

## Contratos, regulação do mercado e tutela da pessoa

Geraldo FRAZÃO DE AQUINO JÚNIOR\*

SUMÁRIO: 1. O contrato e a operação econômica; 2. A globalização financeira; 3. A regulação do mercado; 4. A regulação do mercado, a globalização e a tutela da pessoa.

RESUMO: O contrato, no ambiente globalizado atual, é o centro de uma considerável evolução, adquirindo novos contornos e significações, num complexo relacionamento entre o modelo tradicional e os novos modelos propostos pelo mercado. Superaram-se os dogmas de segurança, certeza e formalismo com os quais foi forjado, ao tempo em que se relativizou seu embasamento jurídico, em virtude da multiplicidade de fontes de direito alicerçadas na normatividade do mercado global, deixando o contrato de ser visto como o ponto para o qual confluem os interesses antagônicos das partes para ser o sítio de cooperação entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Contrato; 2. Globalização; 3. Mercado.

*ENGLISH TITLE: Contracts, Market Regulation and the Protection of Human Dignity*

*SUMMARY: 1. Contract and economical operation; 2. Financial globalization; 3. Market's regulation; 4. Market's regulation, globalization and the protection of the human person.*

*ABSTRACT: Contracts, in the current globalized environment, are the center of a substantial evolution, acquiring new contours and meanings, in a complex relation with the traditional and the new models proposed by market. The dogmas of certainty and formalism are overcome by the multiplicity of sources of law, based on the normativity of the global market, as the contract ceases to be seen as the point towards which flow the parties' contradictory interests and becomes the place of cooperation between the parties.*

*KEYWORDS: 1. Contract; 2. Globalization; 3. Market.*

### 1. O Contrato e a Operação Econômica

O contrato é um conceito jurídico que não pode ser entendido em sua completude se dissociado da dimensão econômica que lhe subjaz. Os interesses que dão sustentabilidade ao contrato, de uma forma ou de outra, estão assentes na ideia de uma operação econômica, qual seja, a aquisição ou a troca de bens ou serviços. É palmar

---

\* Graduado e Mestre em Engenharia Elétrica e em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau e em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Servidor Público Federal.

que, quando se fala que um contrato pode ser revisto ou extinto, por exemplo, entram em jogo os matizes jurídicos que lhe formalizam, mas que põem em segundo plano os caracteres econômicos que lhe são ínsitos. Essa formalização jurídica dota de logicidade a autonomia do contrato no plano jurídico, constituído por regras específicas e estatutos lógicos, sendo cognoscível, destarte, segundo seu universo próprio de conceitos e categorias com linguagem técnica bem delineada<sup>1</sup>.

A formalização jurídica do contrato não é um fim em si mesmo, mas atende à viabilização de uma operação econômica que lhe serve de envoltório para concretizar, no mundo do direito, os arranjos e texturas com que se colorem as operações econômicas a serem tuteladas. Nessa linha, a resolução contratual que eventualmente venha a sancionar um dos contratantes explicitará, no mundo econômico, que a parte não conseguiu concretizar a troca econômica acordada. De outra ordem, a nulidade de um contrato por contrariedade à ordem pública ou ao interesse social poderá significar que a operação levada a efeito pelos particulares se choca com interesses econômico-sociais que se pretendem tutelar em vista dos interesses coletivos que albergam e, por essa razão, não merece subsistir.

Nessa linha de raciocínio, pode-se identificar uma tríade que irradia um plexo de características que lhe dão contorno e que se interligam formando um todo interdependente. A operação econômica é a essência, o substrato sobre o qual se assenta o contrato, sendo este a formalização jurídica que congrega a regulação de como a operação econômica deverá ser tratada e o direito dos contratos, por fim, espelha o conjunto de regras e princípios que, conformando o negócio jurídico, funcionaliza-o a atingir os interesses colimados pelas partes. Esse caractere econômico diz com a circulação de riqueza – utilidade suscetível de apreciação econômica – seja ela atual ou potencial. Essa riqueza concretiza-se, de modo objetivo, na prestação de bens ou serviços ofertados e demandados pelos agentes econômicos e dotados de um valor de mercado objetivo. Essa questão econômica, que é subliminar ao contrato, pode ser não o seu objetivo principal, pois se podem travar relações negociais acerca de interesses não patrimoniais, almejando, por exemplo, fins educacionais, culturais ou morais. Não obstante, o resultado objetivo do contrato termina por, ao fim e ao cabo, resultar numa obrigação que seja suscetível de expressão monetária que importe em circulação de riqueza. A doação, por exemplo, é classificada como um contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra (art. 538, Código Civil), apesar de não ter por finalidade precípua a operação

---

<sup>1</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

econômica. “O propósito de enriquecer o donatário não é essencial, mas a intenção de doar”<sup>2</sup>. Em outras palavras, também o ato gratuito está englobado no conceito de operação econômica.

Historicamente, o direito romano estruturou o contrato sobre a base de um acordo de vontades acerca de um mesmo ponto. Entendia-se não ser possível contrato sem a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Apenas mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos mais frequentemente utilizados (venda, locação, mandato e sociedade), aparece a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensu*. Nos demais, prevalecia sobre a vontade a materialidade de sua declaração e, uma vez celebrado de maneira ritual e formal, gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, sem a qual não haveria direito, pois não facultaria a parte a reclamar em juízo<sup>3</sup>. Os contratos formais (verbais, literais ou reais) não levavam em conta o consentimento, obrigando assim mesmo as partes. À época, o direito não era senão a própria tradição das formas básicas de vida, uma manifestação do poder dominante e uma tradição cultural: nos primeiros tempos, o que se destacou foi a eficácia do direito como técnica do exercício do poder<sup>4</sup>.

A progressiva submissão do comportamento e das relações humanas ao direito foi um processo que evoluiu ao longo do desenvolvimento civilizatório e o mesmo pode ser aplicado ao contrato. No entanto, essa categoria, tal qual é conhecida hoje, não se fundamenta no direito romano, mas desenvolveu-se no contexto histórico do Estado moderno-liberal, que coincide com o apogeu do capitalismo industrial predominante no lapso temporal que vai de meados do século XIX ao seguinte, quando se consolidou a teoria do negócio jurídico fundado na ideia de autonomia privada. O processo histórico de submissão das operações econômicas para a órbita das regras vinculativas do direito foi, portanto, complexo e não linear. Se, no direito romano clássico, a operação econômica sobrepunha-se ao contrato, absorvendo-o, só na época justinianea chegou-se a delinear um instrumento de contrato inominado capaz de revestir de eficácia legal a uma pluralidade de operações econômicas; de maneira similar, na *commom law*, só ao longo de uma tormentosa evolução, é que a ideia de contrato como recurso viabilizador de operações econômicas instrumentalizado como fonte autônoma e passível de sanção jurídica se afirmaria<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, p. 9

<sup>4</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 16.

<sup>5</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 17.

Essa subordinação do contrato à regulação do direito constitui uma resposta às exigências sociais no sentido de revestir a figura contratual de um arranjo normativo que dê segurança e racionalidade à circulação de riqueza engendrada por esse instrumento. Isso não significa, entretanto, que apenas o contrato formaliza as operações econômicas, pois é possível a existência de hipóteses em que essa transferência de riqueza se opere de forma não contratual, subtraindo-se às normas disciplinadoras do direito contratual. Enquanto que não existe, em regra, contrato sem operação econômica que constitua seu substrato, pode haver circulação de riqueza não instrumentalizada pelo contrato. São as relações contratuais de fato, em que se dispensa a formalização de um contrato para concretizar as operações econômicas por meio da confiança, da palavra empenhada. Recusa-se, assim, a revestir a avença numa relação contratual *stricto sensu* e as partes deixam, dessa forma, de se colocarem ao abrigo do mecanismo de regras jurídicas que deveriam governar o desenrolar da relação, mormente quando ocorre inadimplemento e abdica-se do processo sancionatório correspondente.

Esse deliberado subterfúgio utilizado pode ser explicado, em parte, porque, em algumas situações, a instrumentalização da relação pode parecer desnecessária tendo em vista a exigência de imprimir-se maior velocidade à consecução dos negócios. Ademais, em se tratando de contratantes que constantemente negociam em um determinado mercado, tem-se que sanções não jurídicas são muitas vezes mais eficazes: descumprido o trato, a ciência do fato por outros empresários terminaria por excluir aquele partícipe das relações em comum, que teria sua reputação arranhada, o que fatalmente acarretaria seu afastamento completo do mercado. Por outro lado, relações pessoais ou sociais são postas em primazia frente à instrumentalização do acordo. Por fim, os elevados custos, quer da contratação de advogados para redigir as cláusulas contratuais, quer daqueles referentes à ativação do aparelho coercitivo da máquina judiciária para forçar a execução da obrigação ou sancionar a contraparte, por exemplo, são empecilhos que afastam os contratantes da formalização de um instrumento regedor de suas relações econômicas.

## **2. A Globalização Financeira**

Não obstante a existência das relações de fato anteriormente referidas, o que se observa atualmente é a crescente complexidade das relações humanas que redundam num incremento de novas operações num crescimento avassalador. Sobretudo nas relações

travadas no espaço virtual, massificadas e despersonalizadas, o contrato é o instrumento maior de reafirmação da necessidade de existência de uma disciplina legal que normatize as ações humanas e proporcione a necessária segurança jurídica que deve perpassar as atividades negociais. Essa expansão e complexidade devem-se, sobretudo, à multiplicação não só de novos modelos de negócio, mas também ao crescimento das exigências dos contratantes que demandam o disciplinamento do mercado para que sejam evitadas crises sistêmicas que possam afetar a higidez do sistema financeiro, que é baseado, em grande medida, na credibilidade e na confiança na solvência das instituições que dão suporte financeiro às transações. O inadimplemento cria uma crise de confiança que pode afetar todo o sistema e gerar efeito cascata, englobando os mais distintos atores do sistema financeiro. No âmbito do sistema financeiro, a intervenção estatal por meio dos órgãos reguladores justifica-se pela necessidade de minimizar a assimetria de informações entre os investidores e as instituições financeiras e, com isso, traz maior racionalidade aos investimentos e estímulo à formação de poupança, provendo competitividade e desenvolvimento do mercado financeiro ao zelar pela liquidez, transparência e tratamento equitativo dos participantes<sup>6</sup>.

De fato, com a globalização financeira, os novos negócios interagem sem fronteiras e a riqueza – muitas vezes apenas escritural, sem lastro em ativos produtivos – é transportada instantaneamente, processo que parece irreversível e que progride sem que seja possível regulamentar o trânsito de capitais internacionais. Por isso, urge enfrentar a questão acerca da necessidade de uma nova arquitetura financeira e monetária internacional sob pena de que o cenário seja o da sempre recorrente ameaça de risco sistêmico que carregam graves ônus econômicos e sociais. As reformas que se fazem prementes demandam limites à concorrência financeira que está na raiz da multiplicação dessa riqueza exteriorizada pelo papel sem lastro, o que implica impor limites à atuação dos agentes financeiros.

Essa intervenção legislativa, pelo menos em âmbito nacional, já que a regulação internacional da matéria se afigura de maior complexidade, constituirá uma intervenção legislativa que certamente atenderá a determinados interesses em contraposição ao sacrifício de outros, mas seu substrato deverá dar às operações econômicas um arranjo que atenda à questão do risco inerente a essas atividades. Tutelar-se-ão, assim, todas as partes envolvidas na relação, equilibrando as posições e

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Tomás Lima de. A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 52, p. 71-72, abr.-jun./2011.

distribuindo os ônus de maneira justa. Desse modo, mais do que dar uma vestimenta formal à operação econômica, cuidará o direito dos contratos de orientá-la segundo os objetivos e contornos perseguidos pela política legislativa de molde a fortalecer a organização econômica que prevalecerá em cada momento histórico. A estrutura, a eficácia, a autonomia e o controle democrático que serão dados ao modelo organizativo escolhido terão um impacto significativo sobre a ação do Estado.

Nessa linha, o Estado é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica da sociedade, podendo ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de setores<sup>7</sup>. A regulação pode ser instituída para a proteção e o benefício do público em geral a fim de atingir um determinado objetivo social. Mas sempre ficará à mercê do imponderável processo político em que foi gestada, em regra caracterizado por uma mescla de forças dos mais variados matizes e interesses, em que muitas vezes falta planejamento e racionalidade para estabelecer os instrumentos apropriados para a realização do desejo dos membros da sociedade.

### **3. A Regulação do Mercado**

Muitos defendem que o mercado se autorregularia e que a regulação estatal seria desnecessária, uma vez que o próprio mercado teria mecanismos de correção de distorções. Desvios de rota seriam automaticamente reparados e a nau seguiria seu rumo, apesar das tormentas que atravessaria, sem que a força estatal se fizesse necessária. A esse respeito, comenta Natalino Irti<sup>8</sup>:

O ponto é que os defensores da espontânea normatividade do mercado imaginam – ainda que não confessem imaginar – um estado originário e primordial, em que os homens, libertados dos laços dos direitos históricos, encontram-se, negociam e estipulam acordos, os quais seriam, enquanto tais, vinculativos e obrigatórios. Trata-se, como se pode ver, do habitual naturalismo, que, todavia, esquece de explicar *porque* os acordos teriam eficácia vinculante, bem como quais remédios e sanções seriam predispostos no caso de descumprimento. Todo acordo, sem ligações com direitos positivos (de estados ou de uniões de estados), seria em si colhido e exaurido na própria

---

<sup>7</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23.

<sup>8</sup> IRTI, Natalino. A Ordem Jurídica do Mercado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 39, jan.-mar./2008, p. 96-97 (grifos no original).

solidão. O *solipsismo negocial* transferiria aos acordos, ao acordo singular, os atributos da soberania: originários, apoiados sobre si mesmos, não demandando a outros a sua legitimação. E, então, deveria se imaginar, para qualquer um deles, uma *Grundnorm*, que estivesse no *início* e decretasse sua obrigatoriedade: o famoso *pactum est servandum*, que teria aplicação solitária em todo acordo.

Interessante ressaltar que a natural normatividade do mercado, que teoricamente afastaria a força coercitiva estatal, é esquecida quando se fazem necessárias intervenções do Estado para corrigir distorções provocadas pelo próprio mercado ou quando este se torna indispensável no momento em que os pactos são violados e demanda-se a regulação estatal para sancionar a parte inadimplente. Apesar dos defeitos que se lhe reconheçam, ao direito tem sido atribuído o mérito de assegurar o protagonismo na primazia da solução dos conflitos ensejados pelo mercado. Nesse pensamento,

Em suma, a auto-regulação de um sector de actividade pode gerar uma verdadeira ordem jurídica privativa, susceptível de gerar para os participantes muitos dos benefícios que associaríamos ao funcionamento não-regulado de um mercado ou ao funcionamento «não friccional» da ordem jurídica. E quase estaríamos tentados a dizer o mesmo quanto aos benefícios que extravasam para fora do próprio sector, e que aparentemente afectariam positivamente o todo da ordem jurídica e social, não fosse dar-se o caso de haver muitos aspectos do fenómeno que suscitam sérias reservas e apreensões, que vão da intensificação da já referida «lógica corporativa» até a pulverização da ordem jurídica por inúmeros «feudos» que não conseguem assegurar o papel de liderança doutrinária e de pedagogia social que a centralização estatista do sistema normativo, entre muitos defeitos que se lhe reconhecem, tem tido o mérito indiscutível de assegurar, conferindo ao Direito um protagonismo que a desagregação em subsistemas sectoriais deixará de consentir, muito em especial quando essa desagregação apareça acompanhada, como temos visto que é o caso, do apelo a factores disciplinadores extra-jurídicos, recusando o valor jurídico da própria auto-regulação



sectorial e contestando, em suma, a primazia normativa do Direito.<sup>9</sup>

Evidentemente, esse pensar não é compartilhado por todos. Teubner<sup>10</sup>, por exemplo, acredita que o ser humano vive numa era de desencantamento crescente com os objetivos, estrutura e desempenho do estado regulatório e o debate político acerca da desregulamentação é apenas uma das manifestações dessa situação, gerando a necessidade de debate e avaliação dos sistemas jurídico e de organização pública. Nesse sentido, decai a relevância da lei como expressão típica e exclusiva do ordenamento jurisdicional, ao tempo em que o sistema jurídico estatal revela-se insuficiente para regular as relações que se concretizam em seus vários núcleos sociais, o que revelaria uma progressiva tendência de desligamento do direito da esfera do Estado<sup>11</sup>.

Não obstante, independentemente da discussão em torno do assunto, as sendas do direito contratual conduzem com frequência ao tema da regulação da economia, entendido o termo “regulação” em suas três acepções<sup>12</sup>: a) conjunto específico de comandos normativos que engloba um agrupamento de regras coercitivas editadas por um órgão regulador criado para esse fim; b) influência estatal deliberada, na qual a regulação, tomada *lato sensu*, cobre toda a ação estatal destinada a influenciar o comportamento social, econômico ou político; e c) forma de controle social em que todos os mecanismos que afetam o comportamento humano são determinados por regras advindas do Estado ou não (como no caso da autorregulação).

A regulação é um instituto multifacetário que envolve uma complexidade de funções que objetivam operacionalizar setores sensíveis da articulação do Estado com a sociedade: setores da economia e serviços públicos<sup>13</sup>. Seu conceito, no âmbito do marco regulatório adotado no ordenamento jurídico, abrange o conjunto de atividades afetas ao Poder Público que, simultaneamente, são impostas a atividades econômicas e serviços públicos e respeitam o equilíbrio que deve reger os interesses dos diversos atores do mercado. Superada a fase do *laissez-faire* do liberalismo clássico, a economia de mercado deixou de ser vista como um sistema capaz de autorregular-se, e por decisão político-legislativa, começou a ser implantada uma sistemática de regulação envolvendo os sistemas jurídico, político e econômico. Essa abertura, aliada à desterritorialização da economia e a respectiva diminuição do espaço de atuação dos

---

<sup>9</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 353-354.

<sup>10</sup> TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*. Hoboken, Wiley, v. 17, n. 2, 1983, p. 239.

<sup>11</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 173.

<sup>12</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 254.

<sup>13</sup> CAMARGO, Sabino Lamego de. Agências Reguladoras e Fato do Príncipe. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, p. 197, out.-dez./2008.



poderes estatais, possibilitou a convergência do direito contratual e do direito econômico, cujas valorações, tomadas em conjunto, põem em ação as engrenagens que permitem a interdisciplinaridade e a complementaridade de perspectivas. A liberdade de contratar, por exemplo, está intrinsecamente ligada aos mecanismos da concorrência e ambas se alimentam da transparência do contrato e das condições do mercado<sup>14</sup>. O exercício consciente da liberdade de contratar, assegurado pela transparência nas relações negociais, faz confluir as necessidades e conveniências dos participantes, contribuindo para o equilíbrio dos interesses em prospecto e atuando como corretivo das disparidades de poder contratual.

Essa interpenetração entre os pontos de vista valorativos do sistema do contrato e do sistema do mercado parece indicar que não se pode isolar completamente um do outro. As medidas de tutela institucional do consumidor, por exemplo, possuem reflexo na posição dos agentes econômicos e, de igual modo, medidas protetivas aplicadas a determinados grupos econômicos têm o condão de regular os mecanismos da concorrência que, por seu turno, conformam a atuação dos consumidores. O jurídico e o econômico podem unir-se para dar maior dimensão à salvaguarda dos interesses das duas pontas do jogo do mercado.

No fundo, parece possível descortinar um denominador comum deste tipo de medidas, simultaneamente de protecção de certos sujeitos e de regulação do mercado, quer elas se situem na área das relações de consumo, quer na área das relações comerciais. O que está sempre em causa, tanto num caso como no outro, é a disciplina da acção contratual das empresas, em contenção do seu poder decisório quanto às formas e conteúdo das transacções. Em certas situações, e mesmo que não sejam violados os limites do lícito concorrencial, esse poder goza de uma supremacia tal que lhe permite tornar ineficazes os mecanismos espontâneos de auto-regulação. Deste modo, fica em risco a satisfação mínima dos interesses dos parceiros contratuais, sejam eles consumidores ou não, e, com isso, o equilíbrio geral do sistema de trocas que dela depende.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 62.

<sup>15</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 72-73.

Sem dúvida, há uma renovação do direito contratual, que está mais aberto às exigências do mercado e ciente das interligações que possui com as diversas variáveis que influenciam as forças econômicas. Apesar da tentativa de invasão da racionalidade econômica no domínio dos contratos, que, no limite, exerceriam uma função meramente instrumental para dar suporte às regras do mercado, o direito só operará com toda sua potencialidade se sua função precípua de mediador de interesses contrapostos for desempenhada em sua plenitude. Assim, estabelecer-se-á a interação necessária entre o jurídico e o econômico de molde a prover a estabilidade e o equilíbrio do sistema: dois campos distintos, com áreas de atuação próprias, mas que se tangenciam para estruturar as vigas que se interceptam.

O Estado atual encontra-se em constante interação com variáveis externas e internas, num ambiente sócio-político-econômico que modifica sua estrutura dogmática e sua forma de organização política tradicionais, marcadas pelo pluralismo jurídico: ao lado das normas estatais, coexistem as normas dos agentes reguladores, as regras dos acordos internacionais e a produção jurídica dos agentes privados (como, por exemplo, os regulamentos societários e os códigos de conduta). Essa multiplicidade de fontes normativas põe em questão conceitos e dogmas que orientam o modelo de Estado, de modo que a atividade de regulação deve considerar, além da própria figura do Estado, o sistema de economia de mercado, as relações entre política e economia e entre Estado e mercado.

Essa assertiva é ainda mais expressiva quando se leva em conta o advento da sociedade da informação, movimento que se processa em nível mundial, acompanhado de um sintomaticamente simultâneo movimento de privatizações em todos os países<sup>16</sup>, além da emergência do mercado financeiro internacional, da liberalização do mercado, da desterritorialização da produção e do tráfego negocial entre as grandes multinacionais que abalam a soberania nacional. Nessa teia de confluências e divergências, firmou-se o Estado regulador, que atua como disciplinador dos processos econômicos. No âmbito das funções ligadas à regulação estatal, a concepção que atribuía ao Estado o monopólio da produção da normatividade jurídica vem sendo paulatinamente substituída por um fenômeno político-jurídico de natureza plural e multiorganizativa<sup>17</sup>. Nesse diapasão, o direito parece menos ligado à vontade do legislador e mais involucrado nos processos envolvendo as contendas entre demandas sociais

---

<sup>16</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68.

<sup>17</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 215.

antagônicas. Dessa forma, a regulação pode atuar como moderador e articulador entre os novos mecanismos plurais de aplicação do direito e aqueles que concebem o Estado como monopolizador da produção jurídica.

Consoante essa compreensão, o estabelecimento de uma democracia social e participativa, calcada em bases plurais, forjaria o Estado regulador atual. Novos mecanismos, como a participação do povo no planejamento das ações municipais, consulta às populações diretamente afetadas acerca da destinação de parcela do orçamento público (o que já existe em alguns municípios), inserção de representantes comunitários em órgãos consultivos governamentais, entre outros, poderiam abrir os espaços de controle dos processos decisórios, compatibilizando os anseios da população com as diretrizes traçadas pela ação governamental. Com isso, alargar-se-ia a atuação das novas formas de poder em consonância com a ideia de pluralismo de fontes jurídicas sem comprometer a exclusividade do poder estatal como legitimador dessa forma de co-participação popular.

As mudanças pelas quais passou o papel do Estado, do perfil intervencionista para o regulatório, estão afinadas com as novas formas e modelos de regulação das atividades econômicas, que atribuem nova configuração à função interventiva estatal em suas inter-relações com a economia, que incluem pontuais ingerências no campo da contratação. Toma relevo, nesse contexto, a função regulatória em relação às atividades levadas a cabo por particulares, definindo as regras do jogo e harmonizando o comportamento dos agentes econômicos, colocando-se a regulação como um instituto equidistante e moderador entre o mercado e o Estado. Essa simbiose carrearia, de um lado, os caracteres ínsitos ao Estado intervencionista sem descuidar, de outro lado, da expertise do mercado, lembrando-se sempre que, formando esse tripé, está a sociedade. É preciso repensar a relação entre direito e economia sem olvidar que o ordenamento tutela a pessoa, colocando a dignidade humana no ápice da hierarquia dos valores previstos pela Constituição: a pessoa e o mercado, termos frequentemente contrapostos, mas que em uma visão unitária e sistemática do ordenamento evidencia seu significado positivo e seu recíproco condicionamento<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> CICCO, Maria Cristina de. A Pessoa e o Mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103-104.

#### 4. A Regulação do Mercado, a Globalização e a Tutela da Pessoa

Compete ao Estado contemporâneo fazer face aos novos interesses surgidos na contemporaneidade e mediar os interesses sociais conflitantes, por meio de intervenções pontuais de acordo com as premissas acima indicadas. Dado que o poder coercitivo do governo pode ser usado para dar benefícios a indivíduos ou grupos específicos, a regulação econômica pode ser vista como um produto cuja alocação é governada por leis da oferta e da procura<sup>19</sup>. A dificuldade reside justamente em encontrar o ajuste fino que considere, simultaneamente, as novas modalidades de pluralismo normativo, seus reflexos nos interesses sócio-econômicos e no jogo de poder das forças de mercado, sem fazer soçobrar a tutela da pessoa, dispensando-lhe a dimensão protetiva que o ordenamento lhe confere. Assim, o Estado garante a jurisdição do poder, legitimando-se democraticamente e tutelando o que há de mais relevante: a prevalência do valor das situações existenciais frente às patrimoniais, conjugando, a um só tempo, eficiência econômica e direitos fundamentais.

Nas palavras de Maria Luiza Feitosa<sup>20</sup>:

(...) A presença de um Estado democrático, quer no plano da teoria clássica das funções do Estado, quer no contexto dos novos modos de atuação do Estado e da Administração, ou mesmo no âmbito global, faz-se indispensável. Mesmo constatando-se certa segmentação da noção clássica de soberania e o fracionamento do poder estatal em campos de regulação mais ou menos autônomos, não se pode assegurar que a melhor regulação seja aquela que dispensa o direito estatal. Não há dúvida de que o Estado segue sendo a única plataforma que se mantém apta para definir o interesse social, detentor do instrumental jurídico para concretizar os interesses comuns e os interesses da maioria, de acordo com critérios democráticos.

O pluralismo das novas formas contratuais mostra quão dinâmico é o mercado no desenvolvimento de estruturas que comportem seus interesses, rompendo, no mais das vezes com arquétipos já consagrados na literatura jurídica. Nessa flexibilização das

---

<sup>19</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 60.

<sup>20</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 225-226.

situações contratuais, aumenta-se o poder das partes contratantes mediante a possibilidade de escolha da legislação regedora do acordo e da jurisdição que, na visão dos contratantes, oferecer uma solução para o litígio que esteja em consonância com as diretrizes traçadas na relação contratual, o que parece indicar uma preferência dos operadores econômicos pela não contratualização, ou seja, pela concretização das relações contratuais de fato. Nessa visão, o direito estatal operaria como um empecilho, dificultando o rápido desenrolar das negociações e posterior efetivação do negócio.

O Estado atua deixando de regular determinados aspectos negociais do mercado, mas põe em ação, por meio de agências reguladoras independentes, por exemplo, mecanismo de controle e normatização das atividades nesse campo. Formam-se estruturas dentro da administração estatal que atuam como uma *longa manus* que passam a compor o direito global e a ocupar as frestas normativas deixadas pelos mecanismos de mercado. A extensão desse fenômeno, que consagra o desgaste da forma tradicional de conceber o contrato, é capitaneada pela tendência sempre crescente de inovação por parte dos agentes econômicos, sequiosos de elucubrar estratégias para beneficiar seus negócios com o beneplácito da interpretação generalizante das normas jurídicas, criando um direito próprio e passando ao largo da atuação do Estado e de suas estruturas jurídicas. Nesse passo, cabe ao Estado o papel de mediador dos anseios dos agentes econômicos e daqueles da sociedade em geral, encontrando o ponto de equilíbrio nas questões inerentes aos negócios globais justamente no cruzamento das lógicas que permeiam o agir econômico, político, social e jurídico.

Dessa forma, com o processo de globalização dos mercados comerciais e financeiros, com suas peculiaridades e exigências de tratamento das questões de maneira mais rápida e eficaz, o direito dos contratos tem sido posto à prova. A expansão das práticas de mercado, em regra levadas a cabo por conglomerados multinacionais, tem exigido a necessidade de adequação do direito para abarcar essas novas configurações contratuais. Passando a certa distância do direito estatal, menos célere e mais regulado, essas corporações preferem movimentar-se por terreno mais propício às suas atividades. Em especial no que concerne às características que dominam nosso tempo – a ubiquidade, a velocidade e a liberdade<sup>21</sup> – nota-se que o cerne das novas relações econômicas reside no alargamento das fontes contratuais. Sob esse novo olhar, o modelo jurídico do Estado unitário deixa de ser o centro exclusivo de poder e passa a

---

<sup>21</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: (um Estudo dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

conviver com o direito supranacional e pluralista dos regramentos privados produzido ao alvedrio da seara estatal. É fato que, com a globalização, houve um aumento na complexidade do sistema em virtude do estabelecimento de um nível legal e econômico de interação acima do Estado, ou, pelo menos, em virtude da coexistência de múltiplas fontes legais<sup>22</sup>. Cada uma dessas dimensões normativas coexistem com e estão sujeitas à dimensão global e o Estado, por conta de sua história, de seus instrumentos e de sua natureza, não pode fazer face às dimensões dos problemas globais: como é possível regulamentar atividades que não conhecem fronteiras e que nenhum regulador supranacional está investido no poder de fazê-lo?<sup>23</sup>

O contrato, no ambiente globalizado atual, é o centro de uma considerável evolução, adquirindo novos contornos e significações, num complexo inter-relacionamento com contornos pouco nítidos entre o modelo tradicional e os novos modelos propostos pelo avassalador empreendedorismo do mercado. Superaram-se os dogmas de segurança, certeza e formalismo com os quais foi forjado, ao tempo em que se relativizou seu embasamento jurídico em virtude da multiplicidade de fontes de direito alicerçadas na normatividade do mercado global. O espectro do *pacta sunt servanda* conformou-se às novas e dinâmicas situações, deixando de ser visto como o ponto para o qual confluem os interesses antagônicos das partes para ser o sítio de cooperação entre as partes. “É manifesto, assim, que a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática”<sup>24</sup>. É a esse período de transformação que deve o direito volver seu olhar e perceber a estrutura dinâmica do complexo organismo sobre o qual se assenta, articulando as diversas forças que movimentam o caminhar humano para albergar a multiplicidade de manifestações que o põem à prova e que confirmam que o contrato se assenta em contornos de múltiplas perspectivas, sempre matizadas pela tutela da pessoa como partícipe das relações jurídicas.

## Referências

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

---

<sup>22</sup> IUDICA, Giovanni. Law & Globalization. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, jan.-mar./2010, p. 189.

<sup>23</sup> MATTOU, Jean-Pierre. Les Crises Bancaires et Financieres: une Question de Régulation ? La Régulation en Question ? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, jan.-mar./2010, p. 167.

<sup>24</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 31.

CAMARGO, Sabino Lamego de. Agências Reguladoras e Fato do Príncipe. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, p. 196-207, out.-dez./2008.

CARVALHO, Tomás Lima de. A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 52, p. 45-74, abr.-jun./2011.

CICCO, Maria Cristina de. A Pessoa e o Mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 103-114, 2008.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

IRTI, Natalino. A Ordem Jurídica do Mercado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 39, p. 94-100, jan.-mar./2008.

IUDICA, Giovanni. Law & Globalization. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, p. 173-199, jan.-mar./2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: (um Estudo dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MATTOUT, Jean-Pierre. Les Crises Bancaires et Financieres: une Question de Régulation ? La Régulation en Question ? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, p. 165-172, jan.-mar./2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, p. 49-80, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra, p. 57-74, 2007.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, p. 23-48, 2004.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, Hoboken, Wiley, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983.



WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

civilistica.com

Recebido em: 3.7.2014

Aprovado em:

8.7.2014 (1º parecer)

15.7.2014 (2º parecer)

**Como citar:** AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. Contratos, regulação do mercado e tutela da pessoa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/contratos-regulacao-do-mercado-e-tutela-da-pessoa/>>. Data de acesso.