreensão do modo pelo qual o seu próprio conceito vem evoluindo. Quanto à realidade Mercado-Direito, constitui-se num dos mais palpitantes temas a desafiar o jurista. Diversos são os possíveis aspectos de sua abordagem, destacando-se especialmente o que conduz à indagação sobre a natureza jurídica do mercado, tomando-o pela tradicional dicotomia do Direito Público e Direito Privado ou, ao contrário, concluindo-se pela sua inadaptação a tal divisão.

Parece-nos correto iniciar este estudo pela identificação dos elementos estruturais do mercado sob o prisma do seu condicionamento jurídico, ao mesmo tempo em que se atente pelo seu conceito econômico, preso à satisfação das necessidades daqueles que dele participam.

2. Tomando o "mercado" pelo "fato" do encontro entre participantes movidos pelos respectivos interesses, vamos encontrar as figuras do "ofertante" e do "procurante", a presença do bem e o fato da transação ou negociação.

O ofertante e o procurante, enquanto "sujeitos" de direito, tanto podem ser pessoa natural como jurídica, nesta categoria também figurando o Estado.

Quanto ao "objeto" que vai ser negociado, tanto pode ser "a coisa material", como o "trabalho" ou o "dinheiro", caracterizando os mercados de "bens", de "serviços" ou de "capitais". O denominado Direito das Coisas, assim como o Direito das Obrigações, habitualmente catalogados como capítulos do Direito Privado, extrapolam este limite, quando um dos sujeitos é o Estado ou os entes classificados como de Direito Público.

A transação efetiva-se pelo instrumento jurídico do "contrato". Este liga-se intimamente ao "direito" de propriedade, pois a rigor, só

proprietário pode dispor do “bem” na qualidade de ofertante e o comprador adquiri-lo, enquanto procurante.

Realizando a transação com a presença do “dinheiro” define-se o preço do bem negociado. Quer seja a coisa, o serviço ou o próprio dinheiro, todos assumem um preço, que é a medida monetária do valor. Justamente pela transação, é que o mercado cumpre a função denunciada por A. Smith de transformar valor de uso em valor de troca. Aí, configura-se o “espaço social de mercado”, pois especialmente pela intermediação da moeda, jamais uma transação se mantém isolada de repercussões sucessivas a partir da sua efetivação. E, ainda, A. Smith quem nos diz que o preço de mercado exprime a “relação entre a quantidade que é, de fato, negociada no mercado e a procura daqueles que estão dispostos a pagar o seu preço natural, ou seja, o valor da “renda”, do “trabalho” e do “lucro”, para que o bem possa chegar até ao mercado”. Não se esgota neste ponto a idéia de mercado, entretanto, porque, para o mesmo autor, diferente daquela procura que se efetiva, é a “procura absoluta”, do consumidor que não tem condições de aquisição, porém que não deixa de figurar no mercado como procurante em potencial.(1) Para o tratamento jurídico deste mercado, assim baseado na propriedade particular do objeto da transação e no contrato, sempre se desfraldou a bandeira do Direito Privado, especialmente a partir do seu maior diploma, que foi o Código de Napoleão.

Numa visão sociológica, entretanto, vamos ainda mais claramente encontrar elementos pluralizantes ao registrar com Max Weber, que “a situação de mercado de um objeto de troca é aquela em que a totalidade das probabilidades de sua troca por dinheiro possa ser conhecida pelos participantes em sua orientação pela luta de preços e de concorrência”.(2)

3. Vemos que mais um elemento se configurou no mercado, a esta altura. Trata-se da “concorrência”. Esta oferece os elementos para a concepção do “mecanismo auto-regulador” do mercado, visto que aciona a oferta e a procura atuando na configuração dos preços. Efetiva-se entre sujeitos da mesma posição, isto é, de ofertantes contra ofertantes e de procurantes contra procurantes. Arma-se, portanto, um duplo sentido de disputa, de luta ou concorrência. Cada um deles é portador de direitos e enfrenta obrigações. Do ponto de

vista do Direito Privado, as conseqüências das transações esgotam-se na área dos direitos individuais. Não se pode escamotear, porém, que uma vez prejudicado um dos concorrentes, o Estado é chamado a atuar para restabelecer o equilíbrio nas relações. Então, a transação passa do sentido linear para o triangular. A expressão pública se revela, pois, na sua plenitude, subentende-se que estava subjacente, mesmo quando o Estado não fora chamado à participação.

4. A concepção de mercado, a partir destes elementos constitutivos, parte para a regra de seu funcionamento pela lei econômica da Oferta e Procura. Prende-se à idéia de um mecanismo auto-regulador, sem qualquer interferência estranha. Caracteriza-se concepção mecanicista. Aumentada a oferta de bens, a procura diminui e vice-versa. O preço pode ser utilizado como indicador, subindo ou descendo, se a oferta diminui ou aumenta.

Manipulações, ao lado de efeitos naturais, porém, podem modificar as condições deste automatismo, levando da concorrência “perfeita” à “imperfeita” e até à “monopólica”, e transformando o mercado, de “transparente” para “viscoso” ou “rígido”, ao ponto de imobilizar as oscilações de preços.

Quando transportamos o tema para a área da política econômica e utilizamos os instrumentos jurídicos para implementá-la, vemos que o Estado, e até mesmo o particular, provocam efeitos de projeção social ampla, que transbordam dos limites privados, saindo do interesse individual para o coletivo. A própria garantia de continuidade da concorrência exige instrumentos jurídicos que a assegurem, embora a partir de sua proposição, a própria idéia de concorrência já se terá limitado. O que ainda poderia ser tomado como expressão de Direito Privado nas transações feitas mediante o funcionamento automático do mercado, recebe o influxo do elemento público que o compromete. Assim foi que surgiram as leis “anti-trust”, em nome da defesa da livre concorrência e, portanto, da própria economia de mercado. Levam consigo o sentido público e passam a afirmar-se, tanto para organizar os processos de mercado, como para manipulá-los.(3)

Esta foi a problemática que preocupou, e ainda atormenta, os civilistas do porte de Josserant, Ripert ou Savatier, entre os pioneiros da percepção desta evolução do privatismo contratual, diante de novas

manifestações, ou pelo menos de situações atípicas de seu funcionamento. Falaram de “publicização” do Direito, de “decadência do direito”, de “revolta dos fatos contra o Código”, de “integração” inevitável entre o Direito Civil e o Direito Público, assim como da própria unidade do Direito.(4) Em verdade, o contratante comparece ao mercado levando na sua intenção de preço, pelo qual pretende adquirir ou vender, toda uma gama de elementos influentes na sua decisão e que já não confirmam as condições plenas daquele automatismo, porque as suas próprias razões lhe opõem limites. Do lado da oferta, por exemplo, o custo, seja ele de produção, seja de compra anterior — é uma barreira intransponível, sob pena de autodestruição do ofertante. De parte do procurante, a própria intensidade de sua necessidade esbarra no seu poder de compra. Se este não possibilita a transação, o automatismo do mercado o exclui, impondo-lhe um freio intransponível. Ao mesmo tempo, esta expulsão do procurante, do universo de compradores, não somente aumenta o contingente de miseráveis com suas necessidades até mesmo de sobrevivência, como repercute no mercado de trabalho, com o desemprego e no próprio mercado de capitais. Verifica-se, portanto, uma interdependência no mecanismo do mercado, cujas conseqüências sociais inevitáveis deslocam o problema do “âmbito do contrato puro e simples para outro terreno, este de natureza social, no qual o individual se incrusta.

A partir destes fundamentos é que se chega ao conceito de “economia de mercado”. Neste, o Direito tem importância decisiva para corrigir os efeitos dos mecanismos econômicos indiferentes à condição humana e social, imposta pela própria realidade.

5. Não se trata mais, simplesmente, de valores econômicos ou jurídicos, teoricamente considerados. Ao contrário, encontramos em plena dinâmica social, onde aqueles valores projetam-se em termos de política econômica juridicamente regulamentada. Esta, por sua vez, parte de uma origem ideológica na qual busca sentido e consistência. No Direito Positivo, a Constituição é o repositório de tais elementos e a ideologia nela consignada, afirma-se em toda a ordem jurídica. Do mesmo modo, pela amplidão do seu espaço, exige-se a configuração da ordem jurídico-econômica com princípios próprios e valores peculiarmente identificados. Nesta trilha vamos

encontrar o Direito Econômico e a Constituição Econômica. Aquele, tomado como um “direito de síntese” ante a impraticabilidade de seu enquadramento nos limites do Direito Público ou do Direito Privado, embora muitos dos seus cultores ainda pretendam agrilhoá-lo a limitações tais como os interesses da empresa ou a intervenção do Estado. Esta, enfeixada no texto da Constituição tradicional em título específico ou de modo disperso, exprime-se por princípios típicos e fundamentais para a política econômica que se consubstanciará na legislação ordinária.

6. A “economia de mercado” exigirá, neste ponto, compreensão mais desenvolvida do que a decorrente do automatismo auto-regulador. Quando se reclama pelas “regras do jogo”, não se poderá mais estar adstrito somente à oferta-e-procura em um funcionamento mecanicista. Valores políticos estarão alicerçados em fundamentos jurídicos para a inclusão da “economia de mercado” na “ordem econômica”. Não importa se esta política econômica adota posição praticamente idêntica à da auto-regulação do mercado, ou se dela se distancia ao infinito, porém, sempre se terá presente o fato de que o direito acompanha o seu funcionamento e alicerça a prática dos atos a ela correspondentes.

A partir desta afirmativa, torna-se possível o exercício de submeter-se o tema “economia de mercado” à disciplina jurídica em sede constitucional e, até mesmo, em busca ou demonstração de suas ligações (presentes ou reminiscentes) com o Direito Privado, como ótica eleita para o trabalho e o ensaio de extraí-la de um todo, embora composto de partes diferentes entre si. Mais correto nos parece condicionar a análise do texto constitucional à presença do elemento ideológico nele contido, pois daí fluem naturalmente as condições que a insitência classificadora teima em enquadrar no campo do Direito Privado ou no do Direito Público.

Tomando a Carta de 1988, vamos deparar com os elementos condicionadores indiscutíveis da “economia de mercado” e que com ela se identificam. Dentre estes, pelo fato de ser de competência da União o seu tratamento, não se poderia negar o sentido público ao poder de emissão da moeda (art. 20, VII), ao legislado sobre: crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (id. VII), comércio exterior e interestadual (id. VIII), sistema de poupança, sua captação e

garantia (id. XIX), sistema de consórcios e sorteios (id. XX), produção e consumo (art. 24, V), direito do consumidor (id VIII, art. 170, V), natureza e nacionalidade das empresas, investimento, reinvestimento e remessa de lucros do capital estrangeiro, reserva de mercado (art. 171 e 172) e assim por dainte. Por certo, alguns destes temas encontravam-se também nas Constituições liberais ao estilo da brasileira de 1891, que consagrava a ideologia capitalista liberal dos moldes do Sec. XIX até a Constituição de Weimar, alegando-se, portanto, que se tratava apenas da competência da União para legislar a respeito, ficando aos Códigos, a regulamentação em termos de relações entre particulares e, portanto, de Direito Privado. Ali consagrou-se a liberdade ao lado da propriedade definindo o modelo liberal de mercado, que funcionaria sem qualquer interferência pública e, por isto mesmo, delineou-se o perfil da expressão “economia de mercado”. Não havia cogitações a respeito das distorções da concorrência perfeita e das manipulações em detrimento do interesse coletivo que, assim, só indiretamente e por via de conseqüência, se fazia presente ao sistema. O Direito somente assumia posição constitucional naqueles dois pontos. A presença do Estado no mercado, porém, configurou-se nos textos constitucionais modernos, e já no Brasil foi desde a Carta de 1934 que tal ocorreu. A temática correspondente exprimiu-se pela “intervenção do Estado no domínio econômico” sob a forma de organização ou de direção, procurando conciliar e reunir os dados ideológicos liberais com os que os restringem e delineando, assim a ideologia neo-liberal, com tonalidades mais ou menos acentuadas de liberalismo ou de intervencionismo.

Desta forma, dois espaços foram reservados, pelo Constituinte de 1988, a estes dois temas. O primeiro, nos “Princípios Fundamentais”, para a “livre iniciativa” (art. 1º, VI), a “liberdade” e a “propriedade” (art. 5º). Mesmo aqui, entretanto, ao declarar que fica “garantido o direito de propriedade” (id. XXII), fá-lo seguir da restrição de que “a propriedade atenderá a sua função social”. No segundo espaço, já incluindo-os na Constituição Econômica definida na Ordem Econômica e Financeira”, repetem-se pelas expressões “propriedade privada” (art. 170, II) e “livre concorrência” (id. IV). Porém, se com estes dados se teria tomado o sentido tradicional de “economia de mercado”, com as restrições também aqui impostas da “função social da propriedade” (art. 170, III), da “defesa do

consumidor” (art. 170, VI) e da “repressão ao abuso do poder econômico”, “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, parágr. 4º), todo o sentido anterior ficará comprometido.

Outros dados não menos importantes concorrem para esta descaracterização, ou se quisermos, para a configuração de uma “economia de mercado” em moldes de neo-liberalismo, e não mais de liberalismo puro.

Neste sentido, o tratamento dado à empresa que operará neste mercado pautou-se por uma discriminação constitucional que certamente se dirige aos termos competitivos da concorrência. Assim é que retira a pequena propriedade rural dos riscos do mercado, subtraindo-a da possibilidade de penhora, por dívida, bem como garante tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170, IX, id. 179). Discrimina, ainda independentemente de sua dimensão (art. 171), com proteção e benefícios especiais (id. I), tratamento preferencial na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público (id. parágr. 2º), o apoio às sociedades cooperativas (art. 174, parágr. 2º e 3º), e a predominância de armadores nacionais (art. 178, II e parágr. 2º).

Quanto ao mercado de serviços, os direitos dos trabalhadores, alinhados no art. 7º, influem decisivamente no custo do produto a ser levado ao mercado de bens, além de atuar diretamente sobre a própria oferta e procura de trabalho.

No tocante ao capital de investimento, discrimina a nacionalidade e regula a remessa de lucros. Com referência ao capital monetário, tabela a taxa de juros (art. 192, parágr. 3º), limitando-a a 1200 ao ano, com o que contraria os princípios de economia de mercado liberal. A regulamentação de base constitucional do próprio sistema financeiro (art. 172), envolvendo as instituições bancárias oficiais e privadas, bem como as condições para o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, além dos bancos, do mesmo modo configura dados de um mercado controlado.

Estamos vendo, pois, como todos os elementos típicos de uma “economia de mercado” comparecem nos textos constitucionais. A contestação fundamenta-se no modo pelo qual eles se comportam, ou melhor na sempre alegada “regras do jogo”. Estas, porém, só

podem ser consideradas em face da ideologia, como dissemos. Tê-las-emos, portanto, no capitalismo liberal, quando desenham o modelo originário ainda hoje tomado por referência e que chamaríamos, na linguagem de Max Weber, o “tipo-ideal” e paradigma de comparação. Vimos que a “concorrência perfeita”, levando a um mercado completamente transparente, é construção teórica que a realidade não conseguiu jamais concretizar, em virtude das próprias forças internas da economia de mercado que levam ao “desequilíbrio”. Pelas manipulações a que se expõem, deixam de ser acionadas as regras de automatismo e se lhes impõem condições cerceadoras do livre mecanismo. De outra parte, deparamos com o resurgimento de um mercado modificado, ao qual poderemos estender as expressões “regras do jogo” e “economia de mercado”. Entretanto, o que se verifica é a presença dos operadores privados, particulares, convivendo com elementos intervencionistas institucionalizados, determinando linhas mestras dirigidas no sentido do bem-estar social e da realização de objetivos macropolítico-econômicos, como os que advêm da “exploração direta de atividade econômica” pelo próprio Estado (art. 173), ou da ação normativa e reguladora, quando exerce as “funções de fiscalização, incentivo e planejamento” com a particularidade da Carta atual de que o planejamento seja “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174). O particular comparece, portanto, no “âmbito do próprio planejamento estatal, sendo-lhe reservada a liberdade de opção de participar ou não da realização de suas metas e objetivos. Com isto, poder-se-ia dizer que fica mantida, porém muito restringida, a área de ação do sujeito da atividade econômica em mercado próprio, onde as regras da “economia de mercado” tradicionais teriam eficácia. Em caso contrário, teremos configurado um conflito de orientação ideológico dentro de um mesmo corpo constitucional.

Voltamos, portanto, à problemática das relações entre o mercado e o direito. De modo geral, as análises são feitas sobre o modelo ideológico capitalista liberal, como já salientamos. Nestas, situa-se a visão crítica do capitalismo trazida por Marx. Este, ao analisar o processo de produção do capital depara com o fato da acumulação dos lucros (mais-valia) em mãos do sujeito privado que “transforma em dinheiro os meios de produção e a força de trabalho”, “valores destinados a funcionar como capital. Esta transformação tem

lugar no mercado, na esfera da circulação”(5). Sendo dispensável explicar a concepção marxista sobre a “mais-valia”, afirma que esta, sob a forma de lucro capitalista se vai acumular, donde decorre a concentração em mãos particulares estabelecendo um poder de luta que influi diretamente sobre o mecanismo auto-regulador do mercado, comprometendo as condições da concorrência. A figura desta “concentração”, ligada à de “poder” de “mercado” irá inspirar, posteriormente, nas formas do chamado “capitalismo retardado”, os limites entre o “uso” e o “abuso”, que podemos identificar na Constituição de 1988, justamente no “princípio da livre concorrência” (art. 170, IV) e no dispositivo da “repressão ao abuso do poder econômico (art. 173 parágr. 4º).

Na mesma linha de preocupações, encontramos a contribuição de Max Weber, que destaca a “racionalidade do mercado”, tendo no direito a forma de domínio racional. Esta racionalidade do direito estaria condicionada por “relações internas”, ou seja, pelas particularidades dos grupos de pessoas, que pela sua profissão, têm condições de influir diretamente no modo de conformação do Direito, e só indiretamente nos elementos gerais, de caráter econômico e social”. Assim, dos “burocratas do direito”, ou seja, advogados, juizes e legisladores, decorre a importância do contrato, em sua atuação na ideologia liberal. Estabelece diferença entre o contrato jurídico privado, a que denomina “contrato-estatuto” e aquele que decorre de transformações recebidas no livre acordo de vontades, ao qual chama de “contrato-fim”, criado pelo próprio mercado, porém protegido e aplicado pelo Estado e pela hierarquia jurídica. Neste caso, além de regular o “ato de troca”, tem por função garantir a amplitude e a expansão do mercado. Por esta linha de raciocínio, já vislumbramos as próprias modificações no conceito de “economia de mercado”. Diante do Contrato para um mercado de tipo clássico, já percebemos a necessidade de uma ampliação, introduzindo-lhe elementos materiais que vão além do simples interesse privado das partes, e que o intervencionismo irá desenvolver. Deste aspecto cuidará Luhmann, tomando os direitos fundamentais como instituição, discordando de tomá-los segundo a visão liberal, como garantias de liberdade e de justiça. Para ele, a garantia da propriedade tem como função somente assegurar o papel de sujeito participante no sistema de comunicação da economia, visto que sem ela tal sistema não pode

generalizar-se.(6) A garantia constitucional do direito da propriedade privada impõe ao Estado a legitimidade do sistema econômico que se auto-regula mediante o instrumento do dinheiro. Assim, é que se reduz a intervenção do Estado no mercado, como “operador”, ao mesmo tempo em que a sua presença se faz como “regulador”, aceitando como compatíveis as categorias centrais do Direito Civil, ou seja, o contrato e o direito subjetivo.

A Escola de Friburgo, com Walter Eucken à frente, ofereceria os elementos teóricos do ordo-liberalismo. Eirich Hoppman é o seu continuador. Parte da existência de uma economia com direção central e de uma economia de mercado descentralizada. Ao enfrentar a necessidade de regular a economia como um todo, configuram-se duas ordens econômicas que seriam incompatíveis entre si. Uma, com o plano vinculante do Estado, que Eucken indicava como modelo socialista e que o art. 173 da Carta de 1988 consagrou para o planejamento e outra, a da concorrência por eficiência, imaginada como concorrência perfeita, na qual nenhum operador tem o domínio do mercado. Afastando-se, assim, do liberalismo do “laissez faire”, admite condições institucionalizadas na ordem econômica, criadas pelo Estado e pelo Direito. Haverá condições jurídicas constitutivas, que são as garantias das liberdades jurídicas clássicas, como a contratual, a de concorrência e a de associação e as condições jurídicas de regulação, voltadas, por exemplo para evitar as disfunções, impedindo a ação do poder de mercado. Com isto distoa da tese marxista da “acumulação” e da “concentração” como uma fatalidade do capitalismo liberal e considera a possibilidade de corrigir os seus efeitos pelas medidas incluídas na própria ordem jurídica.

Para Hoppman, o direito não deve fixar fins, funções ou conteúdo, mas apenas oferecer aos operadores do mercado as “regras do jogo”, às quais se submetem e que não devem ter caráter proibitivo nem mandamentos positivos no sentido do fazer. Assim, somente como exceção o Estado atuaria, enquanto, como regra, asseguraria o funcionamento do mecanismo da concorrência.

Pelo fato de o Estado não usar a concorrência para alcançar objetivos de bem-estar e de devir, a tese ordo-liberal é criticada e dela se reclama a introdução da consideração funcional e instrumental levada à política da competência do Estado, especialmente por Kantzenbach. Em compensação, os modernos teóricos do neo-

liberalismo, como Bohm e Mestmacker, admitem que o Estado seja quem elabora a ordem econômica e quem decide a favor de uma economia centralizada ou de uma economia de mercado. Bohm iria levar os preceitos ordo-liberais a ponto mais avançado, admitindo que o Estado é quem configura a ordem econômica e decide pela administração centralizada ou de economia de mercado. Adotadas estas idéias, passou a identificar uma “economia social de mercado”. Alegava ser a economia planificada incompatível com a democracia e exaltava a concorrência e a automatização como formas de garantir a um tempo, a liberdade individual e a ausência de conflitos na economia, com o sistema de preços facilitando o encontro entre oferta e procura e os competidores não tendo o poder de mercado em virtude de sua recíproca neutralização. Por seu turno, o problema da “concentração” seria tratado de modo preventivo, pela proibição das formas de sua realização como cartéis e monopólios e de modo repressivo mediante uma política pela qual se desfça o “poder de mercado” obrigando as empresas a procederem como se operassem em uma concorrência perfeita. Estaria configurada uma política econômica que compete ao direito regulamentar. Por esta linha, chega à posição de que a ordem social da economia de mercado corresponde a uma sociedade regida pelo direito privado, porque nela os agentes econômicos realizam as suas operações de transformação do valor de uso em valor de troca pelo contrato e instituições do direito civil. Prega, portanto, o tratamento das questões econômicas pelo instrumento do direito que não pode ser indiferente a tudo o que se passa no mercado. Seria um “direito da concorrência”(7), segundo o pensamento de seu discípulo Mestmacker. Neste caso, a Constituição Econômica deveria cuidar do poder no mercado em face da ordem jurídica, enquanto a Ciência do Direito manteria sua função de crítica ideológica, decorrendo de tudo isto uma compreensão sistemática e funcional do ordenamento jurídico em seu conjunto. O direito deveria fixar regras de conduta, facilitar os processos de concorrência e evitar situações de aumento do poder econômico, sem buscar resultados econômicos diretos.

A contribuição de Ludwig Raiser volta-se para uma posição que Reich denomina de “pluralístico-institucional” da relação entre mercado e direito. Suas concepções são pela instituição, em lugar do direito subjetivo. Este prende-se a um tipo de mercado que está

limitado para cada sujeito, embora garantido pelo direito. Na liberdade de contratar garante-se a liberdade do mercado em detrimento do direito do oponente e, assim, ela própria já estará comprometida. A dinâmica do mercado permite, porém, a sua ampliação, que vai desfigurar o seu caráter puramente privado e se projetar em elementos de caráter público, como a sanção contra os abusos e outros (id. 47). Reconhece, deste modo, o caráter público do mercado e do direito que o regulamenta. Procura demonstrar a superação da tese da privacidade do mercado e do direito estritamente privado, diferenciando direito da empresa, direito dos consumidores e direito civil.

Claus Ott mostra a contradição nas sociedades capitalistas atuais onde o poder econômico das grandes empresas chega a compor o sistema político de dominação, ao ponto de prescindir dos controles democráticos em face de sua vinculação com as instituições e ideologias jurídico-privadas. Daí a necessidade dos controles públicos de sua atuação.

As teorias materialistas modernas, especialmente com Habermas e Off, voltam as suas vistas para a politização e a juridificação do mercado, destacando em especial o problema das crises verificadas em seu processo e a posição do Estado a esse respeito. Por influir como transtorno na própria interação social a partir dos efeitos sobre o Sistema, Habermas distingue a crise econômica, a crise política, a crise de legitimação e a crise de motivação. Para ele, a intervenção do Estado pode deslocar a crise mas não aboli-la. A ação do Estado, na busca de atender aos defeitos de funcionamento do mercado, resulta em politização que chega até à estrutura das classes sociais gerando os processos econômicos que já não funcionarão autonomamente. Modificam-se, saindo do automatismo liberal, que no direito burguês encontrava cobertura no direito privado, para penetrar no campo das atuações do tipo "substitutivo" e das medidas de caráter "compensatório" do mercado. Assim, o Estado reativa as forças de propulsão do mercado, debilitadas nas crises, e corrige as relações disfuncionadoras decorrentes do processo de acumulação. Para Habermas, o caráter puramente formal do direito burguês se desfigura convertendo-se nas regulações próprias do Estado social, introduzindo os seus processos no mercado, o qual continua possuindo caráter capitalista.

Off preocupa-se com o processo anárquico de socialização verificada no atual Estado capitalista, procurando diminuir as contradições existentes. Destaca os mecanismos de compensação destinados a corrigir as disfunções do processo capitalista de mercado como aquele que visa à organização do mercado e à institucionalização do progresso técnico como fator produtivo, cabendo ao Estado regulamentar o conjunto do sistema capitalista. O Estado intervencionista ultrassa, assim, os limites da regulamentação do mercado, para exercer a estratégia de integração, chegando até à regulamentação dos processos de mercado.

Uma outra posição é assumida pela teoria alternativa da dupla instrumentalidade do Direito Econômico, que se ocupa da organização dos processos segundo as regras de uma economia de mercado oferecendo normas e instituições como o contrato, a propriedade privada e assim por diante e, de outra parte, funciona como instrumento do Estado para exercer a sua influência naqueles processos, juntamente com as demais medidas de política econômica. O direito estaria duplamente instrumentalizado, por parte do Estado e dos agentes privados que atuam no mercado. Para Reich há uma condição fundamental nesta situação, que comprometeria todo o direito da economia, com conflitos entre economia e política, refletidos no plano do direito. Por fim, conclui que, neste particular, a solução deve ser buscada em uma Teoria Constitucional do Estado Social, à qual fica o encargo de esclarecer a relação entre o Estado e o Direito ante os processos do mercado, e qual deva ser, neste particular, a posição do jurista.

Esta exaustiva transcrição de pontos de vista divergentes foi trazida menos no intuito de divulgá-los ou de analisá-los, do que de salientar as dúvidas que preocupam os juristas sobre o tema e para que pudéssemos situar-nos a respeito. E o que faremos a seguir.

Em primeiro lugar, tomamos o tema como assunto típico de Direito Econômico segundo o conceito que adotamos para este, ou seja, como ramo autônomo do Direito, e não apenas difundido como tema econômico tratado pelo Direito em geral. Em segundo lugar, ao definirmos o próprio objeto deste ramo do Direito como sendo a política econômica, afirmamos que esta tanto pode ser a do Estado, como a dos indivíduos e das empresas. Como se vê, não é possível tratá-lo pelo prisma da divisão entre "público" e "privado".

Parece-nos que a análise feita do texto da Constituição de 1988 tenha demonstrado à evidência esta afirmativa. Em terceiro lugar, não há duas “ordens jurídicas” ou “jurídico-econômicas” para a economia de Mercado, como se pretendeu na visão elementar do Ordo-Liberalismo. Nem poderá haver duas Constituições Econômicas com plena e simultânea vigência, pois que o princípio ideológico terá que ser harmonicamente situado na Carta Magna. As aparentes contradições ideológicas internas em verdade não existem, pois a ideologia da Constituição vigente define-se pelo que nela está consignado e não pelos modelos teóricos de ideologia em oposição. Assim é que conceituamos a “ideologia constitucionalmente adotada”.(8) Em quarto lugar, para dirimir as dificuldades que poderiam ser criadas pelo raciocínio clássico no tratamento do texto constitucional foi que desenvolvemos o “princípio da economicidade”(9) destinado a atender à circunstancialidade da maior conveniência definida para a opção de sua aplicabilidade. Desta forma, propriedade privada ou função social, livre concorrência ou repressão ao abuso do poder econômico, serão adotados em caráter circunstancial, de acordo com a “linha de maior conveniência” para o atendimento dos fundamentos definidos para a própria “ordem econômica”. Na carta de 1988, estes são a “valorização do trabalho humano” e a “livre iniciativa”, tendo por fim assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social, segundo os princípios ali enumerados.

Apliquemos estes elementos ao estudo da “economia de mercado” nesta Carta. Ali, foram consignados os elementos estruturais do mercado. Tomados isoladamente, levariam à imagem do mercado estático que, pelo mecanismo auto-regulador segundo a lei econômica da oferta-e-procura ensinaria, sem dúvida, a visão de Direito Privado que tradicionalmente o tratou pelos instrumentos do Direito Civil e do Direito Comercial. Trazido para o realismo de sua dinâmica, porém, os dados do interesse social que inevitavelmente o envolvem desfiguram esta imagem hipotética e lhe revelam, tanto os expedientes de suas disfunções, como também os efeitos do condicionalmente humano e social, que não podem ser ignorados ou anulados. Especialmente o comportamento do poder de mercado, decorrente da somatória das influências presentes, transfere o assunto para o campo da política econômica, onde interesses individuais e coletivos se fundem sem a possibilidade de qualquer separação. Deixa

de ter sentido, portanto, o maniqueísmo do Direito Privado e Direito Público. Nem por isso, se deverá partir para um modelo eclético sem expressão definida. Orientando-nos pela idéia de um “direito de síntese”, que nos parece portador de melhor lógica, visto como as relações entre indivíduos, assim como aquelas entre indivíduos e Estado, estão reguladas por leis elaboradas e aplicadas pelo próprio Estado. Ao mesmo tempo, este, enfrentando o preconceito da dicotomia e o do anti-intervencionalismo, vem assumindo a esdrúxula condição de pessoa de Direito Privado para a exploração da atividade econômica pública, seguindo as regras tradicionais de ‘economia de mercado’, tal como o disposto no art. 173. Desta forma, vemos a “empresa pública” e a “sociedade de economia mista” definidas como pessoas de Direito Privado, “por força de lei” (DL 200 e 900). Igualmente as demais “entidade estatais ou paraestatais que explorem a atividade econômica”, pois que “sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive, quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Pela visão do Direito Econômico, que nos parece a mais adequada ao tratamento do tema, a Carta de 1988, consagrou o princípio da “economia de mercado”, mantendo os seus elementos constitutivos. Adotando ideologia mais próxima da neo-liberal, o modelo apresentado pode ser chamado por muitos de “economia social de mercado”, o que nos parece redundante, porque não conseguimos conceber “mercado” sem a presença dos interesses sociais a partir das próprias regras defensoras dos interesses individuais, que a seu respeito possam ser alegadas.

Do mesmo modo, está claramente revelado no texto constitucional de 1988 que a “regra” adotada incorpora a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Só poderá fazê-lo, entretanto, despido de suas peculiaridades de poder público. No entanto, a sua competência para a regulamentação e a fiscalização submete igualmente todos os participantes dos negócios e os integra na política econômica geral. Não se trata, a nosso ver, de negar a “economia de mercado”, ou de comprometê-la, mas tão somente de tratá-la pela ótica da “ideologia adotada” pelo constituinte de 1988 e não pela da “ideologia liberal pura”. Se esta última utilizou o direito privado, nem por isso está desfigurada a imagem da “economia de mercado” na ideologia adotada na Carta de 1988, que levou em

consideração elementos de direito público. Se a primeira tinha o seu primado no Direito Privado, nem por isso a ideologia adotada atual teria como continuar procedendo do mesmo modo, pois fazê-lo seria desfigurar-se. Os desdobramentos da política económica na legislação ordinária, sua elaboração e aplicação garantem ao modelo a segurança democrática do equilíbrio entre a ação individual e a estatal. O comportamento do legislador constituente definindo para o país um “Estado Democrático de Direito (Preâmbulo) e evitando as expressões Estado de Direito, de sabor liberal, para aproximar-se do discurso da Carta Portuguesa de 1975, embora não avançando ao ponto da Espanhola de 1978 que consagra o Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º) autoriza-nos, salvo melhor juízo, a detectar na Carta de 1988 os elementos de uma “economia de mercado” distanciada do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal, sendo este o único prisma capaz de permitir a sua análise correta.

N O T A S

- 1 — Smith, Adam - “Riqueza das Nações”, Ed. Caloust Gulbernian, 1981, Lisboa, pag. 160.
- 2 — Weber, Max - “Economia y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica, México, Trad. José Medina Echevarria, 1944, vol. I, pag 80.
- 3 — Reich, Norbert - “Mercado y Derecho”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, trad. Antoni Fontx, 1985, pag. 29 e ss..
- 4 — Ripert, Georges - “Le Declin du Droit”, LGNJ, Paris, 1949, pág. 37 e ss; “L’Ordre Public Economique”, Etudes Geny, LGDJ, 1950, pág. 5 e ss; Savatier, René, “Du Droit au Droit Public”, Paris, pág. 5 e ss; Kelsen, Hans - “Teoria Pura do Direito”, trad. João Baptista Machado, Ed. Armenio Amado, Coimbra, 1979, pág. 378 e ss..
- 5 — Marx, Karl - trad. para o francês de J. Roy, Alfred Costes, Editeur, Tome IV, pág. 7.

7 — Reich, Norbert, id. pag. 45

8 — Vide, nosso “Direito Econômico”, Saraiva, São Paulo, 1980.

9 — Ibidem.

As seções IV e V do Capítulo III do Título IV da atual Constituição Federal tratam dos Tribunais Regionais Federais, dos Juizes Federais e dos Tribunais e Juizes do Trabalho.

O estudo dessas duas respeitáveis Instituições deve levantar questionamentos que nos im * * * am para uma análise de ordem constitucional atual. O perfeito conhecimento de razão de ser, da estrutura, do funcionamento e das competências destes órgãos do Poder Judiciário somente poderá ser conseguido após uma abordagem retrospectiva, cujo objetivo não é o de simplesmente “contar história”, mas acima de tudo o de “entender a história”, vista esta como o esforço para concretizar ideias, incorporando-as ao evoluir do tempo.

A JUSTIÇA FEDERAL

Os que vivemos a época atual, talvez redigamos inadvertidamente a ideia de Justiça Federal à sua criação (ou verdade, recriação) pelo Governo Revolucionário de 1964. A criação da Justiça Federal pela Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, não pode ser vinculada à sua ligação umbilical com a disposição do artigo 89 do ATO INSTITUCIONAL Nº 2, de 27 de outubro de 1965, que deu nova redação aos artigos 94, 98, 103 e 105 da Constituição de 1946. Fazê-lo seria desvirtuar a sua própria existência, atribuindo-lhe características que ela nunca teve. É preciso, antes de mais nada, enfatizar que o Ato Institucional nº 2, de 1965, não criou a Justiça Federal, mas a recriou. A sua verdadeira natureza deve ser buscada em sua criação original. Para isso vale a pena um retrocesso no estado da história.