



IRTI, Natalino<sup>1</sup>. *L'ordine giuridico del mercato*. ROMA: Gius, Laterza & Figli, 2003.

Os textos de Irti, compilados nessa obra, buscam demonstrar que a economia de mercado é um *locus artificialis* e não *um locus naturalis*. Esta artificialidade deriva da técnica jurídica em dependência de uma decisão política, a qual confere forma à economia. As decisões políticas são mutáveis, assim como o são, outrossim, os regimes econômicos, os quais correspondem a um momento histórico, não podendo nenhum deles ser absoluto ou definitivo. (IRTI, 2003, p. V)

Fundado nessa tese, Irti refuta o naturalismo econômico onde o direito emparelha apenas como a reprodução de uma ordem pré-existente.

A idéia de precedência de uma ordem econômica ao direito, para Irti, se equipara à concepção do jusnaturalismo, que concebe uma ordem natural precedente ao direito positivo. Ocorre que no contexto contemporâneo, o jusnaturalismo não se representa mais na espécie teológica ou racional, mas na moderna dimensão da economia. (IRTI, 2003, p. VI)

Para os defensores da “lei do mercado”, esta é neutra, técnica e independente, sendo, portanto, apolítica.

Em oposição, Irti assevera que a “lei do mercado” está repleta de institutos jurídicos, dentre os quais, a propriedade privada, a autonomia contratual, as obrigações e a liberdade testamentária, institutos estes que não são naturais, mas sim dados pelo homem e historicamente definidos.

Sendo assim, aquilo que, para a economia de mercado, se entende como natural e imutável, é, na verdade, resultado de uma vontade política em um determinado momento histórico. (IRTI, 2003, p. VI)

Friederich Hayek, destaca Irti, um dos defensores da ordem econômica natural, entende que na relação entre direito e economia, as normas pertinentes a esta não são

---

<sup>1</sup> **Natalino Irti**, titular da cadeira de Direito Civil da Universidade de Roma *La Sapienza*.  
Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 165-172, jan./jun. 2011.

“criadas” na *praxis* como uma consequência da vontade humana, mas sim, “encontradas” no *cosmos*.

Para Irti, antes de se querer uma norma e de encontrá-la no *cosmos*, existe a decisão sobre o que escolher e o que encontrar. Diante disso, o instituto jurídico é um produto da vontade humana no curso do tempo. (IRTI, 2003, p. VII)

Como contraponto jusnaturalista, tem-se a afirmação de que o mercado não precisa do direito estatal, pois é capaz de produzir o seu próprio direito. Por sua vez, Irti destaca que o problema em si não é quanto à origem da norma, mas sim pela constatação da intrínseca normatividade do mercado, pois não se conhece mercado que não pressuponha institutos jurídicos. A própria economia de troca pressupõe a distinção elementar entre “teu” e “meu”, que pressupõe a atribuição de propriedade privada e não de propriedade comum. Isso, sem se considerar a pressuposição da moeda, das formas de garantia e da responsabilidade patrimonial. (IRTI, 2003, p. VII)

Destaca ainda, Irti, que a base da espontaneidade normativa do mercado esbarra na ausência de força sancionatória na hipótese de inobservância dos acordos. Seria necessário, nesse caso, a adoção de acordos com aplicação individualizada.

De todo modo, com o predomínio do pensamento da economia de mercado natural, determina-se a abdicação do Estado do que é público, além de se passar a exigir novas regras para o reforço do sistema de mercado.

Segundo Irti:

*Por detrás da antítese entre as leis naturais da economia, neutra, absoluta e objetiva e as leis históricas, dependentes da vontade humana, sempre se agitam a luta política, sempre estão defronte a ideologia ou a visão da sociedade. É o conflito entre uma e outra política e não entre uma política e uma neutralidade apolítica. Quando se afirma que o direito representa a economia e o mercado se resolve num estatuto de normas não se propõe um ou outro regime de trocas ou outra disciplina de propriedade, mas somente se recorda o elementar pressuposto de todas as ordens: a vontade política, traduzida em estatutos jurídicos.<sup>2</sup> (IRTI, 2003, p. IX)*

Sendo assim, a mesma vontade que instituiu a propriedade privada como base da ordem econômica pode depô-la. Esse é o temor dos defensores do naturalismo econômico.

<sup>2</sup> “Dietro l’antitesi fra leggi naturali dell’economia, neutra absolute oggetive, e leggi storiche, dipendenti dal volere umano, sempre si agita la lotta politica, sempre stanno di fronte ideologie o visione della società. Conflitto tra una ed altra politica, e non fra politica ed a-politica neutralità. Quando si afferma che Il diritto disegna l’economia, e Il mercato si resolve in statuto di norme, non se propone uno od altro regime degli scambi, uma od altra disciplina della proprietà, ma solo si ricorda l’elementare *pressupposto de tutti gli asseti*: la volontà politica, tradotta in statuizioni giuridiche.”

---

Para o avanço da globalização é oportuna a aproximação entre economia e técnica, eis que por intermédio dessa tecnicidade se refuta qualquer singularidade contrária à economia natural de mercado adotadas pelos direitos estatais.

Mesmo assim, destaca Irti, no comércio globalizado, não se pode acolher a compreensão de uma ordem econômica precedente ao direito, pois vai ser preciso definir o direito estatal aplicável, prevalecendo assim, a vontade política reproduzida no ordenamento jurídico estatal. Destaca o autor, que mesmo a *lex mercatoria* não pode prescindir da coercitividade estatal sobre os seus contratos.

Por outro lado, Irti assevera que a artificialidade do direito moderno, livre do vínculo com o direito natural ou qualquer outro fundamento, pode acolher qualquer conteúdo, adotar qualquer forma de estado determinado pela vontade político-jurídica.

A artificialidade jurídica é semelhante à tecnicidade econômica planetária e assim, na sua essência, pode estar a sua frente como hostil e inimiga ou, por outro lado, como solidária e secundária. Assim, através dos acordos entre os Estados e do emprego do direito como instrumento artificial, é possível o acolhimento normativo, no todo ou em parte, da economia planetária.

Sendo assim, a decisão fundamental, capaz de dar forma a uma ou outra economia, são decisões políticas, não de conhecimento puro, e assim implicam a adoção de uma ideologia ou outra como visão da sociedade.

O pensamento único atual, pautado pelo liberalismo econômico, no qual acordam tanto os políticos de esquerda quanto de direita, ocultam a intrínseca política de toda ordem econômica, travestida por uma lei natural, neutra e objetiva, mas que é propriamente resultado de uma decisão.

Somente se compreendendo esta situação é que se pode restituir à política a paixão da ideologia e a responsabilidade pela escolha.

A obra de Irti é composta por artigos desenvolvidos, sendo o primeiro texto voltado para a abordagem sobre o Ordenamento Jurídico do Mercado.

Compreendendo-se o mercado como uma ordem, Irti contesta o pensamento neoliberal fundado em Friederich Hayek, para quem uma ordem pode se estabelecer na forma de *cosmos* ou na forma de *taxis*. Enquanto a primeira representa uma ordem espontânea, proveniente de um sistema intrínseco, auto-organizado, a segunda é caracterizada por uma ação externa que é

imposta à determinada ordem. Enquanto no *cosmos* não há um conteúdo, pois não há um escopo, na *taxis* existe uma particular finalidade que resulta em uma vontade.

Para Hayek, assim, tem-se na *nomos* uma norma universal de comportamento justo, formado por uma ordem espontânea, abstrata e independente de qualquer finalidade, ou seja, advinda do *cosmos*. A *thesis*, por sua vez, representa qualquer norma que seja aplicável somente a casos particulares e com fins previstos pelos responsáveis pela sua criação, ou seja, é o instrumento necessário para gerir uma organização ou uma *taxis*.

Diante disso, a estrutura do mercado, como decorre de uma ordem espontânea, advém do *cosmos*, sendo, portanto, sem conteúdo, abstrato e independente.

Para Irti, a distinção entre *nomos* e *thesis*, suscitada por Hayek, tem sua principal distinção quanto ao fator *genético*, considerando-se que a *nomos*, advinda do *cosmos*, é encontrada e não criada. Irti, contudo, entende que a tese de Hayek tão-somente exprime a “preferência por um tipo de Estado e de atividade legislativa”. Sobre esta qualidade genética que atribui caráter natural à economia de mercado, Irti questiona: encontrada onde, como e de quem?

Apesar disso, Irti entende que o aspecto positivo advindo da tese de Hayek é o reconhecimento de que o mercado precisa de um ordenamento, não sendo regido por uma mão invisível.

Partindo da compreensão de que a ordem econômica não é natural, absoluta e independente, mas sim uma reprodução da vontade política, Irti esclarece que a técnica jurídica permite ao Estado estabelecer a sua ordem econômica por intermédio de princípios gerais do direito, presentes em normas ordinárias, ou ainda, por expressão na sede normativa mais alta representada pela Constituição Econômica, contendo normas de caráter descritivo (ser) e de caráter formativo de princípios e regras (dever ser), permitindo-se, inclusive, o emprego das duas técnicas como complementares.

O Sistema Italiano adota a Constituição Econômica, no qual se destaca que a lei deverá planejar e controlar a atividade econômica pública e privada, para que essas sejam desenvolvidas para a consecução de seus fins sociais. Porém, com a consolidação da Comunidade Européia e a derrocada do sistema socialista representada, simbolicamente, pela queda do Muro de Berlim, ocorre um processo de retração do papel do Estado na Economia. Irti lembra que nos períodos revolucionários, enquanto o direito público sobre alterações profundas, o direito privado se mantém incólume. Dentro desse escopo de revisão do papel do

---

Estado, o Tratado da Comunidade Européia, cujas diretivas devem ser absorvidas pelos Estados Membros em detrimento dos ordenamentos estatais pré-existentes, preconiza a regulação natural da produção e a livre concorrência, ou seja, a prevalência do *cosmos* espontâneo, da economia técnica e apolítica.

Para Irti, sobre essa suposta apoliticidade, trata-se, sempre, de uma escolha, de uma opção por uma política econômica, pois, ao contrário do que busca demonstrar Hayek, não existe norma sem um fim, eis que esta sempre advém da vontade humana.

Segundo Irti, o direito é uma estrutura conformativa, um conjunto de normas que conferem a um mercado a sua própria e histórica fisionomia, sua ordem, sua regularidade.

Em contraposição aos defensores da ordem espontânea da economia de mercado e do Estado Mínimo, Irti destaca que é o direito que tem a força para reduzir as incertezas futuras propiciando ao processo econômico o valor da “segurança”.

Sobre a tese da neutralidade da economia, compreendida como uma técnica, vista de forma neutra e absoluta, e sobre o emprego das “Autoridades Independentes” como órgãos técnicos para a preservação da ordem econômica de mercado, Irti entende que se trata de mera dissimulação. Para o autor, o próprio termo “autoridade independente” já é curioso, pois, “autoridade” pressupõe poder de império, e “independente” pressupõe autonomia em relação ao poder executivo e ao poder privado. Ocorre que tal autoridade, que é chamada a atuar num âmbito específico da economia ou da vida coletiva não possui qualquer responsabilidade sobre os seus atos, pois suas decisões são pretensamente técnicas e neutras, ou seja, sem qualquer caráter volitivo. Além disso, são despidas de compromisso, pois seus membros não são eleitos para ocupar seus cargos, mas sim nomeados.

Feitas essas considerações sobre o ordenamento jurídico do mercado e sobre a sua interdependência com o direito, contraposta à tese da economia natural, passa o autor para a delimitação de uma Teoria Jurídica do Mercado, buscando a definição de critérios metodológicos.

Mercado, política e direito não são isoláveis – o mercado toma a forma determinada pela decisão política e esta se exprime pela lei. São, portanto, perfis do mesmo fenômeno.

Carnelutti desenvolve a teoria da circulação, a qual se estrutura como uma teoria jurídica (meio) e econômica (fim), prevalecendo como fundamentos de sua caracterização como teoria jurídica a liberdade de iniciativa privada, a circulação e a segurança. Como se

concentra na circulação de bens, entende Irti, trata-se a teoria de Carnelutti de uma teoria mais próxima à teoria do contrato do que propriamente de uma teoria do Mercado.

Para a caracterização de uma teoria jurídica do mercado, precisa-se se considerar o sujeito, o bem e o negócio. Vislumbram-se tais pressupostos na disciplina da concorrência e do consumidor.

O mercado coincide com um estatuto normativo que contém as previsões de uma regularidade indefinida de atos. Por isso, um contrato não é o mercado, pois este é caracterizado por uma estrutura aberta.

São características do mercado a abstração, eis que não descreve um negócio singular em específico, e a generalidade, eis que não identifica as partes dos negócios, mas sim a sua classe.

O Direito do mercado, assim, compreende o negócio, os sujeitos e os bens. É o que se observa na disciplina da concorrência e do consumidor. Por exemplo, no caso da disciplina do consumidor, trata-se de um fenômeno quantitativo de massa, caracterizado por um indefinido reiterar-se de um tipo de negócio e dos caracteres negativos de uma parte, que se consubstanciam na ausência de profissionalidade e vulnerabilidade do consumidor perante o sujeito profissional do mercado, o fornecedor.

Diante disso, permite-se a classificação das regras de mercado, desenvolvidas por Irti dentro do seguinte quadro:

Normas proibitivas – determinam ausência de legitimidade para certas atividades, sujeitas à permissão ou concessão por razões naturais ou jurídicas.

Normas atributivas – legitimação de determinados sujeitos para certas atividades em razão de características de índole técnica ou material em relação de funcionalidade. Como exemplo, os agentes atuantes na Bolsa de Valores.

Normas conformativas – disciplinam o mercado dando-lhe uma peculiar fisionomia. Como exemplo, o direito do consumidor, onde prevalece, dentre outras obrigações ao empresário, o dever de informação, cujo sistema jurídico é distinto daquele empregado no direito privado. Tem-se nesse âmbito, uma escolha estatal entre o individualismo responsável e a proteção paternalista.

Por fim, destaca Irti que dentro da Ordem Econômica fundada em princípios gerais e pautada pela economia natural e livre concorrência (impostos pelas diretivas da UE), a busca do caráter conformativo e voltado ao fim social dessa ordem econômica, preconizados pelo

---

enfraquecido texto constitucional italiano, deve ser preservado por intermédio da atuação político-jurídica no âmbito do poder judiciário.

Em seu segundo texto, Irti aborda a Teoria Geral do Direito e o problema do mercado.

Desenvolve Irti, em relação à construção da norma, que esta detém um caráter descritivo, onde se tem, acima de tudo, uma tipificação, uma simplificação e uma redução da junção de elementos advindos de esquemas abstratos e gerais evocados do mundo exterior, naturais ou históricos. Adiante, destaca-se que toda norma que dispõe sobre o nascimento de uma obrigação são, também, constitutivas.

Diante disso, é possível comparar as normas que conjugam conteúdo descritivo e constitutivo às regras de um jogo.

Esta concepção, destaca o autor, de modo enfático, não pode ser aceita de forma absoluta, lembrando-se que a norma contém uma flexibilidade intrínseca que não se coaduna à noção de regra do jogo. Contudo, como elemento de analogia sem maior aprofundamento, permite-se a compreensão de que, pela descrição das “regras do jogo” permite-se certa “normalidade”, “uniformidade” e “regularidade” nos comportamentos humanos. Para Irti, essas três palavras atuam, ora de forma estática e descritiva, ora de forma dinâmica e normativa. O que se busca demonstrar é que a norma propicia a formação de um juízo futuro sobre o comportamento humano. Isso, por sua vez, permite certa calculabilidade (probabilidade) sobre as relações jurídicas em geral.

A reiteração desses comportamentos permite o estabelecimento de uma ordem de ações, que sempre repousa sobre um sistema de normas, denominado de ordenamento.

A questão que se destaca, então é sobre a existência dessa ordem independentemente da existência da norma, ou seja, a questão é sobre a existência de uma ordem natural. Para o autor, se imaginarmos um lugar selvagem e desabitado da terra, onde um acordo ou uma pluralidade de acordos são travados e cujas partes os observam e os executam, não há que se falar, contudo em calculabilidade nem em ordem, pois na ausência da norma, externa ao mero acordo e como fonte de seu significado jurídico, ter-se-á uma mera expectativa, não sustentada pela estabilidade oferecida pela regra (norma).

Diante disso, reforça o autor o caráter artificial do direito, destacando-se que o direito não obedece à regra externa, mas funda sua própria regularidade. O direito se encontra indissociável da experiência normativa.

Para o autor, destaca-se novamente, por detrás da negação da norma como uma artificialidade, e do apelo pela sua naturalidade, se encontra uma luta política. Esta decisão política representa uma escolha, que define o que possui relevância jurídica. No entanto, é importante destacar também o caráter de funcionalidade da norma, de modo que não basta determinar qual conflito regular, mas também como regulá-lo.

Nesse quadro, o autor atribui o papel para a conformação do fato à norma às decisões políticas, pela sua fixação originária, e às decisões judiciais, pela sua interpretação e aplicação no caso concreto.

O raciocínio desenvolvido pelo autor, desse modo, se aplica de forma plena na relação entre direito e economia. Sendo assim, a adoção de um regime econômico interventivo ou não, são independentes da concepção de economia natural, tratando-se, sim, de uma decisão política.

Diante disso, Irti entende por Teoria Jurídica do Mercado uma Teoria Jurídica da Economia de Mercado, como a “unidade jurídica das relações de troca de um dado bem ou de uma categoria de bens.” Sendo assim, esta teoria pode conviver como uma economia socialista ou capitalista, indistintamente.

Como existe uma sobreposição do ordenamento jurídico do mercado com o direito privado, o autor propõe elementos de distinção, ou transição. O primeiro critério é a despersonalização, caracterizado por uma calculabilidade quantitativa, pautada pela objetivação dos atos jurídicos. O segundo critério é relativo ao aspecto dimensional, donde o negócio se insere, não mais um lugar, mas sim em um espaço abstrato de um mercado. Caracteriza, portanto, este direito do mercado, um novo direito comercial.

Por fim, diante das diversas especialidades e particularidades que se ramificam dentro das atividades de mercado, e da incontestada necessidade de regulação normativa, o modo de se preservar a força da decisão política é por intermédio da implementação de micro-sistemas, com normas próprias as suas realidades e finalidades, ligadas ao tronco do direito privado.

**Eduardo Oliveira Augustinho**  
Especialista em Direito Empresarial – PUCPR  
Mestre em Integração Latino-Americana - UFSM  
Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental – PUCPR  
Professor de Direito – PUCPR e FAMEC