

3.3.2 Direito privado e as concepções naturalistas e normativistas de mercado

Márcio Adriano Gomes de Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG, Pós-Graduado pela PUC/MG, Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/NG e Professor de Direito Empresarial pela Universidade UNIS, Advogado especialista em Direito Empresarial



Márcio Adriano Gomes de Oliveira

1 - DA INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar, comentar e distinguir as concepções de mercado e evolução do direito privado.

No direito privado, temos as concepções naturalistas e normativistas de mercado, esta última também chamada de artificial.

O entendimento de tais concepções é de fundamental importância para a compreensão do estado atual

de nosso direito privado (constitucionalizado).

O presente trabalho tem principalmente a apreciação de tais concepções, entre outros autores, a obra da Profa. Judith Martins Costa, “A reconstrução do direito privado”.

2 - DA CONCEPÇÃO NATURALISTA DO MERCADO

A concepção naturalista de mercado, surgida no século XIX, tem origem nas doutrinas fisiocratas do século XVIII, sendo que o mercado era tido como o local da liberdade e da espontaneidade, que “mãos invisíveis” orientavam na direção do bem comum¹.

O Estado naquele momento não interferia nas relações privadas, e por consequência no mercado.

Não haveria assim necessidade de intervenções normativas (legislativas ou administrativas) no mercado, que seria o “reino natural da economia”.

Pode dizer-se que realmente seria uma economia livre, e em sendo apartada da esfera política, tem a denominação “naturalista”, exatamente porque seria o mercado o regime natural das relações econômicas.

Naquele momento, o direito passa a ser utilizado como um instrumento meramente fixador de regras “jogo econômico social” e garantidor das escolhas individuais, sendo o Estado mero produtor destas garantias, como explica a i. Profa. Judith Martins Costa².

¹ COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado*. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 614

² COSTA, Judith Martins. *op.cit*, pág. 614

Segundo Fábio COMPARATO³, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns, cabendo-lhe, diversamente, “propiciar sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual.”

Arremata, ainda, dizendo que caberia aos indivíduos “fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmônica de escolhas individuais”.

Neste momento, verifica-se que o Estado ficava totalmente alheio às relações entre particulares, apresentando-se como mero “assegurador” do cumprimento de tais relações.

Não havia qualquer tipo de intervenção do Estado nessas relações, frise-se.

O século XIX havia acolhido, diz Ascarelli, “o modelo de um equilíbrio natural, fruto do jogo das forças individuais naturalmente compreendidas, em cujo confronto a função precípua das leis era a de garantia, era a de, poder-se-ia quase dizer, a da eliminação dos obstáculos que a regulamentação legal interpunha à realização desta ordem”. A ordem econômica, embora “ordem”, era para empregar uma outra formulação dicotômica, cosmos e não taxis. Cosmos, porque ordem espontânea que resulta da regularidade do comportamento dos elementos que compreende e não tem, justo, porque é espontânea, a um fim que a polarize. Não seria portanto taxis, já que esta indica a ordem resultante de ação exógena ou imposta e, nesta medida, o produto de um desenho, de uma vontade capaz de escolher fins. Cosmos e taxis, natureza e cultura, economia e política, sociedade civil e Estado: o projeto oitocentista, poder-se-ia dizer, era um projeto fundamentalmente dicotômico.⁴

Naquela concepção, como retrocitado, a ordem econômica era fundamentalmente natural, sendo que tal sistema econômico, tal qual citava Adam Smith, equilibrava-se automaticamente, inclusive se sobrepondo às interesses individuais.

A concepção naturalista do mercado entrou em crise no século XX, quando se evidenciou um novo panorama de mercado, dissolvendo assim o mito naturalista

A evolução da sociedade, principalmente pelas transformações comerciais, e por consequência de direito privado, tal concepção foi perdendo seu valor, culminou na concepção artificial ou normativa.

3 - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Com o advento da Revolução Francesa e a conseqüente consagração dos ideais da burguesia, surge o Estado moderno, como pilar básico da emancipação das ordens normativas, que, a princípio, adotou os ideais liberais de então. Era o chamado Estado liberal, que tinha por *modus operandi* a existência do Estado mínimo, que só regularia a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, que configurariam a esfera pública, entendida como estatal.

Tal atuação mínima tinha por escopo a preservação da liberdade individual, no sentido de permitir a existência de relações jurídicas quaisquer, desde que não ferissem os interesses e as normas do Estado.

Como o Estado só normatizava de maneira genérica a respeito de sua organização, exercício e limites do seu poder, praticamente os indivíduos, em suas relações entre si, ficavam livres para estipular quaisquer cláusulas e condições em um negócio jurídico.

Desse modo, a doutrina do Estado liberal passa a interferir diretamente na teoria dos contratos, surgindo com ele o chamado princípio da autonomia privada e adágios como o *pacta sunt servanda*, que estavam totalmente justificados pelo liberalismo então reinante no mundo ocidental⁵.

Com as desigualdades se acirrando, o Estado, através de pressões vindas da sociedade, a partir da criação de movimentos sindicais e a consolidação do chamado direito do trabalho, passa a adotar um novo perfil.

A caracterização desse novo perfil se deve a partir da inclusão, nas Cartas Constitucionais, de normas relativas não apenas à organização do Estado, poderes e limites, mas também uma parte reservada à regulamentação da ordem econômica e social.

Isso significa que o Estado não vai mais ser um mero observador das relações jurídicas que sempre o permearam, mudando sua posição como atuante na normatização e fiscalização do cumprimento das regras de ordem econômica. Vislumbra-se a interferência do Estado na ordem privada para que não mais se permita a verificação dos excessos praticados num passado não tão distante, conforme assevera LÔBO.⁶

4 - DA CONCEPÇÃO NORMATIVISTA DO MERCADO

A partir dessa intervenção estatal no mercado temos a concepção normativista de mercado.

Nesta concepção, o Estado impõe regras de tal atuação entre as relações de direito privado. Por sua vez, o dirigismo contratual se verifica na verdade a intervenção do Estado no direito privado, tal como nos contratos. Inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse social é trazido à tona, com o Estado ditando as regras no sentido de preservá-lo.

Como regime normativo, ordem das trocas da circulação econômica, admite-se que o mercado é regido por normas que o ordenam, não já derivadas de “mãos invisíveis”, mas constituídas pela “plena e firme visibilidade das normas jurídicas”. Mas visíveis, portanto, e publicamente visíveis⁷.

Importante ressaltar ainda a posição da Profa. Judith:

E se é a ordem constitucional, tradicionalmente tida como pública, que desenha, modela e conforma as relações econômicas privadas, até então concentradas nos Códigos Civil

³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, (org.) Celso Antonio Bandeira de Melo*, São Paulo, Malheiros, pág. 350.

⁴ Costa, Judith Martins. op. cit. pág.615/616.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto: *O Contrato - Exigências e Concepções Atuais* (n. 30), p. 13.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. 25

⁷ COSTA, Judith Martins. op. cit. pág.618/619

e Comercial, uma outra dualidade se esvai : a que opunha, dicotomicamente, o direito público e privado.

Neste aspecto, vivemos num momento de transformação, onde efetivamente já se encontra superada a divisão clássica de nosso direito entre público e privado.

Vemos claramente o fenômeno da constitucionalização dos direitos e patente uma nova reclassificação.

Aqui, particularmente, comungo o pensamento do i. Prof. e Jurista Dr. Gregório de Assagra Almeida⁸, que defende uma nova divisão do direito brasileiro, em sendo individual e coletivo.

Tal concepção aduz principalmente as diretrizes de nossa Constituição, senão vejamos:

“A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica aos dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Desta forma, na concepção normativista do mercado, o Estado atua de forma efetiva e não apenas como mero participante de uma relação, sendo a Constituição Federal cabal demonstração de tal intervenção.

Em nosso País, a concepção normativista do mercado não é recente, sendo que temos exemplos claros da intervenção estatal no mercado, como se verifica na antiga Constituição Federal de 1891⁹, senão vejamos:

Art 7º - É da competência exclusiva da União decretar:

1º) impostos sobre a importação de procedência estrangeira;

2º) direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação;

3º)taxas de selo, salvo a restrição do art. 9º, § 1º, nº I;

4º)taxas dos correios e telégrafos federais.

§1º- Também compete privativamente à União:

1º)a instituição de bancos emissores;

2º)a criação e manutenção de alfândegas.

§ 2º - Os impostos decretados pela União devem ser uniformes para todos os Estados.

§ 3º - As leis da União, os atos e as sentenças de suas autoridades serão executadas em todo o País por funcionários federais, podendo, todavia, a execução das primeiras ser confiada aos Governos dos Estados, mediante anuência destes.(grifo nosso).

No mesmo sentido, atualmente aduz nossa Constituição Federal de 1988¹⁰, nos artigos 1º, 3º e 170(verbis):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;(Grifo nosso)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;(Grifo nosso)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Da Ordem Econômica e Financeira

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente; (grifo nosso)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Cumpramos observar que “a referência a esses textos serve para acentuar que, ao estatuir como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição conformou um modelo de mercado assentado, de um lado, na liberdade de iniciativa econômica, de outro, na valorização do trabalho e na defesa do consumidor, princípios conducentes, todavia, à consecução de um preciso fim – a construção de uma sociedade solidária - livre, justa e solidária, como

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de; *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma Summa Divisio Constitucionalizada*. Editora Del Rey 2008. Pág. 437.

⁹ Disponível em www.presidencia.gov.br, acessado em 20/01/2009.

¹⁰ Disponível em www.presidencia.gov.br, acessado em 20/01/2009

afirma o art. 3º¹¹

Tal concepção é também claramente prevista no Código Civil de 2002, onde se verifica, por exemplo, a intervenção do estado na propriedade, nos contratos, exigindo-se a boa-fé, a função social, etc...

O objetivo do dirigismo, pois, é efetuar uma limitação à autonomia privada, no sentido de que ela fica tolhida, porque certos aspectos da realidade jurídico-contratual já estão preestabelecidos a partir de normas jurídicas estatais.

Como se vê, trata-se sempre da atuação do poder público na atividade econômica limitando a forma de contratar, a liberdade ou não de contratar (o que na época do Estado liberal era impensável), a liberdade de poder ou não escolher a outra parte contratante, etc.

Daí temos o dirigismo contratual do Estado, onde são impostas normas e regras de condutas contratuais, sendo efetivamente dirigidas.

Neste sentido, assevera LÔBO¹²:

Note-se que o dirigismo contratual se verifica através da intervenção do Estado nos contratos, inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse

social é trazido à tona, com o estado ditando as regras no sentido de preservá-lo.

Exemplo típico de dirigismo contratual está no seguro obrigatório dos automóveis. Percebe-se que, neste tipo de contrato, o particular, em primeiro lugar, é obrigado a contratar, ou seja, uma vez adquirido um automóvel, surge a obrigação de contratar, haja vista que o seguro é uma espécie de contrato no nosso direito positivo. Além de o particular ter que contratar, não pode, de igual sorte, determinar com qual seguradora contratar: tudo é feito por parte dos Departamentos Estaduais de Trânsito (DETRAN's), sem a mínima interferência do particular.

5 - DA CONCLUSÃO

Demonstrou-se por intermédio do presente a transformações e avanços sociais decorrentes da inicial concepção naturalista do mercado.

Do fruto dessas transformações, temos um Estado que normatiza e regula as relações de direito privado, para assegurar sua finalidade e objetivos, sempre lastreados pelo objeto maior que é o interesse social, tendo a função de zelar pelo bem-estar dos que compõem a sua estrutura.

¹¹ COSTA, Judith Martins. op. cit. pág. 620.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. pág. 27

6 - BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de; *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma Summa Divisio Constitucionalizada*. Editora Del Rey 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Editora Del Rey, Belo Horizonte. 2007.

COSTA, Judith Martins, *A reconstrução do direito privado*. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, (org.) Celso Antonio Bandeira de Melo*, São Paulo, Malheiros.

LÔBO, Paulo Luiz Neto: *O Contrato - Exigências e Concepções Atuais* (n. 30)