

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

VINÍCIUS DO VALE ASSIS

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS COMO MÉTODO DE
MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES NEGOCIAIS: SUA NOCIVIDADE FRENTE
AO PODER DE BARGANHA**

MARÍLIA/SP

2022

VINÍCIUS DO VALE ASSIS

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS COMO MÉTODO DE
MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES NEGOCIAIS: SUA NOCIVIDADE FRENTE
AO PODER DE BARGANHA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Suelen Carls.

MARÍLIA/SP

2022

Assis, Vinícius do Vale

A848i A intervenção estatal nos contratos privados como método de mitigação das desigualdades negociais: sua nocividade frente ao poder de barganha / Vinícius do Vale Assis. - Marília: UNIMAR, 2022.
105f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2022.

Orientação: Profa. Dra. Suelen Carls

1. Barganha 2. Contratos Privados 3. Intervencionismo Estatal 4. Mitigação de Conflitos 5. Nocividade I. Assis, Vinícius do Vale

CDD – 342.145

VINÍCIUS DO VALE ASSIS

A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS COMO MÉTODO DE
MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES NEGOCIAIS: SUA NOCIVIDADE FRENTE AO
PODER DE BARGANHA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação da Professora Doutora Suelen Carls.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Professora Doutora Suelen Carls
Orientadora

Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Professor Doutor Valter Moura do Carmo

Dedico a presente pesquisa primeiramente a Deus, por me permitir ter saúde e lucidez. Minha dedicação aos meus Pais, seu Romeu e Dona Cida, por me acompanharem nesta jornada, nunca desistirem de mim e compartilharem dos meus sonhos, assim como à minha esposa Fernanda, por tantas abdições e por tantos dias solitários sem a minha presença, sua compreensão e apoio foi fundamental neste processo.

Dedico também à minha amiga e diretora do Centro de Ensino Superior de Realeza, Cladis Graboski, pessoa pela qual tenho imenso carinho, consideração e admiração, pois vê em mim qualidades que muitas vezes desconheço; e à sua filha, minha afilhada Dominika, luz em nossas vidas, cujo carinho e amor são infinitos. Ao Professor José Gonzaga da Silva Neto, Presidente da Rede Gonzaga de Educação, um verdadeiro mecenas da educação neste país.

Por fim, uma dedicatória ao meu amigo fraterno e colega de trabalho Professor Evandro Alif Bolba Barbiero, companheiro desta jornada, futuro mestre, cuja inspiração e força de vontade me sustentaram até este momento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Marília por ter me proporcionado um nível de excelência em ensino, cujo paralelo ainda não vislumbrei, e aos seus magníficos professores do Programa de Pós-Graduação da Unimar, que não mediram esforços para trazer o máximo de conhecimento durante toda esta pós-graduação, assim como à minha orientadora, Profa. Dra. Suelen Carls que, mesmo distante, sempre me motivou, deu a devida atenção e passou os conhecimentos necessários para cumprir esta missão.

Minha gratidão ao meu amigo e sócio Leandro Gentil Lemonie, profissional cuja excelência é sua maior qualidade, obrigado por zelar e manter o escritório Lemonie & Assis, com a mesma qualidade que sempre fora a sua marca registrada. Estendo estes agradecimentos a Dra. Sidiane nossa associada, cuja competência colaborou para manutenção de nosso empreendimento.

Agradeço também ao meu grande amigo Geremias Rodrigues Vale, por trazer a fé e o incentivo necessários e por nunca me permitir esmorecer diante dos desafios que esta jornada me trouxe.

A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS COMO MÉTODO DE MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES NEGOCIAIS: SUA NOCIDIDADE FRENTE AO PODER DE BARGANHA

Resumo: A presente pesquisa visa demonstrar que o Estado, de forma a proteger a coletividade, cria mecanismos intervencionistas, pré-dispostos no texto Constitucional, e em leis esparsas, com o intuito de regular o mercado e tentar dirimir as desigualdades que emergem entre as partes contratantes, visando principalmente um equilíbrio a supostas desigualdades sofridas pelos prejudicados nestes pactos negociais, em especial os de natureza privada. A própria Constituição Brasileira contém princípios dedicados à regulação da atividade econômica brasileira, mais precisamente em seus artigos 170 e 174, cuja função é estabilizar as dicotomias de mercado, autorizando a criação de normas que busquem intervir na esfera privada, com o intuito de mitigar possíveis discrepâncias existentes nas relações contratuais, dirimindo os conflitos de lá derivados, normalizando, preventiva e repressivamente (por meio de órgãos fiscalizadores e do poder judiciário) possíveis assimetrias e desproporções que aparentemente afetam um dos contraentes envolvidos, contextualizando tais fatos dentro de uma análise econômica do direito. Dentre as várias previsões legislativas, além é claro da Constituição Federal, pode-se citar, como fontes imediatas para a contenção e solução de tais conflitos, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Antitruste, o Código Civil Brasileiro. Deste estudo, derivaram-se alguns questionamentos a despeito deste intervencionismo estatal, o que ele realmente pode desencadear negativa ou positivamente à coletividade e ao mercado que a compõe. Se seus mecanismos de controle, contenção e equilíbrio se mostram realmente eficientes como métodos de estabilização de contendas e, sobretudo, os reflexos que estas mediações provocam no mercado e na sociedade como um todo. Valendo-se de uma pesquisa exploratória e qualitativa, demonstrou-se um panorama analítico do comportamento desse mercado e seus usufruidores, frente a interferências estatais, e até onde estas intromissões governamentais podem ser maléficas, tanto nas transações particulares, quanto na representação de suas interposições (senão imposições), e o que estas podem desencadear no mercado e nos cidadãos que o compõe. Ou seja, a linha de pesquisa traçada, busca estabelecer um liame causal entre as interferências governamentais e suas irradiações, tanto no mercado econômico quanto na sociedade e nos indivíduos que compõem este mercado, feito sob a análise econômica do direito. Assim, dentro uma proposta inicial intervencionista-estatal, por vezes, e por uma via transversa, pode gerar reflexos nocivos àquela fatia de mercado, resolvendo conflitos por um lado, mas emanando um problema socioeconômico involuntário a seus usufruidores ou a quem faz parte da respectiva engrenagem mercadológica. Como soluções, concluiu-se por melhoras na legislação e incentivo à barganha entre seus envolventes, a fim de evitar que as inseguranças jurídicas e os litígios provenientes de tais contratações cheguem a ser decididos pelo poder judiciário, evitando as incertezas que estes julgados podem gerar na economia.

Palavras-chave: Intervencionismo Estatal. Contratos Privados. Mitigação de Conflitos. Nocividade. Barganha.

STATE INTERVENTION IN PRIVATE CONTRACTS AS A METHOD OF MITIGATION OF BUSINESS INEQUALITIES: ITS HARMFULNESS BEFORE BARGAINING POWER

Abstract: The present research aims to demonstrate that the State, in order to protect the community, creates interventionist mechanisms, pre-arranged in the Constitutional text, and in sparse laws, in order to regulate the market and try to resolve the inequalities that emerge between the contracting parties, mainly aiming at a balance to the supposed inequalities suffered by those affected in these negotiating pacts, especially those of a private nature. The Brazilian Constitution itself contains principles dedicated to the regulation of Brazilian economic activity, more precisely in its articles 170 and 174, whose function is to stabilize market dichotomies, authorizing the creation of norms that seek to intervene in the private sphere, in order to mitigate possible existing discrepancies in contractual relations, settling conflicts arising therefrom, normalizing, preventively and repressively (through supervisory bodies and the judiciary) possible asymmetries and disproportions that apparently affect one of the contracting parties involved, contextualizing such facts within an economic analysis of the right. Among the various legislative provisions, in addition to the Federal Constitution, of course, one can cite, as immediate sources for the containment and solution of such conflicts, the Consumer Defense Code, the Antitrust Law, the Brazilian Civil Code. From this study, some questions were derived, despite this state interventionism, what it really can trigger negatively or positively to the community and the market that composes it. If its mechanisms of control, containment and balance prove to be really efficient as methods of stabilizing disputes and, above all, the reflexes that these mediations provoke in the market and in society as a whole. Using exploratory and qualitative research, an analytical overview of the behavior of this market and its users was demonstrated, in the face of state interference, and to what extent these governmental interferences can be harmful, both in private transactions and in the representation of their interpositions. (if not impositions), and what these can trigger on the market and on the citizens that make it up. In other words, the line of research outlined in this essay seeks to establish a causal link between governmental interference and its irradiation both in the economic market and in society and in the individuals that make up this market, made under the economic analysis of law. In other words, an initial interventionist-state proposal, sometimes, and in a transversal way, can generate harmful reflexes to that market share, solving conflicts on the one hand, but emanating an involuntary socioeconomic problem to its users or to those who are part of the respective marketing gear. As solutions, it was concluded for improvements in legislation and incentives to bargain among its surroundings, in order to prevent legal insecurities and disputes arising from such contracts from being decided by the judiciary, avoiding the uncertainties that these judgments can generate in the economy.

Keywords: State interventionism. Private Contracts. Conflict Mitigation. harmfulness. Bargain

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONTRATOS PRIVADOS E AS PRIMEIRAS INTERFERÊNCIAS ESTATAIS.....	15
1.1 <i>STANDARTIZAÇÃO</i> E IMPESSOALIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS....	18
1.2 O PROCESSO DE OBJETIVAÇÃO DOS CONTRATOS	23
1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – REFLEXOS CONTRATUAIS	28
2 LEGISLAÇÕES INTERVENCIONISTAS – EXTERNALIDADES NEGATIVAS.....	38
2.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	39
2.2 LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	53
2.3 ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL – LIMITES A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	61
3 PODER DE BARGANHA: SUA IMPORTÂNCIA PARA CIÊNCIA CONTRATUAL	74
3.1 APLICAÇÃO DO TEOREMA DE COASE.....	76
3.2 O PODER DE BARGANHA NOS CONTRATOS PRIVADOS	80
3.3 EXTERNALIDADES NEGATIVAS GERADAS PELO ENFRAQUECIMENTO PODER BARGANHA	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

A problemática aqui exposta repousa em externalidades negativas geradas pelos intervencionismos estatais nas relações contratuais privadas e em que isso pode afetar o mercado, quando se retira a autonomia da vontade de seus envolvidos e não os incentiva a uma composição amistosa, a fim de que exerçam o seu poder de barganha, fazendo cumprir todo o ciclo contratual até o seu final, priorizando a vontade dos seus envolventes, cujas decisões determinaram o nascimento da relação contratual.

A presente pesquisa visa esclarecer como a utilização de um aparato jurídico estatal, voltado à resolução contratual, sob o argumento de possíveis discrepâncias contratuais, pode prejudicar os caminhos naturais do mercado, gerando reflexos nocivos aos seus participantes e futuros interessados no respectivo ramo econômico e, ainda, qual a importância de uma autocomposição, por meio de acordos extrajudiciais, se estes podem ou não ser benéficos a um melhor desenvolvimento deste cenário.

Inicialmente, cumpre esclarecer o processo evolutivo dessas intervenções estatais e das justificativas que levaram o Estado a tutelar as relações até então tidas como privadas, sob o domínio da autonomia privada e de cláusulas com força de lei (*rebus sic standibus*).

Os contrapontos passam pela evolução do direito contratual com o passar dos tempos e as legislações a eles cabíveis, em especial, aquelas cujos dispositivos permitem um intervencionismo estatal em pactos privados, que justificariam o reestabelecimento de possíveis equilíbrios para as partes prejudicadas (e a depender da situação, também chamadas de lado hipossuficiente das relações contratuais, por partes mais fragilizadas).

Salienta-se que o Direito Econômico, sob os comandos exarados do texto Constitucional Brasileiro, em vigor desde 1988, em especial os artigos 170 e 174, cujo conteúdo principiológico autoriza um novo processo interpretativo e intervencionista às tratativas particulares, relativiza a vontade das partes nessas relações, estabelecendo limites para atividades econômicas. Isto serviu como uma barreira jurídico-constitucional de contenção à troca de riquezas geradas e maximizadas pelo neoliberalismo e à velocidade das relações mercadológicas por ele desencadeada.

Com previsões na Constituição Federal de 1988, sob encíclicas legais de defesa da ordem econômica, dos princípios gerais de atividades econômicas, concedendo ao legislativo a missão de ser órgão criador de um complexo legislativo direcionado ao controle eficiente de recursos, nasce uma nova onda intervencionista-governamental, de comedimento às partes contratantes, dando guarida à parte mais frágil dessa relação, ou evitando que houvesse um

lucro excessivo a um dos lados, buscando estabelecer um ordem econômica, voltada a equilíbrio das transações comerciais e das pessoas que a compõe (GRAU, 2010, p. 13).

Isso tudo com a justificativa legal e governamental de evitar que a mobilidade das relações comerciais e a evolução do mercado viessem, por meio de contratações negociais e fusões empresariais, sufocar economicamente um dos lados envolvidos dos pactos, causando-lhes desníveis financeiros a ponto de desequilibrar o mercado interno, gerando desigualdades sociais.

Esse mercado faz parte do patrimônio nacional, o qual deverá ter o devido incentivo, a fim de estabelecer o crescimento cultural e socioeconômico, sem comprometer o bem-estar da população, com conseqüente disparidades sociais, conforme antevê o artigo 219 do Constituição Federal.

Plenamente autorizadas pelos regramentos previstos da CF/88 (sendo essa uma das balizas temporais para esta pesquisa), aliada à agilidade ascendente das relações empresariais, seus consumidores e afins, houve consideráveis criações legislativas, que têm como ponto central o controle das relações contratuais privadas, com enfoque à parte mais vulnerável a essas transações que, por alguns autores, é intitulada “débil”.

Visando desenvolver um contexto compreensivo e estruturar o modo pelo qual esse intervencionismo estatal se opera, procurou-se uma análise de importantes leis pátrias que consagram e autorizam essa intervenção, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei Antitruste), e o Código Civil, sobretudo o artigo 421.

É preciso pontuar que as legislações que serviram de esteio a esta digressão, sem exceção, trazem uma forte característica neoconstitucionalista, trazida pela CF/88, esta com regramento e conteúdo priorizados à valorização do ser humano, guiando as legislações subsequentes a incluírem em seu texto o controle dos negócios jurídicos, podendo isso ser feito pelo Estado de Direito.

De posse de artigos autorizadores, órgãos fiscalizadores, agências governamentais e poder judiciário, as interferências governamentais arrazoam-se na defesa da dignidade da pessoa humana, seus direitos e garantias fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Essa estrutura administrativa-fiscalizatória visa à aplicação e à efetivação das previsões legislativas, ilidindo desajustes socioeconômicos, são capitaneadas por autarquias e agências reguladoras direcionadas à proteção dos supostamente prejudicados em um dos lados atos dessas operações, ou às classes econômicas envolvidas. Fazem-no por meio de penalizações administrativas a ações mercadológicas tidas como prejudiciais aos seus usufrutuários ou pretensos envolventes.

Explica-se, ainda, que, a par de tais mecanismos de contenção jurídico-negociais, existe uma estruturação estatal que coloca à disposição o poder judiciário e seus julgados, tendentes a essa proteção. Esse é legítimo detentor da *ultima ratio* na resolução de litígios, com o fito de encerrar conflitos, muitos deles desencadeados, outrora, nas esferas administrativas, os quais têm conteúdo decisório de forte carga intervencionista.

Assim, cumpriu-se observar as primeiras interferências estatais, pós CF/88, composta de um anteparo legal de resguardo aos hipossuficientes, que emergiu no início dos anos 1990, com a chegada do Código de Defesa do Consumidor. Importante salientar que referido diploma legal trouxe, até então, a mais severa relativização dos pactos consumeristas e um contundente enfraquecimento da chamada *pacta sunt servanda*.

O consumidor final, sob este cenário, tornara-se a parte mais enfraquecida das práticas mercantis, ganhando um protecionismo estatal até então nunca praticado. A par disso, mais uma vez, o sistema administrativo se estruturou para uma melhor eficiência na aplicação legislativa (órgãos de fiscalização, delegacias especializadas, varas judiciais específicas, por exemplo).

Neste percurso jurídico-histórico, entra em vigor, em 2003, o Código Civil. Com um texto consolidado pela constitucionalização do ordenamento jurídico, evidenciando a interferência estatal, por meio do artigo 421, o que ficou patente. A partir de então, a liberdade contratual poderia ser reprimida, caso esta não desempenhasse sua função social. Ou seja, a mitigação dos acordos negociais já não era exclusividade dos entremeios consumeristas, e se generalizava para todas as transações, mercantis ou não.

Discussões e desigualdades, nascidas de ajustes privados, passaram a permear as relações negociais, mesmo que não se tratasse de consumidores finais necessariamente. Destaca-se, quando da criação do referido Diploma Civil, que o seu texto viera fortemente entranhado dos ditames constitucionalistas, que apregoavam a valorização do ser humano, sobrepondo qualquer outro bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, inclusive a propriedade.

A Lei n. 12.529/2011, ou Lei de Defesa da Concorrência, ou Antitruste, consolidou o tríduo legal-protecionista e intervencionista do Estado nas instrumentalizações dos negócios jurídicos, criando um sistema de defesa à concorrência desleal, ilidindo a formação de monopólios e oligopólios no fornecimento de produtos ou prestação de serviços e, por conseguinte, vedando práticas que pudessem afetar nocivamente o mercado, seja ele empresarial ou consumerista.

Aqui nascia um anteparo preventivo-legal, que servira como método contentor de transações corporativas. Estas capazes de prejudicar toda uma coletividade usufruidora de

determinado produto ou serviço, vedando a criação e retalhando veementemente qualquer ação corporativa que pudesse afetar o mercado interno e as partes que o compõem.

A Lei Antitruste reforçou o amparo jurídico desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão ligado ao Ministério da Justiça, cuja criação ocorrera pela Lei n. 4.137/62. Para o CADE, sob o argumento de apurar infrações de ordem econômica e de concentração de mercado, constituiu-se um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE). Fusões e aquisições de empresas que pudessem fulminar alguma fatia concorrencial e considerável do mercado passaram a ser submetidas a uma análise prévia e julgamento deste tribunal, além de punir infrações cometidas por condutas abusivas.

Por fim, sob esta nova tendência protecionista-estatal, aperfeiçoada e destinada a regular o dinamismo dos acordos mercadológicos, realizou-se uma arguição acurada de como dispositivos moderadores e repressivos refletem no mercado brasileiro. De posse desta pesquisa, e a fim de alcançar os resultados pretendidos, fizeram-se alguns questionamentos: Esta albergagem estatal alçou bons ou ruins resultados? Quais melhorias podem ser feitas em textos legislativos que amparam o intervencionismo estatal? Quais os ajustes podem ser feitos para possíveis melhorias? Houve reflexos sociais prejudiciais neste contexto econômico?

Importante frisar que os estudos firmados nesta pesquisa têm o condão de estabelecer um aperfeiçoamento do protecionismo estatal, pois este é necessário e sua interferência na organização econômica do Estado é de suma importância. Seus ditames são imprescindíveis ao saneamento de efeitos negativos produzidos pelo mercado, sendo dever daquele se aparelhar, no sentido de reduzir possíveis reações nocivas que o crescimento econômico desencadeia. É incumbência do Estado a realização desta insurgência.

A proposta do tema é trazer ao debate uma análise das irradiações negativas provenientes deste intervencionismo, se feito de forma descompassada, desmedida e em excessos gera novos problemas sociais. Problemas estes que podem ser dirimidos, caso haja uma temperança estatal na contenção aos ajustes privados e se houver um complexo legislativo que permita um maior incentivo à utilização e ao desenvolvimento do poder de barganha entre as partes, fomentando e disseminando a sua prática, cuja pretensão é amenizar essas reações de mercado, preparando melhor os envolventes, frente a futuros desacordos contratuais, gerando melhor bem-estar social aos autores que o compõe.

Este estudo, ainda buscou estabelecer, por meio de uma análise econômica do direito, a nocividade que um intervencionismo estatal excessivo pode provocar, assim como seus reflexos nas tratativas de natureza privada, com a nítida retirada da autonomia das partes. Feito isso, além do tema central, a pesquisa examinou todas essas irradiações dentro de um contexto que,

além de englobar a atuação estatal, suas propagações nocivas, analisou o grau de influência que o direito pode desencadear nos processos socioeconômicos e quais as suas possíveis soluções para este panorama.

Tendo como principais referenciais teóricos autores como Luciano Benetti Timm, Ronald Harry Coase, Marcelo Cama Proença Fernandes, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, a pesquisa evidenciou que uma atuação estatal menos criteriosa mitiga o poder de barganha, fator importante na solução dos conflitos, induzindo seus envolvidos a um frequente socorro estatal, gerando externalidades negativas, desníveis sociais a determinadas classes econômicas e uma análise menos aprofundada da análise econômica do direito.

Das inquirições a que a pesquisa se propõe, esta busca criar um liame explicativo entre as interferências do Estado e seus reflexos negativos no mercado, também chamada de externalidade negativa, tendo como objetivo a diminuição das externalidades negativas como forma de minimizar os reflexos socioeconômicos dali advindos, melhorando e lapidando o bom andamento do mercado.

Ressalta-se mais uma vez a análise econômica do direito feita em concomitadamente a esta pesquisa, uma vez que os estudos legislativos aqui expostos não permitem que se faça uma pesquisa isolada, sem que haja uma interligação multidisciplinar, sendo o direito fonte permissiva ou proibitiva de movimentação mercadológica e de regulação econômica. Não estudá-los conjuntamente, portanto, tornaria esta pesquisa inócua, uma vez que o objeto desta dissertação não é apenas detectar as falhas de mercado provocadas por intromissões estatais, mas também os ajustes que podem ser feitos em um enquadramento econômico e social.

Para melhor desenvolver a investigação proposta, fez-se um estudo exploratório e qualitativo para a obtenção do esteio teórico necessário para o desenvolvimento e a conclusão do estudo, por meio de um levantamento bibliográfico a despeito do tema, realizado com pesquisas doutrinárias, artigos científicos, levantamento de dados e observações práticas ao que o título se pré-dispõe a elucidar, mostrando as atuações protetivas governamentais, as reações negativas de mercado, sem distanciar-se, mas conjugá-las a uma observação econômica do direito.

1 CONTRATOS PRIVADOS E AS PRIMEIRAS INTERFERÊNCIAS ESTATAIS

Não é recente que juristas e entusiastas do direito contratual realizam uma análise acurada do processo evolutivo das relações contratuais. O foco, obviamente, passou por modificações e o tema central de cada observação se diversificou, assim como a maneira que o mercado demonstrava sua volatilidade e as mudanças sociais, que naturalmente impõem a sua evolução.

Os contratos mereceram o devido acompanhamento evolutivo, necessário para sanar as imperfeições de mercado, estabilizando os conflitos e sanando distorções trazidas pelo Estado Neoliberal (TIMM, 2019, p. 32).

O crescimento das relações mercantis permitiu que poderes estatais, legítimos responsáveis pelas regulações econômicas de mercado, criassem mecanismos para a contenção de abusos praticados no mercado, impondo uma legislação mais voltada à tutela da atividade mercantil, assim como a proteção dos integrantes que a compõe, dirimindo possíveis contratos socioeconômicos (GUILHERME, 2015, p. 54).

Uma vez disseminados os pactos negociais, conduzidos pelo inter-relacionamento mercantil, fruto de uma globalização comercial, principalmente observada no pós-Segunda Guerra Mundial, houve uma análise mais acurada do comportamento deste mercado e de como o Estado passou a interferir nos atos negociais, a fim de sanar suas disparidades, evitando que os seus integrantes sofressem os efeitos colaterais desta prática (MACEDO JÚNIOR, 2015, p. 101).

No decorrer de todo esse processo, houve uma preocupação estatal no sentido de buscar sanar as incorreções, excessos e discrepâncias verificados em desfavor de uma das partes que integrava estas negociações mercantis.

Esse processo passou a ser monitorado por todo um aparato fiscal-jurídico, sob a tutela da administração pública, no sentido de dirimir inequidades ocorridas, passando o poder público a interferir, de maneira substancial, neste desenvolvimento, com o fito de proteger o então nominado hipossuficiente.

É o que Roppo chamou de morte da liberdade de contratar, *in verbis*:

consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa de concepções e dos valores dominantes no passado: hoje – lamenta-se – a vontade dos contraentes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até a morte do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da

autonomia privada; e muito frequentemente o fenômeno, assim delineado, encontra-se articulado – segundo relações de causa e efeito – com um mais geral processo de decadência do indivíduo, de progressiva erosão da sua liberdade e da sua autonomia, por força das exigências sociais, das razões da coletividade (ROPPO, 2009, p. 296).

Esclarecendo a ideia do jurista italiano, a acessibilidade populacional aos meios contratuais, ou seja, negócios jurídicos até então embrenhados no campo da informalidade, ou se formalidade houvesse, caberia às partes a sua resolução, tais negócios passaram a ganhar maior visibilidade (fruto do maior número de pessoas que também passaram a usufruir da troca de riquezas), em que os reclames dos despreparados amparava-se nos excessos surgidos no transcorrer do cumprimento da obrigação contratual, na sua impossibilidade de o fazê-lo, ou nas dificuldades em cumpri-los, sem que isso afetasse o seu sustento.

Estes argumentos tomaram proporções a ecoar em uma coletividade, até então silente e conformada com os caminhos trazidos pelos modos de estruturação contratuais e complexos legais em vigor.

Uma vez afetando grupos sociais, e sua recorrência a evidenciar-se, a busca pelo conserto destas distorções pactuais passou a chamar a atenção dos poderes públicos, que entenderam a necessidade de um intervencionismo estatal, pois temiam o nascimento de um flagelo de injustiçados, sob as consequências de externalidades sociais dali advindas (MACEDO JÚNIOR, 2015, p. 101).

Sob estas alegações, a vontade das partes e, em especial, seus poderes de decisão foram substancialmente suprimidos, dando lugar a um intervencionismo estatal resolutivo, que não rara as vezes extrapolou a razoabilidade, gerando os reflexos que à frente serão pontualmente abordados.

Esclarece-se, antes de qualquer divagação a despeito do tema proposto, que prepondera a necessidade da intervenção do Estado nas relações privadas, inclusive como método de regulação das atividades econômicas, evitando que o mercado desencadeie um processo de opressão aos seus usufruidores (HADDAD, 2013, p. 23-30).

Esse intervencionismo ganha importância em um Estado neoliberal, face à liberdade política e econômica que é oferecida aos cidadãos. Este Estado Neoliberal é didaticamente explicado por Souza (2021, p. 252):

O neoliberalismo fundamenta-se em uma ideia de Estado mínimo, ou seja, em uma intervenção estatal mínima no funcionamento da economia, que se regularia por leis próprias do mercado, como a da oferta e da procura. Além disso, a doutrina neoliberal apregoa uma estabilização financeira e monetária,

com a adoção de políticas anti-inflacionárias e cambiais. Assim, ao Estado, compete apenas a garantia do bem comum e do equilíbrio social, com a prestação de serviços básicos e algumas medidas assistencialistas.

Nesta conjuntura, o neoliberalismo se torna um modelo econômico arriscado que, se não controlado de forma equilibrada, pode realmente causar distorções socioeconômicas, cabendo principalmente ao governo essa regulação (destarte, ser função primordial do Estado a contingência e o equilíbrio das movimentações de mercado). É o que leciona Bento (2003, p. 68):

Faz-se mister, portanto, a fim de preservar o compromisso com a igualdade e a justiça social contra a avalanche neoliberal que prega simplesmente a substituição da solidariedade automática do Estado por outra não menos automática do mercado, que o próprio tecido institucional da sociedade civil desenvolva seus mecanismos de solidariedade direta, a par da solidariedade abstrata das políticas públicas redistribuidoras.

Neste contexto, é obrigação do Estado exercer sua influência nas movimentações mercadológicas e seus reflexos, próprios de um Estado Democrático de Direito, impostos pela nova Ordem Constitucional, conforme esclarece Ferreira e Amaral (2015, p. 354):

O negócio jurídico, nuclear do trânsito jurídico, densificado nos contratos privados e públicos, hodiernamente, vem sendo tratado como fundamental à ordem econômica em dimensão mundializada e estruturante da economia dos estados, de modo geral. O perfil neoliberal do negócio jurídico, com a contemplação do interesse individual e coletivo, passa a considerar o equilíbrio dos pactos, limitando, quando necessário, a autonomia privada de cariz liberal, tarefa das constituições sociais e econômicas, remarcadas pela intervenção estatal mínima e regulação do mercado.

Concluem os autores explicando que estas interferências são necessárias para a regulação da economia e fruto de um estado democrático de direito (FERREIRA, AMARAL, 2015, p. 354):

O paradigma intervencionista tem por fundamento a regulamentação em maior ou menor grau na economia, sendo adotado pelas democracias modernas, prosperando de forma ponderada no estado democrático de direito, a conjugar constituição política e constituição econômica, limitando a autonomia privada na esfera negocial.

Repisa-se, não se está se pondo em xeque a dispensabilidade de um intervencionismo estatal, este que visa equilibrar as relações comerciais, democratizando suas práticas e tornando

o papel do Estado, de suma importância na contenção de abusos praticados pelo mercado. Todavia, merece este seu devido aperfeiçoamento, pois se feito de forma desmedida e sem critérios analíticos, gera reflexos negativos após certo tempo, e de forma irônica, os atingidos são os seus usufrutuários, ou seja, uma fatia da sociedade (TIMM, 2012).

Dito isso, é interessante caminhar pelos processos, mudanças e evoluções dos pactos negociais, identificando as interferências estatais sofridas, seja como forma de trazer segurança jurídica não só aos seus integrantes, mas a toda uma coletividade, seja pela justificativa do Estado em buscar um desenvolvimento econômico e social, a saúde financeira de seus fruidores (THAMAY, GARCIA JUNIOR, QUEIROZ, SILVA, 2021). Posteriormente, analisam-se as externalidades nocivas desencadeadas pela tutela governamental.

1.1 *STANDARDIZAÇÃO* E IMPESSOALIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A *standardização*, expressão que, conforme Roppo (2009), fixa-se em uma formatação contratual que não permite que uma das partes, em especial os contratantes, possa discutir e equalizar as cláusulas contratuais, cabendo a elas apenas a adesão e aceitação das premissas lá contidas.

Essa feição contratual é fruto da massificação comercial surgida no século passado, a qual proporcionou uma maior acessibilidade da população aos bens consumíveis, dentro de uma oferta de produtos ou serviços pré-concebida, não sujeita a uma contraposta da parte de seus adquirentes. A estes, a manifestação de vontade limita-se à escolha do bem que deseja, sujeitando-se às condições negociais pré-estipuladas pela parte contrária. Ao aderente, é oferecido pouquíssima, ou nenhuma possibilidade de controvérsia sobre cláusulas contratuais que condicionam e aperfeiçoam o respectivo pacto.

É bom lembrar que essa espécie de contrato dissemina-se não só pela democratização e massificação do mercado de consumo, ela alcança níveis de sucesso em razão da necessidade e facilidade da aquisição dos bens postos no mercado, além de ser guiada pelo impulso consumista desenfreado de uma fatia considerável da população, o que corrompe severamente a racionalidade de sua decisão. Isto explica um pouco a boa sedimentação desta formação contratual (FORTE, DOMINGUES e OLIVEIRA 2015).

Assim, para toda proposição, bem como seus sustentáculos, é fundamental demonstrar e esclarecer os trajetos, ocorrências e justificativas para sua aparição, o porquê fora objeto de interferência estatal. Em um Estado minimamente democrático de direito, as razões para sua intervenção devem estar primeiramente firmadas em uma autorização jurídico-constitucional,

além de estribadas em anseios populares, evolução do mercado, contenção e controle ao caráter predatório que este pode trazer, conforme dito. Destarte, é essencial demonstrar a forma como essa permeou no ordenamento jurídico, alcançando a devida efetividade, sendo posteriormente objeto deste posicionamento crítico (ROPPO, 2009).

É primordial trazer a lume que as relações contratuais ancoram-se na teoria da vontade, na bilateralidade do ato negocial, estando à disposição de as partes contratarem o elemento balizador e central dessas relações. Porém, o dinamismo pelo qual as transações mercantis se desenvolveram fez nascer processos de contratações que distanciam o poder de decisão e a vontade dos envolvidos. E isto é devido, principalmente, à sua instrumentalização pré-formatada (contratos pré-prontos), escapando as fases de tratativas contratuais, fazendo desaparecer, ao menos aparentemente, os diálogos pré-contratuais (TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA, 2022).

A formatação e as cláusulas, que merecem atenção e discussão, neste novo perfil de contratação, quase inexistem, cabendo a um dos lados a aceitação dos seus termos sem que haja qualquer ressalva neste sentido. O mercado, neste ponto, entendeu que ao contratante (consumidor/adquirente) caberia somente a escolha diante da oferta, e frente ao seu ímpeto e anseio de compra, caberia àquele apenas a aceitação dos termos do negócio, e sob a regras dos fornecedores destes bens ou serviços.

Para essa nova feitura obrigacional, sob a ótica Estatal, das controvérsias lá originadas, e sob justificativa da declaração de vontade ter sido maculada, Roppo (2009, p. 298) chamou-a de *STANDARTIZAÇÃO* dos contratos. O autor de forma arrazoada a explica:

Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza – se resultava adequada a um sistema económico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo caráter <<peçoal>> - não podia satisfazer as exigências da *moderna economia de massa*, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume de trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos serviços) e pela sua crescente standartização e <<impessoalidade>>.

Roppo, em seu raciocínio, ainda pondera que o aumento da comercialização de produtos e o consumo das massas reduzem o poder de decisão dos adquirentes, asseverando que:

Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objetivos requerem, justamente, que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua

objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, as particularidades e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade (ROPPO, 2009, p. 298).

Ainda, o autor, em complementação, torna mais translúcida a ideia de *standardização* dos contratos:

se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar um bloco (muitas vezes sem sequer a conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos de adesão*) (ROPPO, 2009, p. 312).

A democratização das relações negociais e a maior possibilidade da conquista dos seus objetos de consumo afastaram a intimização das partes componentes das relações contratuais. A agilidade desta difusão mercadológica fortaleceu a prática e a expansão dos contratos *standardizados*, comumente chamados de adesão, corrompendo a vontade das partes (comprador/adquirente), que passou a ser questionada. Tartuce corrobora com este entendimento e explica:

não há como afastar o contrato da constante ingerência exercida pelo meio social. Nesse contexto se situa o contrato de adesão, que constitui um fenômeno há muito tempo percebido pela teoria contratual. Notório é que, com a evolução da sociedade, passou-se a exigir uma maior celeridade e intensidade das relações negociais, surgindo, nesse contexto, a standardização. Por isso é que Enzo Roppo utiliza a expressão contratos standard para denominar os contratos de adesão, expressão que nos parece a mais apropriada (TARTUCE, 2022, p. 49).

A nova ordem contratual não se limitava apenas em seus elementos construtores e basilares de instrumentalização pactual, a observação não se referia mais ao tríduo que estabelece a sua validação, tais como objeto lícito, possível e determinado, por exemplo (VENOSA, 2021).

As discussões, questionamentos e soluções passaram a situar-se no campo da vontade, e até onde o livre arbítrio praticado por seus envolvidos poderia sofrer intromissões do

aparelhamento estatal, direcionados a uma melhor equalização obrigacional de seus autores. Tudo isso derivado de uma objetivação das relações contratuais, tendente a reduzir a personalização das operações econômicas contratuais, e que visava à proteção de seus envolventes. Roppo (2009) chama este fenômeno de processo de objectivação do contrato e do direito, reduzindo o elemento subjetivo de vontade.

Esse cenário, invariavelmente, criou gatilhos para a elaboração de uma estruturação legislativa voltada ao intervencionismo estatal, e o aparelhamento do poder judiciário, com a finalidade de conter o chamado avanço desordenado das relações contratuais, cuja contenção e controle direcionavam-se à disseminação destes contratos de adesão, em especial aqueles em que o aderente é um consumidor final.

Este complexo legal visava à proteção das partes “débeis” pertencentes aos pactos negociais, também chamadas de aderentes àquele instrumento (TEODORO JÚNIOR, 2014). Esse aparato é voltado ao equilíbrio contratual das partes envolvidas no contrato, tencionando equalizar tal relação, tendo como pano de fundo a proteção coletiva-social que era buscada para tais bens e serviços, mitigando a função contratual, em razão de carência de poder de decisão de uma das partes.

É o que denota o julgado exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual anula cláusulas abusivas, contidas em planos de saúde:

Direito Civil. Contrato de seguro-saúde. Transplante. Cobertura do tratamento. Cláusula dúbia e mal redigida. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 54, § 4.º, CDC. Recurso especial. Súmula/STJ, enunciado 5. Precedentes. Recurso não conhecido. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular n. 5.

O mesmo Tribunal infraconstitucional, por fim, acolheu a tese de que os contratos consumeristas (adesivos) não podem conter cláusulas dúbias, e concluiu:

II – Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.

Roppo traça um pequeno panorama deste novo cenário, no qual descreve:

O signo da contraditoriedade parece também característica da evolução das *relações entre o contrato e a lei*. Segundo a sua imagem <<clássica>>, o contrato tendia a configurar-se como uma espécie de <<zona franca>> das prescrições autoritárias dos poderes públicos, e, em particular, do legislador, mostrando-se como domínio incontrolado da livre vontade dos contratantes, que deviam determinar por si, e não fazer-se impor ao exterior, as regras da sua conduta, especialmente em matéria de exercício das atividades económicas (<<autonomia>> privada) (ROPPO, 2009, p. 337-338).

O respeitável civilista enfatiza a tendência intervencionista nas relações contratuais:

A evolução do direito moderno parece, assim, assinalar a progressiva erosão de uma tal imagem, por causa da extraordinária extensão e desenvolvimento das intervenções legislativas sobre as relações contratuais que reduzem substancialmente os espaços dentro dos quais pode espraiar-se a autonomia dos sujeitos privados (cfr. Retro, 3.4): neste sentido, não parecem desprovidas de fundamento as conclusões expressas na fórmula – simplificante mas incisiva – segundo o qual a lei celebra hoje o seu predomínio sobre o contrato, subtraindo a este último sectores de relações e competências que antes lhe estavam reservados (ROPPO, 2009, p. 337-338).

Pode-se se dizer que a interferência estatal na reserva de vontade atua na sedução ou inocência consumerista que o mercado provocou, como se seus aderentes, de certo modo, inebriassem e perdessem parte do senso racional para aquisição os bens de consumo previamente dispostos no mercado.

Ferreira e Amaral (2015, p. 364) reforçam este argumento:

Estas são considerações que cimentam os fundamentos do Estado de Direito, assegurando a democratização do contrato. Imponderável, portanto, a utilização perversa do contrato pelos grandes grupos económicos, e mais ainda, pelo estado, visando a interesses particulares escusos, diluídos nas texturas negociais de mera aparência para ocultar os verdadeiros fins. As instituições e, por via de consequência, os contratos, passam por desgastes que exorbitam toda e qualquer condição de dignidade e crédito, por conta da inversão de valores encarcerados pela tirania do lucro fácil, plasmado pela ganância corrupta, interesses públicos e privados de mãos dados a serviço do mal.

Este complexo de fatores pode levá-lo a assinar pactos detentores de cláusulas exorbitantes, com onerosidade excessiva, principalmente aqueles cumpridos com periodicidade, em que seu firmamento ocorre por necessidade ou por inebriantes ofertas proposta pelo mercado. Estes, quando realizados em massa, podem comprometer uma fatia substancial da coletividade, ou seja, um flanco considerável da população que dele usufrui,

provocando instabilidades financeiras e sociais que fogem ao controle dos hipossuficientes, sendo a intervenção estatal necessária ao reequilíbrio das obrigações predispostas naquele contrato (SILVA NETO, 2013).

1.2 O PROCESSO DE OBJETIVAÇÃO DOS CONTRATOS

A nova ordem contratual, espalhada pela agilidade e fluidez de mercado, entremeada pelos chamados contratos automáticos (ROPPO, 2009), cujas cláusulas já não são mais colocadas sob o debate e pontuação das partes envolvidas, foram tomadas pela automatização de seu conteúdo exposto ao público, este ávido por consumismo até então pouco praticado, em especial pequenos bens e serviços, essenciais ou não.

A confrontação de ideias na construção das relações contratuais (limitando-se à concordância da oferta e às suas condições) deu espaço a uma aceitação de seus conteúdos prescritos nas páginas que compunham estes instrumentos pactuais, distanciando-se, senão eliminando, as fases tratativas que antecediam as transações pretendidas.

A objetivação contratual começou a ganhar espaço nos meios negociais, forçando o Estado a criar mecanismos de proteção à parte mais frágil da relação, no caso, a parte aderente dos pactos.

Coube ao Poder Estatal estabelecer um complexo de meios legais, a fim de mitigar a crise contratual que se instalava, com o intuito de dirimir estas disparidades, visando estabelecer uma igualdade da parte mais frágil frente ao poderio econômico de quem oferecia os serviços ou bens. Sobre isso Ferreira e Amaral (2015, p. 356) prenotam:

A Crise dos contratos, instalada em seguimento específico dos negócios jurídicos no país, depende para seu enfrentamento, sob pena de negação do paradigma contratual contemporâneo, definido pela confluência da boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio das materialidades e defesa da parte frágil, da promoção e defesa urgentíssima da dignidade do próprio contrato, feito caminho de desvios para o lucro fácil, ilícito e irresponsável.

É bom lembrar que se está diante de uma nova realidade fática, de um novo contexto mercadológico. Vale lembrar que, em meados do início do Século XX, a cadeia de produção, distribuição e entrega de bens de consumo tinha um ritmo que destoava da atual realidade (FILOMENO, 2018).

Esta digressão, frisa-se, caminha desde a ausência de um mercado consumidor mais maciço, à época, passando pelo aumento da acessibilidade dos interessados em adquirir os bens

postos à compra, até o crescimento econômico, com a conseqüente impulsão do poder aquisitivo da população, desencadeando um crescimento no consumismo, detectado em várias classes econômicas.

Processos de produção e distribuição, até então pouco acessíveis e cadenciados, cederam espaço a meios de comunicação, sistemas logísticos e oferta de produtos e serviços mais democratizados, que se aperfeiçoaram com o passar dos anos, tornando o mercado deveras ativo (FILOMENO, 2018, p. 13).

Inevitavelmente o trânsito de bens consumíveis e a praticidade das negociações sobrepujaram os métodos mais lentos até então vigentes. A praticidade das transações levou também à praticidade das negociações, tornando as relações negociais mais objetivas. E os contratos igualmente teriam uma nova roupagem. Sobre isso, assevera Pinto (2005, p. 113):

uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula prévia e unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado.

As confrontações e as contendas, buscando os ajustes das cláusulas contratuais, a exposição latente da vontade das partes e seu alto índice de incidência tornaram o processo consumerista ágil e despachado, que não permitia delongas exaustivas a despeito dos direitos postos em questão, a subjetivação inerente à formação contratual começou a ficar comprometida. Iniciava-se um processo de expansão da objetivação contratual (TEODORO JUNIOR, 2021).

Instalava-se a redução decisória da vontade das partes, dando lugar a um processo simples de aceitação por quem tencionava adquirir bens e serviços, sem que estes analisassem os possíveis rebotes que essas tratativas poderiam causar. Eros Grau chamou tal transposição de *a morte do contrato*:

À “*morte do contrato*” corresponde o fim da *teoria clássica*, que, na dicção de Guido Alpa, cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o *método formal*, mas mediante o exame dos *interesses substanciais* - ao que corresponde a *objetivação e despersonalização* do contrato (GRAU, 2001, p. 426).

Fato é que a unilateralidade de interesses do fornecedor, ao elaborar suas regras nestas convenções, traz do outro lado o adquirente, com um único objetivo, a aquisição do produto ou do serviço. Uma vez massificada esta prática, divergências contratuais seriam inevitáveis.

A partir do momento que estas discrepâncias ocasionavam desníveis obrigacionais naquilo que fora acordado, aliada ao crescimento dessas tratativas comerciais, havia um número substancial de desacertos contratuais e uma contagem indeterminada de prejudicados. Os reflexos sociais dali advindos eram uma questão de tempo, e a preocupação do Estado passou a ser constante (FILOMENO, 2018).

O poder público, visando proteger a classe consumidora, passou a considerar estes fornecedores de bens e serviços como entes de forte poderio econômico, e o outro lado da parte tecnicamente vulnerável. Criou um arcabouço legal-consumerista, a fim de igualar seus envoltentes e, para isso, conceituou os consumidores como seres frágeis e despreparados para combater a superioridade socioeconômica da parte com a qual estavam contratando. Como retrata Lôbo (2011, p. 1319):

Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais.

Lôbo (2011, p. 1319) enfatiza a fragilidade do consumidor e o denomina como parte débil da relação:

A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente estes problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante débil, apesar da retórica neoliberal.

Para equiparar o lado hipossuficiente desta relação, coube ao Estado elaborar uma série de medidas, que foram desde a criação de legislações protetivas que favoreciam o consumidor, até órgãos administrativos-fiscalizadores para sua proteção. Essas vantagens vieram tanto por meio de um direito material, quanto do direito processual, além de facilitação de acessibilidade aos lesados, na busca por essa equivalência (SILVA NETO, 2013).

O espírito do legislador, neste ponto, não era unicamente o de criar uma estrutura jurídica-administrativa na proteção os desprivilegiados, mas sim buscar prevenir e sanar um eminente problema social que estava a aflorar. Os efeitos jurídicos dos contratos iriam além da

vontade das partes e de sua estrutura formal e legal. As vontades deles derivadas não tinham a autonomia até então encrustada, e a *pacta sunt servanda*, até então intrinsecamente nas negociações pactuais, foi severamente reduzida pelo complexo legislativo que nascera (TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA, 2022).

Os contratos, outrora, afeitos e sujeitos a uma tutela de direito privado, como capítulo integrante do direito civil, passaram a ser observados dentro de um contexto social e não mais individual, assim como seus reflexos passaram a ser determinantes na formação de uma sociedade mais justa e solidária, dentro dos preceitos de bem-estar social previstos no artigo 219 da CF/88.

Como dito, a Constituição Federal de 1988 deu o devido amparo esta proteção, calçando legislações infraconstitucionais, sob a ideia protecionista e a regulação das relações privadas, estabelecendo uma tendência de estabilização destas assertivas contratuais, por meio de um intervencionismo estatal, visando à equalização das partes envolvidas e ilidindo desajustes sociais.

Ferreira e Amaral (2015, p. 354) brilhantemente sintetizam esse pensamento:

O negócio jurídico, nuclear do trânsito jurídico, densificado nos contratos privados e públicos, hodiernamente, vem sendo tratado como fundamental à ordem econômica em dimensão mundializada e estruturante da economia dos estados, de modo geral. O perfil neoliberal do negócio jurídico, com a contemplação do interesse individual e coletivo, passa a considerar o equilíbrio dos pactos, limitando, quando necessário, a autonomia privada de cariz liberal, tarefa das constituições sociais e econômicas, remarcadas pela intervenção estatal mínima e regulação do mercado.

Ainda Ferreira e Amaral (2015, 354) enfatizam a necessidade de um intervencionismo, visando à limitação da autonomia privada, conjugado ao equilíbrio econômico:

O paradigma intervencionista tem por fundamento a regulamentação em maior ou menor grau na economia, sendo adotado pelas democracias modernas, prosperando de forma ponderada no estado democrático de direito, a conjugar constituição política e constituição econômica, limitando a autonomia privada na esfera negocial.

Recorrendo uma vez mais às autoras, verifica-se que Ferreira e Amaral justificam o referido intervencionismo, em prol da evolução de uma sociedade voltada à proteção da dignidade da pessoa humana:

O tema, como proposto para análise, enfrenta a marcante influência do negócio jurídico na economia, implicando condição de possibilidade para o desenvolvimento da própria sociedade e, por via de consequência, representando percurso de acesso para o crescimento econômico. Este, por sua vez, estagnado perto de percentual mínimo nos últimos anos, em decorrência de uma política econômica feita de tecidos, exclusivamente políticos, afastados do mandamento constitucional, obstaculizantes da consolidação do Texto, comprometendo, em boa parte, a dignidade de um povo, de uma nação, fortemente, marcada pela face cínica e fria da corrupção, mal maior de um estado de direito e, por conseguinte, dos negócios jurídicos, mais especificamente, aqueles próprios dos pactos entre o público e o privado (FERREIRA, AMARAL, 2015, p. 355-356).

Em que pese ainda haver autonomia das relações particulares, em especial das contratualidades delas derivadas, o Estado passou a ser um importante mediador e interventor nos conflitos desencadeados, estabelecendo graus limitadores aos pactos privados, sob o argumento de tutelar a coletividade em face mais variados setores do desenvolvimento econômico. Em suma, são inócuos possíveis crescimentos econômicos, se os cidadãos sofrem de suas opressões e flagelos.

Em um Estado neoliberal, suas vicissitudes dentro de um contexto de crescimento econômico demasiado podem de fato gerar externalidades recorrentes e afetar as ideias constitucionais de anteparo às partes mais fragilizadas dos seus integrantes (BENTO, 2003, p. 68).

Esse permeio governamental, como alhures comentado, é necessário e imprescindível, entretanto, e repisa-se, a tarefa que se busca é igualmente demonstrar certos efeitos provocados por uma incidência excessiva destas insurgências, a qual pode, ao longo do tempo, causar reflexos nocivos aos seus componentes.

Uma saída viável é a criação de mecanismos legislativos, que de certa forma fortaleçam extrajudicialmente os entes fragilizados, sob o julgo de uma desvantagem excessiva, fortalecendo seus autores, trazendo soluções que possam não evitá-las, mas capacitá-las para uma composição amistosa dos conflitos derivados do objetivismo contratual, levando as partes a comporem ao invés de buscar uma saída judicial. Fradera, Estevez e Ramos (2015, p. 156) explicam tal contexto:

Contudo, a força obrigatória dos pactos, fundada na autonomia privada, relativiza-se na exata medida em que se constata atualmente que a propalada liberdade de contratar não é substancial, mas apenas formal, fruto da despersonalização da sociedade de massas e das novas formas de contração em massa, v.g., contratos de adesão e contratos-tipo. Por isso, o só fato de contratar não vincula de forma absoluta o contratante, dado o amplo espectro de formação da relação contratual.

Os contratos permanecem obrigatórios. A autonomia privada ainda vive. O pacto não é relativo a ponto de gerar insegurança desmedida nas partes contratantes.

Extrajudicial ou judicial, os possíveis acordos derivados destes contratos predispostos, com textos predefinidos, realizados pela convergência das partes, reforçam os seus poderes de barganha, podendo resgatar uma das essencialidades previstas na construção dos contratos, que é a vontade das partes, percorrendo o contrato todo seu interim. O que se verá mais adiante.

1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – REFLEXOS CONTRATUAIS

A Constitucionalização do direito privado já há muito tempo tem se difundido, principalmente com o pós-Segunda Guerra Mundial, essa constitucionalização é pautada na ideia de um estado democrático de direito e na humanização das relações privadas, como expõe Teixeira (2020):

O Constitucionalismo Contemporâneo, também conhecido como Neoconstitucionalismo, é a quarta fase, que teve início com o pós-guerra, depois da 2ª Guerra Mundial, se perpetuando até os dias atuais. A principal característica do Neoconstitucionalismo é o Estado Democrático de Direito, onde se busca um equilíbrio entre o Estado mínimo e o Estado máximo, fazendo com que haja um exercício da democracia através do sufrágio, garantindo a democracia material, porém, respeitando os direitos das minorias e buscando valorizar a dignidade da pessoa humana.

A CF/88 veio reforçar a constitucionalização do direito civil, chamada por Gonçalves (2010, p. 45) de direito civil-constitucional, que assim a descreve:

A expressão direito civil-constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, na nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

Entrando em vigor em 2003, o Código Civil de 2002 trouxe em seu texto um conteúdo impregnado de regramento derivados da Constituição Federal de 1988. Constituição esta que fora balizada em encíclicas que ditavam uma nova ordem econômica, cuja proteção do Estado, e seu intervencionismo haviam ficado explícitos do artigo 170 e 174, além de trazer os trânsitos

mercadológicos para uma atenção e proteção constitucional, conforme denota do artigo 219 da CF (THAMAY, GARCIA JUNIOR, QUEIROZ, SILVA, 2021).

A interrelação entre direito público e privado, sob os comandos constitucionais, previamente instituídos, apresentou suas primeiras premissas com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe, em seus artigos, mesclas de direito público e direito privado, em uma disciplina transversal entre estes.

As relações particulares já não contavam com tamanha autonomia, pois se esta fosse absoluta, correria o risco de seus reflexos econômicos-sociais eclodirem na sociedade contemporânea. Equilibrar as relações, evitando flagelos oprimidos negociais, era a palavra de ordem, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Ferreira e Amaral (2015, p. 372) enfatizam esses fatores:

Na defesa do consumidor, encontra-se o esteio da tutela da parte mais fraca de conformidade com a Ordem Pública de Proteção. O princípio das garantias processuais e devido processo legal, assegura a tutela jurisdicional do contrato, considerando a proteção ao cumprimento do contrato como fundamental ao paradigma democrático.

Com a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), sob forte influência constitucional, e suas ideais protetivas, não foi diferente. Essa, reformulada, visa evitar que os consumidores sejam engolidos por tratativas comerciais feitas por empresas, com a intenção de criar grandes grupos econômicos, que possam abarcar fatias consideráveis de mercado, criando cartéis, estabelecendo preços únicos por meio de monopólios e oligopólios, tirando o poder de escolha, de preço e levando o consumidor a se tornar refém de seus produtos e serviços, além de fiscalizar os métodos de propaganda desses produtos, quando postos no mercado (ANDERS, PAGOTTO e BAGNOLI, 2012).

Assim como no Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei Antitruste) tem características mistas como ramos de direito, o que leva ao entendimento de essas características serem preponderantemente de direito público, com resquícios de direito privado, pois sofre influências em seus dispositivos, a benefício da ordem econômica nacional, sob o constitucionalismo entremeado em seu texto, conforme a explanação de Ferreira e Amaral (2015, p. 378):

A Lei 8884/94 estabeleceu a responsabilidade das empresas e a responsabilidade individual de seus dirigentes, impondo a solidariedade entre empresa ou entidades integrantes de grupos econômicos por prática de infração contra a ordem econômica, conforme apontam os Artigos 15 a 18.

Previu, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica dos responsáveis por infração contra a ordem pública. Todas estas disposições foram mantidas pela Lei 12.529/2011 ao revogar, quase que totalmente, a legislação anterior. Igualmente à lei anterior, não fez menção à forma de apuração da responsabilidade civil.

E enfatizam também a influência Constitucional da referida lei:

A Lei 12.529/2011 alterou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, mantendo a dicção da lei anterior em relação aos fundamentos constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, sendo mais extensa em relação à competência e organização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, mantendo os dois principais objetivos voltados para a prevenção e à repressão de infrações contra a Ordem Econômica, cuja meta era preservar e proporcionar maior eficiência econômica dos mercados (FERREIRA, AMARAL, 2015, p. 378).

Por sua vez, Gaban e Domigues (2016, p. 55) reforçam a influência do texto Constitucional na lei em comento:

Acrescenta-se a estes princípios outro ditame igualmente contido na Constituição de 1988, qual seja, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4o).

Frisam os autores que o espírito do legislador na criação desta norma almejou a proteção da livre iniciativa, assim como a valorização social do trabalho e a livre concorrência, sem permitir que esta fosse maculado por transações tendenciosas, a fim de criar um mercado socialmente justo:

Assim, crê-se que no espírito da Lei Antitruste encontram-se arraigados os princípios constitucionais da livre-iniciativa/valorização social do trabalho, livre concorrência, função social da propriedade e defesa do consumidor, e a regra de repressão ao abuso do poder econômico, dentre outros princípios, portadores de maior ou menor grau de abstração, e regras que não veem ao caso para o presente raciocínio. Por respaldo, vale observar o art. 1o da LDC (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 55).

E, ainda, segmentam seus comentários, trazendo os devidos significados contidos na referida encíclica legal:

Art. 1o Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, **orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de**

iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (destacamos).

Desse modo, vale dizer, na atividade dinâmica da aplicação normativa, a tônica do significado (interpretante) decorre, em primeiro plano, da resultante da interação entre referidos ditames. Nessa linha, definido esse ponto necessário de continuação da edificação desta análise, qual seja, a identificação em base de crença (racional, ou econômica e jurídica) e interpretação da Lei Antitruste dos alicerces valorativos subjacentes ao diploma antitruste, passa-se a considerar, brevemente e de forma individual, cada qual dessas diretrizes valorativas de cuja interação resulta na tônica da interpretação para a elaboração da norma de aplicação da LDC (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 56).

Sem se divorciar das legislações estudadas, que serão, igualmente, objeto de uma investigação acurada, fortalece-se a opinião de que, o diploma legal que mais sofreu a influência da constitucionalização do direito tenha sido o Direito Civil, até então arraigado pelas premissas jurídico-privativas estabelecidas pelo Código Civil de 1916. Por ser um ramo de direito privado, e pela defasagem na sua atualização, esse fora o que mais se submeteu às transformações exigidas pelo texto Constitucional (TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA, 2022).

O Direito Civil e as legislações congêneres, típicos ramos do direito privado, têm conteúdo que envolve não só o regramento de tratativas particulares (das pactuações contratuais), como também abarca boa parte do Direito Empresarial, até então Direito Comercial, que era regido pelo Código Comercial de 1850, e fora revogado quase que na totalidade, ficando ao antigo Diploma Comercial apenas a parte que trata do Direito Marítimo.

Não se trata aqui, conforme será estudado em capítulo específico, do estudo da função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código, mas sim dos novos ditames impostos pelo texto Constitucional, dispersando os conceitos divisores dos ramos do direito, até então públicos ou privados.

A pontuação, neste título, dá-se de maneira mais ampla, para que se possa ter uma noção macro das influências do poder intervencionista estatal e de como a Constituição de 1988 influenciou as relações privadas, a começar pelas tutelas trazidas pelo Código Civil de 2002.

Preventivamente, o legislador constituinte originário criou mecanismos legais, para que legislações subsequentes estabelecessem a contenção e prevenção dos atos negociais e seus processos contratuais. Estes contendo e equilibrando as ágeis movimentações sob as quais o mercado se encontra sujeito, evitando discrepância entre as partes envolvidas e buscando estabelecer uma melhora nas suas tratativas (GILHERME, 2015).

Essas relações negociais se encaminharam, almejando reduzir as desigualdades que permeavam as relações particulares, e dentro de um sistema econômico, cujo crescimento e

agilidades negociais evoluem rapidamente, a intervenção estatal se tornou crucial. Inclusive na obtenção de princípios igualitários, humanizados e norteadores, previstos na Constituição Federal. Fradera, Estevez e Ramos (2015, p. 156) detalham esta construção:

Da ideia de totalidade do vínculo obrigacional como processo voltado à satisfação dos interesses do credor extrai-se a dinamicidade do vínculo obrigacional, no qual se insere a relação contratual.

O dinamismo da relação contratual demonstra que os interesses de satisfação do credor estão em contínuo processo de adimplemento. A inserção dos contratos privados ou públicos na ordem econômica, como instrumento de operação das trocas econômicas e de atuação no mercado, impõe uma nova perspectiva de exame de seu conteúdo (objeto e finalidade), colocando em evidência, de um lado, a superação de alguns princípios e regras de direito público e de direito privado, e, de outro, a convergência entre estes sob as lentes do Estado Constitucional.

A cooperação entre as partes, na busca do bem comum, não estava mais adstrita às relações entre particulares ou entre entes privados, a ramificação legislativa existente foi superada. O Estado Constitucional exige o dever de colaboração, senão interferência, do próprio Estado em suas relações obrigacionais-contratuais. Esses fundamentos principiológicos, em especial os voltados ao respeito à dignidade humana, adentraram nas esferas privadas com o intuito de ilidir qualquer ação que pudesse atentar a tal dignidade (GOMES, 2019).

Estabeleceu-se constitucionalmente que o espírito do legislador, no referido Diploma Civil, deveria ser voltado à construção de um ordenamento jurídico humanizado, sobrepujando a proteção a qualquer outro bem.

É de bom alvitre ressaltar que, até 2002, o Código Civil pátrio em vigor era o de 1916, este que não passara pelo filtro, ditames e influências protetivas impostas pela Constituição de 88. Percorreram-se quase um século e várias Constituições Federais, e o Código de 1916 ainda era vigente (THAMAY, GARCIA JÚNIOR, QUEIROZ e SILVA, 2021), sob um ramo de direito privado.

Não há dúvidas das defasagens jurídico-teóricas previstas na Lei Civil, sendo sua reformulação necessária e fundamental. Ainda, demorara longos 14 anos para que, em 2003, entrasse em vigor o então novo Código. Este agora repaginado e sob forte influência de preceitos Constitucionais.

Essa nova Ordem Civil surgiu entremeada de direitos a garantias fundamentais, em especial o seu artigo 5º. e 170, ambos da Constituição Federal, tendo o ser humano como figura jurídica evidente e central de proteção do Estado, dentro de um contexto social ao qual ele pertence. Sendo a CF/88 o instrumento de regulação de outras legislações, era natural que sua

supremacia formal e material fosse direcionada e imposta às novas criações legislativas. Isso é prenotado por Batista (2018, *online*):

Na fase posta de renovação do movimento constitucionalista a Constituição passou a figurar como centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Destarte, a Constituição funciona não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, razão pela qual o fenômeno é identificado por alguns como sendo uma “filtragem constitucional”, que exige que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a “lente da Constituição”, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Batista destaca a influência dos preceitos constitucionais não só no Direito Civil, mas em outros ramos do direito:

Registre-se que do conjunto de fenômenos aludidos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito, cujos principais ramos podemos citar: o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito Penal. Ademais, quanto à nova geração ou dimensão de direitos, admite-se o surgimento dos chamados direitos cibernéticos e bioéticos (BATISTA, 2018, *online*).

Sob influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, era natural que a CF/88 se preocupasse com questões relacionadas à natureza humana, sua principiologia ética e a proteção com questões que envolvessem a coletividade, dando azo Constitucional a essa tutela à sua irradiação nas legislações vindouras. Com o Código Civil não foi diferente.

É o que ele demonstrou em todo o seu texto, fornecendo nuances advindas da nova modulação constitucional, priorizando a proteção da pessoa humana, seus matizes universais, calcadas em direitos e garantias individuais e coletivas, como demonstra, também, a estruturação firmada no artigo 1º. e 3º, cujos textos é de boa valia transcrevê-los:

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;

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. (grifo nosso)

Em seu artigo 3º, o Constituinte Originário estabelece a construção de uma sociedade mais igualitária e solidária, visando a um bem comum, que sobrepuja os interesses privados:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (grifo nosso)
 II – garantir o desenvolvimento nacional;
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. (grifo nosso)

Por fim, o art. 4º traz os pensamentos humanistas, derivados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serviu de esteio ao legislador quando da fundamentação da Constituição Federal de 1988:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
 III - autodeterminação dos povos;
 IV - não-intervenção;
 V - igualdade entre os Estados;
 VI - defesa da paz;
 VII - solução pacífica dos conflitos;
 VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 X - concessão de asilo político.
 Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (grifo nosso).

O direito civil brasileiro desta vez passou a seguir regramentos previstos no texto Constitucional, este fortalecido pelos seus direitos sociais, destacando o aspecto humanístico e o seu bem-estar coletivo, em detrimento das relações exclusivamente particulares e materialistas, posicionou seus artigos e incisos de modo a que houvesse uma integração e uma harmonização entre os aspectos econômicos e sociais, e sua evolução não levasse à opressão de seus cidadãos, conforme magistralmente explanam Ferreira e Amaral (2015, p. 372):

Na sequência, a proteção aos direitos fundamentais, nucleados pela dignidade da pessoa humana, irradia seus efeitos, aqui destacados em relação ao âmbito negocial dirigido à tutela de tais direitos, como ocorre, por exemplo, com os contratos da área da saúde. À justiça social vincula-se a justiça contratual espelhada na equidade e moralidade dos pactos. O princípio da legalidade da administração, em seu mister legitimador, estende-se para a legalidade do

contrato, enquanto o princípio da segurança jurídica estende-se, em mesmo patamar, para a segurança do contrato.

Tendo a Constituição a humanização das relações privadas, como nova fonte para o direito civil, houve a relativização dos ajustes particulares, e caso estes destoassem das concepções éticas e sociais na Lei Maior, invariavelmente, seriam objeto de discussão, seja inicialmente em caráter extrajudicial, como pela via judicial, com o intuito de sanar discrepâncias e disparidades, fruto do desequilíbrio entre partes nas suas tratativas. Estas, quando confrontadas com as concepções constitucionais pré-estabelecidas, submeteram-se às regras e aos preceitos interpretativos lá contidos, ou seja, desde a sua construção até a sua interpretação, normas infraconstitucionais, como o Lei Civil, deveriam atender às premissas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Batista (2018) descreve esse fenômeno jurídico com um ápice intervencionista estatal das relações de direito privado, em especial, as de Direito Civil:

A constitucionalização do Direito Civil traduz o apogeu da intervenção estatal nas relações privadas. Antes disso tivemos uma ingerência legal, mediante normas de ordem pública, que guiavam a prática obrigacional e contratual. Esse fenômeno foi seguido pela “decodificação” do Direito Civil e o surgimento dos microssistemas protetivos, que marcaram a “Era dos Estatutos”, momento em que a igualdade *material* passou a se contrapor a cristalina igualdade *formal* de direitos subjetivos, então defendidos pela codificação. Com isso, o “monossistema”, típico da codificação, restou deformado ante a pluralidade e a abertura inaugurada pelos estatutos (BATISTA, 2018, *online*).

Solidificando a constitucionalização, não do Direito Civil, mas de todo direito privado, a CF/88, em seu artigo 170 e 174, aproximou-se ainda mais das relações negociais, trazendo princípios como o da livre concorrência, defesa do consumidor e a repressão do abuso do poder econômico, assim como o Estado se impôs como agente normativo e regulador destas atividades, como forma de equalizar as contendidas, tudo em perfeita sintonia com as normas constitucionais.

Esse fato confirmou a sua influência em ramos de direito, até então mais restritos quanto a intervenções estatais, que eram determinadas sob a decisão exclusiva de seus envolventes, em especial a Lei Civil, aderente da livre iniciativa e autonomia das partes. Esta que conduzia os trâmites contratuais de acordo as vontades envolvidas, nem que, para isso, pudesse desencadear uma desigualdade mais latente para um de seus atores, em especial a parte mais fragilizada do litígio.

As negociações em massas, pulverizadas socialmente, ganharam uma nova atenção e impulsionaram o Estado a salvaguardar as partes envolvidas, intervindo nas vontades ali transpostas, com o intuito de estabelecer eventuais desníveis, dirimindo os conflitos e buscando a paz social.

Roppo (2009, p. 309), de forma pedagógica, explica tais fatores, esta nova tendência, em especial os contratos:

Todas elas são funcionalizadas à exigência de garantir ao máximo a *estabilidade e a continuidade das relações contratuais, e portanto, das relações económicas, e*, por esta via, de assegurar-lhes aquele dinamismo que é postulado pelos modos de funcionamento das modernas *economias de massa*.

O referido autor demonstrou a essencialidade dos pactos negociais não serem mais restritos única e exclusiva à vontade das partes, cujos objetivos deveriam ser projetados e submetidos a uma coletividade, indo além de sua autonomia privada, agora para o socialmente aceitável:

Para que um tal objetivo seja conseguido, o contrato não pode mais configurar-se como reino de vontade individual, a expressão directa da personalidade de seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema da produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado: o contrato deve transformar-se em *instrumento objetivo e impessoal*, para adequar-se a objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas (ROPPO, 2009, p. 309).

Harmonizar a nova ordem jurídica em suas balizas fundamentais passou a ser um dos predicados da CF/88, cujo conteúdo e atribuições deveriam estar entremeados as leis posteriormente criadas, conforme leciona Batista (2018, *online*):

Diante deste cenário, profundas foram as alterações no âmbito do Direito Civil dito contemporâneo. A mais evidente foi à quebra de paradigma em relação ao sujeito de direito, que deixou de ser “abstrativizado”, sob a óptica da ética do individualismo, e passou a ser visto sob prisma da igualdade *material*, em dimensão *real*, guiada pela solidariedade social e a dignidade humana. Para tanto, a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor, o princípio central do sistema jurídico, consolidando a funcionalização das relações jurídicas patrimoniais. Assim, como consequência imediata da constitucionalização, tem-se que o hodierno Direito Civil passou a vivenciar

a “repersonalização”, momento em que a pessoa humana e os valores existenciais se tornam o epicentro, restando o patrimônio em segundo plano e a seu serviço.

Amoldar este ponto, e enquadrá-lo nesta inquirição, visa demonstrar a relativização das vontades das envolventes, antes inerentes às iniciativas privadas, em especial ao Direito Civil, para trazer uma nova concepção de intervencionismo estatal neste ramo do direito.

Agora sob a égide constitucional, pendente a evitar os flagelamentos existentes das relações reservadas, pois os pactos particulares agora deveriam obter um resultado mais equânimes, evitando impactos sociais que pudessem ou poderiam desestabilizar os seus participantes, retornando em reflexos positivos a sociedade. E isto é devido ao número indeterminado de pessoas atingidas na estrutura negocial, cuja usualidade diária é comum e faz parte do cotidiano de qualquer sociedade civilizada contemporânea.

Entretanto, a questão problema, seja no CDC, na Lei de Proteção a Concorrência, e, por fim, no Código Civil, repousa nos excessos e falhas praticados sob estes fundamentos e argumentos, e os efeitos indiretos por eles causados, que é o epicentro desta análise.

No campo da observação, insta reafirmar que não se trata aqui de um combate a despeito de normas jurídicas, no caso o direito civil e as demais estudadas, ou qualquer outra derivada do direito privado, que foram influenciadas pela constitucionalização de seus institutos, o que se traz a lume são seus os efeitos e os questionamentos de sua aplicação no aspecto prático, seus critérios, suas punições, os riscos que suas externalidades podem provocar, não só às partes afetadas, mas também as irradiações ao meio social, fato que será de amplo debate na questão problema aqui apresentada. Essas legislações e suas vulnerabilidades, objeto de amostragem a esta pesquisa, serão tema do próximo capítulo.

2 LEGISLAÇÕES INTERVENCIONISTAS – EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Este capítulo dedica-se a relacionar e analisar as principais legislações intervencionistas e observará os aspectos que corroboram e reforçam a tutela Estatal. Os levantamentos necessários para esta pesquisa percorrem desde o espírito do legislador, até as funções práticas desencadeadas pelas normatizações protecionistas, visando aclarar as externalidades negativas de lá originárias.

Para que se possa chegar aos desígnios a que o tema deste estudo se propõe, é fundamental percorrer os mais variados fatores e possíveis geradores das externalidades negativas, que são provocadas pelo intervencionismo estatal. É fundamental entender que as tutelas estatais não podem distanciar-se de critérios mais equilibrados. Ou seja, o intervencionismo deve ter como regramento principal a intervenção mínima e em casos excepcionais (THAMAY, GARCIA JÚNIOR, QUEIROZ e SILVA, 2021).

Intervenções estatais, se feitas de forma desordenada, desencadeiam uma série de desníveis ao mercado, afetando não somente os empreendimentos que o compõe, mas principalmente as pessoas que usufruem dele.

Um pensamento restrito é o de que, sanando as desigualdades contratuais, as custas de punições severas em face de quem detém o domínio socioeconômico, dentro das relações negociais, ou que obteve suposta vantagem econômica (partes débeis), os problemas sociais estarão desenvolvidos. Engana-se pensar que os caminhos do mercado percorrerão o seu curso de maneira normal, harmônica e sem reflexos, se houver privilégios governamentais, legislativos e interpretativos ao lado fragilizado (PORTO e GAROUPA 2021).

Sob essa perspectiva, a evolução de um estudo contextualizado do comportamento da economia, sob a influência de um ordenamento jurídico interferente, dentro de uma análise econômica do direito, acolhendo uma das partes na relação contratual (em regra as mais frágeis), gera possíveis malefícios à sociedade como um todo e, ainda, produz reflexos e nuances provenientes destas ações estatais (TIMM, 2015).

Necessário estabelecer até que ponto uma escolta legislativa do Estado, que dá azo a sua interferência nas relações contratuais privadas, pode desencadear efeitos ruinosos e reflexivos em seus aderentes, e invariavelmente na economia brasileira e nos seguimentos que a compõe.

A estruturação jurídico-social que viabiliza as interferências estatais, se feita de forma desmedida, e em longo prazo, permite uma série de mazelas, em especial, a população que abarca estes mercados, direta ou indiretamente, proporcionando um efeito rebote a seus beneficiários, e os reflexos sociais de lá advindos. Deve-se, quando da aplicação de uma

estrutura legislativa, analisar a adequação e coerência social que essa estrutura vai provocar, conforme prescreve Ferreira e Antunes (2018, p. 385):

Em suma, as normas jurídicas, em geral, impõem determinados custos e distribuem certos efeitos, sendo que o método da análise econômica do direito não faz mais do que identificar tais custos e efeitos, o que pode e deve ser levado em conta, inclusive para que seja viável verificar a adequação e coerência social do arranjo normativo, permitindo a reflexão bem informada a respeito de qual seria a norma desejável em cada contexto particular

Esses fatores vão desde a sua aplicação, feita de maneira desequilibrada e afastando-se de quaisquer prognósticos mais aprofundados, até a ausência de moderação nos modos de sua aplicação, esta já na contenda de conflitos que chegam ao judiciário.

2.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O protecionismo governamental evidenciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deu ensejo e uma estrutura legislativa autorizadora da criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ancorado em um texto constitucional de tutela à dignidade da pessoa humana, suas aspirações visavam a um cenário econômico equilibrado e eram uma forma de guarida legal à celeridade das contratações, à segurança e à estabilidade destas relações, conforme explica Teodoro Júnior (2021 p. 25):

Já de longa data se estabeleceu que, no Estado Democrático de Direito, o “núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”. Disso decorre a proeminência reconhecida à dignidade da pessoa humana no plano dos direitos e garantias fundamentais, espelhada no amplo consenso de ser ela a ideia fundadora dos direitos do homem. Fala-se, a partir dessa constatação, na existência de “princípios constitucionais especiais”, em cujo seio a dignidade da pessoa humana ocuparia a posição de “princípio fundamental geral”, a que caberia, entre outras, a função estrutural de realizar a proporcionalidade entre todos os princípios presentes na ordem constitucional.

O autor ainda esclarece a nova tendência Constitucional, voltada à tutela do ser humano:

Segundo esse importantíssimo critério hermenêutico, o intérprete e aplicador da Constituição haveria de atender à necessidade lógica, além de política, de compatibilizar todos os princípios constitucionais em suas inevitáveis “colisões” no plano de atuação in concreto”. Nessa opção, presta-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, a viabilizar a superação dos

conflitos principiológicos, atuando como critério indicador da prevalência de um princípio fundamental em eventual disputa com outros princípios também fundamentais. Ou seja, prevalecerá, no caso concreto, o princípio que mais se avizinha do inafastável princípio da dignidade humana (TEODORO JÚNIOR, 2021, p. 25).

A convicção do legislador, no período que anteviu a criação do CDC, repousava na ideia de mitigação da superioridade socioeconômica das contratadas (fornecedor, produtor, comerciante) e nas relações mercantis lá ocorridas, seus desacertos e enlances ocorridos, almejando sempre ao bem-estar do ser humano e ao seu cuidado, nas lições do ilustre professor mineiro.

Vale lembrar que a legislação consumerista fora a primeira codificação brasileira específica para proteção ao consumidor de bens e de serviços, a esse chamou de hipossuficiente, assim, seu conteúdo, além de proteção ao consumidor, tinha o intento de estabelecer a ordem pública e econômica, fruto das irradiações provenientes da defesa à parte mais frágil, reestabelecendo eventuais distopias de lá derivadas. Nas palavras de Ferreira e Amaral (2015, p. 382-383):

Neste seguimento, compete ao Estado tomar por base a contribuição da Ordem Pública de Direção, repita-se, destinada a organizar a economia nacional pública, protegendo para que os contratos privados não venham causar prejuízos, nesta esfera. Deve, igualmente, invocar os preceitos da Ordem Pública de Proteção para proteger a parte economicamente mais fraca no contrato, sendo o Código de Defesa do Consumidor pioneiro na tutela do hipossuficiente.

Argumentam Ferreira e Amaral que a nova ótica consumerista, a fim de atender a nova Ordem Constitucional Econômica e a seus fins:

As Ordens de Direção e de Proteção são fundidas, em certa medida, na Ordem Econômica, reunindo, desta forma, as proteções à economia pública e ao contratante débil, a assegurar constitucionalmente, a um só tempo, economia e contratantes.

A proteção ao mercado se faz em relação ao mercado financeiro, mercado de trabalho e produção e mercado de consumo, visando equilibrar esta equação mercadológica indispensável ao desenvolvimento e estabilidade econômica da nação (FERREIRA, AMARAL, 2015, p. 382-383).

Com um anteparo jurídico necessário ao resguardo do hipossuficiente, além de normas que autorizam o poder Estatal a fiscalizar e a julgar casos de abusos ocorridos nos pactos negociais, envolvendo consumidores finais, fica nítido que a vontade das partes foi severamente

mitigada, pois se criou um arcabouço legislativo de controle dessas relações, evitando os possíveis abusos ocorridos entre os usuários de bens consumíveis (SILVA NETO, 2013).

Referida lei consumerista, como compreendido, adveio da massificação ocorrida nas relações mercantis, fruto de uma liberdade de contratação que, com o passar do tempo, ocasionou determinados desajustes entre os integrantes contratuais, gerando desequilíbrio e revelando certo grau de superioridade socioeconômica do fornecedor, face à debilidade do consumidor diante da situação.

Teodoro Júnior (2021, p. 3) traz algumas justificativas para criação deste novo diploma legal:

A criação do Direito do Consumidor como uma disciplina autônoma tornou-se necessária, em razão da evidente superioridade do fornecedor frente ao consumidor em suas relações contratuais. Se é certo que a sociedade de consumo trouxe benefícios, “em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar”, na medida em que “agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e, por isso mesmo, ‘dita as regras’”.

Humberto Teodoro Júnior complementa, alegando que o mercado não consegue se ajustar naturalmente, carecendo sempre de um arcabouço legislativo para sanar seus desequilíbrios:

Tendo em vista que o mercado não consegue, por si mesmo, superar esse desequilíbrio, tornou-se imprescindível a intervenção estatal, consubstanciada na edição de um Código de Defesa do Consumidor. Assim, a legislação deve abarcar todas as facetas do mercado, a fim de se lograr uma proteção integral, de modo que regule “todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing” (TEODORO JÚNIOR, 2021, p. 4).

O saneamento dessas discrepâncias era a missão do CDC, o que vem influenciar a vontade das partes envolvidas, atenuando-a e a relativizando. Tudo em face das novas exigências da organização econômica a que se propôs, alicerçando os pactos naquilo que transparece, e não naquilo que se derivou somente da psiquê das partes.

As fórmulas trazidas pelo ordenamento jurídico conspiraram para tal entendimento. Em boa parte deste contexto, verificou-se, com o passar dos anos, que este mercado e suas

pactuações sobrepujaram a ideia subjetiva das construções contratuais, em detrimento da vontade neles impostas.

Muito disso, fruto da *standartização* dos vínculos negociais. Essa objetivação dos contratos de consumo deve-se, em parte, ao desejo incontrolável de compra, que atinge boa parte da população, não só brasileira, como mundial. O consumismo elevado fez sobrevir uma pactuação pré-formatada com um único intuito, o de saciar o ímpeto consumista de seus aderentes, desviando-se de um debate mais aprofundado sobre o conteúdo lá existente (ROPPO, 2009).

Em interessante estudo, Merlon e Ceribeli (2014, p. 13), utilizando os parâmetros de análise de consumidores fornecidos por Ernest Dichter, apresentam um quadro que explica o fascínio consumista dos seus aderentes, justificando as medidas interventivas:

Quadro 01 – Motivos para o consumo

Motivos para consumo	Descrição	Exemplo de situação de consumo associada ao motivo descrito
Tentativa de dominar	Tentativa dos indivíduos de controlar o ambiente no qual estão inseridos	Decisão de adquirir eletrodoméstico sofisticados
<i>Status</i>	Busca dos indivíduos por destaque social; necessidade de se sentir superior	Compra de um carro luxuoso ou de joias caras
Recompensa particular	Os indivíduos, em alguns momentos, consomem como forma de gratificação pessoal.	Indivíduo que compra doces ou que compra roupas com frequência.
Afirmação do eu	Necessidade dos indivíduos de reforçarem sua identidade; reafirmação da individualidade	Compra de produtos exóticos; indivíduo que faz uma tatuagem.
Aceitação social	Necessidade dos indivíduos de se sentirem aceitos por outros membros da sociedade.	Indivíduo que vai a uma boate; escolha de uma marca tradicional
Afeto	Os indivíduos podem visualizar no consumo uma maneira de sustentar suas relações afetivas.	Compra de um brinquedo ou de uma joia para presentear alguém.
Segurança	Necessidade dos indivíduos de se sentirem seguros física e psicologicamente	Indivíduo que adquire uma apólice de seguro de vida ou de carro.
Masculinidade	O consumo pode ser motivado pela reafirmação da masculinidade, imponência e força.	Compra de uma caixa de ferramentas robusta.
Feminilidade	O consumo pode ser motivado pela reafirmação da feminilidade, ternura e atenção ao detalhe.	Indivíduo que está decorando sua casa e compra enfeites sofisticados.
Sexualidade	Em determinadas situações, o consumo pode ter uma significação sexual ou erótica.	Compra de lingerie, biquínis e roupas mais provocantes (com decotes).

Conexão com o mundo	Tentativa dos indivíduos de compreender o mundo e evitar a alienação pessoal.	Decisão de comprar um livro, revista ou jornal.
Moralidade	Algumas decisões de consumo podem ser motivadas pela reafirmação de valores morais.	Indivíduo que adquire livros religiosos ou roupas sem nenhum decote.
Misticismo	O consumo pode ser motivado por crenças baseadas em magia, mistérios e religião.	Compra de cristais com poder de cura e incensos.

Fonte: (MERLO, Edgar. CERIBELLI, Harrison B. *Comportamento do Consumidor* 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014).

O quadro acima demonstra a maneira com que o mercado impõe um certo fascínio e dissemina uma cultura consumista, que evoluiu face aos atuais meios de comunicação. Estes fatores, agregados às facilidades de aquisição de bens consumíveis, gerou um crescimento substancial em contratações neste sentido.

O complexo de métodos atrativos que o mercado incorpora aos seus produtos gera uma massificação de interessados e inflama o mercado de consumo, tornando a sua prática diária e contumaz.

O estudo dos mecanismos cerebrais e seus impulsos para consumo estabelece uma visão importante deste relacionamento e fundamental para esta dissertação. Demonstra que o estímulo na obtenção de um bem de consumo (e sua fruição) se sobressai sobre uma análise mais detalhada por parte do consumidor, em especial, aos fatores contratuais que enlaçam os seus envolventes (MERLON E CERIBELI, 2014).

Não há dúvidas de que as falhas de mercado viriam e os reflexos negativos destes tratados fossem ocorrer. O CDC veio trazer dispositivos normativos contundentes que pudessem antever tal situação, buscando reprimir os abusos praticados em toda esta cadeia mercadológica. A ideia normativa era cercar-se de dispositivos legais, minimamente necessários para o bom andamento das relações de consumo, protegendo não só o consumidor, mas o meio econômico em que está incluso.

Esta ordem jurídica fora criada em meio à agilidade com que os negócios jurídicos, que envolviam consumidores, ocorriam. A evolução dos tratos sociais e a forma com que a mercantilização se desenvolvia tornaram esse perfil de comercialização pulverizado, fundado na praticidade de suas pactuações.

A dinamização destas práticas comerciais e a rapidez como estes acordos se perfaziam fizeram que as tratativas que as antecediam, e suas pontuações, cedessem espaço a uma objetivação das tratativas consumeristas. A ponderação nos fechamentos negociais deu espaço à ausência de longos debates a respeito das cláusulas que os estruturavam e os compunham.

Fato é que existem basicamente duas vontades, de um lado a dos fornecedores na entrega do produto, do outro, a avidez dos seus adquirentes, fazendo nascer contratos mecânicos, alguns com cláusulas pré-elaboradas e abusivas, cujo objetivo era satisfazer a vontade material de seus compradores. As discussões se limitavam a dois propósitos, a tradição do produto e ao seu pagamento (FILOMENO, 2018).

Nas palavras de Roppo (2009, p. 302), “houve uma despersonalização das relações contratuais (restrita a uma adesão mecânica)”, a parte da pontual explanação do autor é transposta:

Um fenômeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constituí-las é patenteado pela praxe de *contratação standartizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino etc. (ROPPO, 2009, p. 302).

Conclui, destacando que o novo perfil contratual trouxe um comportamento dito socialmente tipitizado:

– resume-se, no máximo, a um simples acto de *adesão* mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de <declaração de vontade>: também aqui a declaração contratual, se traduz num *comportamento socialmente tipitizado*. No fenômeno dos contratos standart, há, pois, um outro aspecto saliente, que consiste no abuso do poder econômico que a parte <forte> (predisponente) exerce em prejuízo das <débeis>, a si contrapostas no mercado (<aderentes>): [...] (ROPPO, 2009, p. 302-303).

Frente à agilidade com que os atos negociais se perfazem, houve natural indução à análise objetiva destas relações, distanciando-se das declarações de vontade e suas nuances. A *standartização* contratual é umbilicalmente ligada a um suposto abuso do poder econômico e a um desequilíbrio de uma das partes, detectados principalmente em contratos previamente dispostos, os quais, para uma das partes, a única atitude é a sua firma e não a discussão de suas cláusulas.

Filomeno clarifica este pensamento, ao evidenciar a expansão das vendas comerciais e do crescimento exponencial dos contratos de adesão, justificando a interposição do Estado, face à unilateralidade pela qual estas pactuações ocorrem:

Sabendo-se que hoje em dia, dada a massificação da produção e, conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão-somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca (FILOMENO, 2018, p. 14).

E aprofunda seu pensamento, ensinando que esta fragilidade de uma das partes, se destaca em uma fase pós contrato, pelo surgimento de produtos viciados ou com defeitos:

E por último essa vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos (FILOMENO, 2018, p. 14).

Uma das razões pela qual o intervencionismo governamental ganhou espaço, ao ponto de interferir nas declarações de vontade, deve-se ao fato da rapidez que as relações comerciais evoluíram. A agilidade das negociações, sem as devidas ponderações e pontuações, ocasionou referida tutela estatal, sempre visando ilidir os prejuízos que tais negociações provocam na sociedade. Filomeno igualmente explica este fenômeno:

A atual concepção eleva o papel da lei e minimiza a importância da vontade. A vontade, embora mantida em sua essencialidade na formação dos negócios jurídicos, tem diminuída sua força, gerando uma relativização da concepção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo contratual. Transitamos de uma visão clássica, liberal e individualista do Direito Civil para uma visão social e garantidora do equilíbrio contratual, oriunda de um novo Estado Social, que passa a intervir nas relações obrigacionais. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor inova o espírito do direito das obrigações no concernente à máxima *pacta sunt servanda* (FILOMENO, 2018, p. 19).

Quando se fala em relações consumeristas, há uma maior incidência da intervenção governamental, seja pelo maior número de negociações realizadas, seja pelos autores que as compõem e das classes sociais que a usufruem. As probabilidades de abusos cometidos nestas práticas mercantis geram uma maior cautela do Estado, que fornece instrumentos para sanar as possíveis discrepâncias derivadas deste mercado:

A referida Lei vem reduzir o alcance do princípio da autonomia da vontade, quer proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, quer impondo normas imperativas que assegurem a proteção do consumidor e gerem equilíbrio contratual. Muitas vezes, o contrato, embora formalmente perfeito, já manifestada a vontade dos contratantes, mostra resultado contratual

inequitativo. Nestas hipóteses, as normas que proíbem a abusividade – de ordem pública – mostram-se inafastáveis pela força da vontade das partes, fazendo-se necessária a revisão contratual (FILOMENO, 2018, p. 19).

As transações comerciais, diárias e intermitentes direcionaram o poder público a desenvolver métodos elisivos a ultrajes cometidos neste setor, sobrepujando a vontade das partes, monitorando o conteúdo destas práticas e justificando a necessidade desta intervenção:

Na medida em que, com o advento do Código do Consumidor, passamos a aceitar a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tal como o princípio da equidade contratual, permite-se ao Poder Judiciário o controle do conteúdo dos contratos de consumo, mesmo diante de contratos já formalmente perfeitos. Na visão contratual clássica, esgrimida pelo apelante, efetivamente ao Juiz era permitido somente o controle formal do contrato. Entretanto, na visão atual, com tendências sociais, nova função é atribuída ao julgador, permitindo-lhe o controle efetivo do conteúdo contratual para que seja alcançado o equilíbrio nas obrigações assumidas (FILOMENO, 2018, p. 19).

O direito do consumidor fez relativizar a vontade dos seus envolvidos, abrindo brechas para uma forte influência estatal, calçando legalmente os consumidores de um ordenamento jurídico que fomenta as disputas administrativas e judiciais, pautadas numa garantia equânimes entre as partes.

Sob a motivação de uma justiça social voltada a uma maior equidade entre as partes, sob pena de uma interferência governamental, elevou esta intercessão para casos envolvendo consumidores (como já foi dito, feita por meio de órgãos fiscalizadores e pelo poder judiciário). Teodoro Júnior justifica este intervencionismo:

A criação do Direito do Consumidor como uma disciplina autônoma tornou-se necessária, em razão da evidente superioridade do fornecedor frente ao consumidor em suas relações contratuais. Se é certo que a sociedade de consumo trouxe benefícios, “em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar”, na medida em que “agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e, por isso mesmo, ‘dita as regras’” (TEODORO JÚNIOR, 2021, p. 04).

Teodoro Júnior baliza seu raciocínio, sob a alegação de que o mercado, por si só, não consegue dirimir os desequilíbrios advindos dessas espécies de tratativas.

Tendo em vista que o mercado não consegue, por si mesmo, superar esse desequilíbrio, tornou-se imprescindível a intervenção estatal, consubstanciada na edição de um Código de Defesa do Consumidor. Assim, a legislação deve

abarcando todas as facetas do mercado, a fim de se lograr uma proteção integral, de modo que regule “todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing” (TEODORO JÚNIOR, 2021, p. 04).

Filomeno (2018 p. 14) seguindo o mesmo diapasão, destaca a criação de órgãos especializados na fiscalização de atividades consumeristas, com intuito de tornar mais eficiente a supervisão e a aplicação das normas previstas no CDC, tornando mais acessível a quem dele se socorre:

A ação governamental por iniciativa direta, de que fala a alínea a do inciso II do mesmo art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, trata da constituição de órgãos precípuos de defesa e proteção ao consumidor, como por exemplo os Procons, existentes praticamente em todos os Estados do país, inclusive no plano municipal (FILOMENO, 2014, p. 14).

E destaca a estrutura legislação no combate a seus abusos, que além de conter normas que autorizam a fiscalização estatal, ainda preveem ações voltadas à defesa de toda classe econômica que é atingida pelos abusos de mercado. Filomeno (2014, p. 14):

Sua importância é evidente, no sentido da orientação dos consumidores, sua educação informal e outros serviços disponíveis, além de exercerem, por força do Decreto Federal nº 2.181/97, função fiscalizadora, quanto a eventuais violações de normas de caráter administrativo de defesa do consumidor, bem como legitimação para a propositura de ações coletivas, a teor do disposto no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

O ponto de questionamento e avaliação deste tópico habita no fato de verificar, até onde esses fatores, que permitem intervenções estatais nas relações contratuais, são benéficos à coletividade, se existem contrapontos que merecem ser observados.

Essas interferências feitas de maneira incisiva e abrangente podem desencadear o afastamento das personalidades e das subjetividades inerentes e essenciais dos contratos, tornando um instrumento desprovido de anseio da vontade humana? Torna-os objetivos, mecânicos e distantes da análise da animosidade que até então os circundavam, e eram fontes do seu nascimento? É o que retrata Teodoro Júnior, discorrendo que o distanciamento da análise da vontade de seus envolvidos, nestas relações contratuais, pode gerar externalidades:

É sempre bom lembrar que a exacerbação de tutela dos consumidores, além de contrariar o princípio constitucional da livre-iniciativa, acaba por majorar custos da produção e escassez de certos produtos e serviços, o que, afinal, vem

prejudicar os próprios destinatários das normas protetivas (TEODORO JÚNIOR, 2021, p. 34).

Importante entender que a relativização maciça destes formatos contratuais, as anulações sumárias de várias cláusulas, a condenação a verbas indenizatórias feitas de forma generalizada, sem o devido equilíbrio, e sem prognósticos de suas consequências, geram uma afetação contundente às empresas detentoras do fornecimento de determinado serviço ou produto.

As punições, quando feitas de maneira desequilibrada, enfraquecem seus fornecedores, tornando-os vulneráveis, pois, na sua maioria, não detêm um sustentáculo financeiro condizente com a realidade econômica brasileira, a poder suportar tal encargo financeiro. Isso irá refletir em seus consumidores. O mesmo vale também para a intervenção estatal nos preços dos produtos postos mercado, feito muitas vezes em caráter populista, o que pode gerar, com o passar do tempo, um comportamento negativo do mercado, conforme prenota Silva Neto (2013, p. 71):

O Estado pode agir mediante mecanismos intervencionistas diretos, tais como medidas de controle de preços, racionamentos mandatórios, entre outros. Medidas de controle de preços podem até ter apelo popular (ou melhor, populista), mas certamente são nocivas à economia e ao consumidor no médio e longo prazos. Basta olhar o passado recente do Brasil (Plano Cruzado) e o passado recentíssimo da Argentina (falta de investimento motivado por impossibilidade de reajuste tarifário), em que esse controle de preços levou ao racionamento energético.

Orlando Celso da Silva Neto faz o alerta sobre a nocividade do intervencionismo estatal nos preços do produto, enfatizando a necessidade do mercado seguir o seu fluxo normal:

Mesmo quando os consumidores considerarem que o lucro dos fornecedores é demasiado com a venda de determinado produto, devido a uma anormalidade temporária no mercado, o Estado deve se abster de entrar diretamente no mercado de consumo. O Estado, se necessário, dispõe de métodos mais eficientes e menos intrusivos de coibir o abuso. Deixando o mercado trabalhar, dentro de regras claras e fiscalização adequada, a concorrência empresarial logo reduzirá essas margens de lucro (SILVA NETO, 2013, p. 71-72).

O autor ainda alega que a falha do intervencionismo se repete com o passar dos anos, sendo um sistema protetivo ineficaz, pois se distancia do equilíbrio das relações negociais, devendo ser utilizado em caráter de exceção, e não como uma regra:

Essa forma de intervencionismo direto não deu certo no passado, e nem dará certo no futuro, justificando-se apenas ocasionais intervenções tópicas e de duração limitada, pela simples razão de que sua intervenção distorce a lei do equilíbrio oferta-demanda. Assim, considerando-se o regime de livre iniciativa e livre concorrência assegurado pela Constituição, a ação governamental deve ser realmente exceção.

O governo age muitas vezes como regulador da economia, mas deve se abster de intervir diretamente no mercado de consumo. Dizem Saad, Saad e Castelo Branco, a propósito, que:

[...] história recente apresenta provas da total incapacidade do Estado de dirigir a economia. Por isso, a presença do Estado no mercado de consumo deve exaurir-se nas medidas fiscalizadoras da legislação pertinente, sem interferir na ciranda de preços e nos meios de produção (SILVA NETO, 2013, p. 72).

A abrangência do Código de Defesa do Consumidor, permitindo um intervencionismo estatal sem que houvesse as devidas contenções e dentro de uma melhor análise econômica do direito, desencadeia uma resposta nociva, não só nos preços postos no mercado, mas na qualidade destes produtos. Deve-se isso, como rebote à atuação estatal, ao fato de os fornecedores otimizarem os seus lucros, na tentativa de compensar as percas derivadas da tutela governamental demasiada.

Um empreendimento bem esquadrihado economicamente, com uma análise financeira de seus lucros e perdas, tende a diagnosticar seus prejuízos, com balancetes médios- anuais bem elaborados, e diluir suas perdas por meio do aumento de seus produtos postos no mercado. Se por um lado o consumidor ganha com garantismos trazidos pelo ordenamento jurídico, por outro, inconscientemente ou até mesmo detectando estes aumentos, acaba por arcar com as reações derivadas destas movimentações mercadológicas (SILVA NETO, 2013). Tem-se um cenário, em que o direito foi aplicado e obteve êxito, porém, o reflexo econômico desta atuação estatal não foi positivo como se esperava.

Com esta carga protetiva estatal, empresas de um modo geral, mas principalmente as de pequeno porte sem o devido suporte jurídico-financeiro, tendem a sofrer mais em face de tais ações. Buscam, não raras vezes, desviar-se das leis consumeristas, a fim de garantir a sobrevivência no mercado, praticando atos que vão desde a ilegalidade até procedimentos antiéticos. Ou as fazem desta maneira, ou fadadas estão ao insucesso de seus empreendimentos (FORTE, DOMINGUES e OLIVEIRA 2015).

Forte, Domingues e Oliveira (2015) desenvolveram um estudo sobre a sobrevivência das empresas do mercado, com enfoque a pequenas e microempresas, diagnosticando os fatores que contribuem para derrocada da empresa no mercado, e são alvos de descumprimento para sua sobrevivência. O CDC é o principal alvo deste desrespeito, que leva o micro e o pequeno

empresário a burlá-lo, como forma de se manter vivo no mercado. Em alguns momentos, suscitam a forma cultural e costumeira, pela qual esta prática está impregnada na sociedade.

Em um estudo sobre o tema, Forte, Domingues e Oliveira (2015 p. 100), utilizando parâmetros e materiais obtidos com a pesquisa, desenvolveram quadro, enumerando as principais normatizações que são descumpridas pelo Micro e Pequeno Empresário, sob a justificativa de manutenção em um mercado tão competitivo e com uma legislação intervencionista atuante. E o que surpreende é que, dos 15 (quinze) itens relacionados, 11 (onze) desrespeitam o CDC.

Quadro n. 02 – Fundamentação legal de Práticas Ilícitas ou antiéticas utilizadas

PRÁTICAS	FUNDAMENTAÇÃO
Cobrar a Taxa de Abertura de Crédito	O ato fere o CDC, no art. 39, inciso V e X, quando este aborda práticas abusivas.
Colocar produtos danificados na promoção sem informar ao cliente	Ainda com relação à Consolidação das Leis Trabalhistas, este ato fere o art. 143, parágrafo único, pois o empregador só pode comprar no máximo 1/3 do período de férias.
Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo	Isto é uma infração que é respalda conforme o art. 50, parágrafo único e o art. 74 do CDC, onde o empresário é obrigado a entregar o termo de garantia com as devidas especificações tendo pena de detenção ou multa.
Entregar um produto similar ou substituto em vez do originalmente comprado	Isto constitui ato de infração de práticas comerciais da oferta e da publicidade, os artigos 30, 31, 37, § 1º, do CDC.
Fazer uma venda casada	Constitui uma infração contra a ordem econômica ferindo o art. 39, inciso I do CDC e crime contra a economia e as relações de consumo, ferindo o art. 5º, inciso II da lei 8.137/90.
Manter caixa 2	Este crime também constitui contra a ordem tributária, respaldada no art. 1º, incisos I, II e V e no art. 2º, inciso I da lei 8.137/90.
Não assinar a carteira de trabalho do empregado	Fere a Consolidação das Leis Trabalhistas (decreto lei 5.452 de 1943) nos artigos 13 e 29, § 3.
Não Devolver o dinheiro quando ocorre erro no produto	O ato fere o CDC quando este se refere à responsabilidade por vício do produto e do serviço por parte do fornecedor, é respaldado no art. 18, § 1º, inciso II do CDC.
Não emitir todas as notas fiscais de venda	Constitui crime contra a ordem tributária, pode ser conferida no art. 1º, incisos II e V da lei 8.137/90. Também o art. 127, incisos I, II e III do Decreto 24.569 do Regulamento do ICMS do Estado do Ceará (RICMS) relata a ação descrita.
Não informar corretamente as taxas de juros incluindo todos os custos de crédito	A ação fere o CDC, em suas cláusulas abusivas, no art. 52, incisos I, II, III, IV e V.
Nas promoções não informar os juros de mora e a taxa efetiva anual de juros	Constitui uma infração contida nas cláusulas abusivas do CDC, mas precisamente no art. 52, inciso II.
Prometer entregar uma mercadoria num prazo menor mesmo sabendo que não será cumprido	Ato que fere, além dos artigos 30, 31, 37, § 1º, do CDC, o art. 35, inciso I.
Negar-se a trocar uma mercadoria dentro dos prazos previstos no Código do Consumidor	Fere o art. 18, nos parágrafos § 1º, I, § 2º, §3º e § 4º do CDC, onde o fornecedor tem a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Fonte: Borini e Grisi (2009) e Saraiva-Lôbo e Pinheiro (2013).

Torna-se evidente que intervenções estatais, autorizadas pelo Código de Defesa do Consumidor, induzem fornecedores de bens ou de serviços a infringirem as previsões legislativas lá contidas. E parte deste processo deve-se às dificuldades que os provisos têm em cumprir de maneira correta os regramentos impostos pelo Direito Consumerista, sob pena de sua preservação ficar comprometida, e sua manutenção no mercado ficar comprometida.

Cumpra observar mais uma vez que este perfil societário de empresa não detém um razoável esteio econômico e está desamparado de uma assessoria jurídica preventiva ou de combate as intervenções. E, se cumpridas todas as exigências legais previstas do CDC, pode culminar na ruína de várias delas, gerando, conseqüentemente, além de prejuízos aos próprios consumidores, uma massa de desempregados, entregues à sociedade, sem o devido protecionismo estatal (este mesmo que aparentemente lhe rendeu benesses).

Entende-se que a legislação consumerista nacional lançou mão de uma infinidade de preceitos legais, feitas de forma genérica, sem levar em conta o caráter privativo das relações negociais, e suas reações mercantis em longo prazo na sociedade. Dentro de uma filosofia imediatista e satisfativa de quem nela se amparava, o Legislador assim o fez, e logo cedo ganhou seus adeptos (medidas populistas), e estes assim o fizeram, desmesuradamente, e por vezes inconsequente, com um fator arrebatador, utilizando-se da máquina estatal para isto (TIMM, 2015).

Exemplificando outra externalidade negativa, afora as ocorrências destacadas no quadro acima, produzida neste contexto, foi a inclusão obrigatória de dispositivos de segurança em veículos. É benéfico ao consumidor, mas encarece o produto posto no mercado, limitando o acesso de seus pretendentes, tornando inacessível a uma considerável fatia do mercado (TIMM, 2012).

Os aspectos aqui colacionados, aprofundando a hermenêutica do estudo, e seus efeitos, guiam-se para um afastamento substancial do subjetivismo contido nas relações contratuais. Não que este deveria manter-se intocável diante do cenário até em tão vivido, mas sua relativização deveria ter sido feita com mais temperança, de forma paulatina, facilitando a adaptação este novo mercado. Necessário o era, mas os excessos conseqüentemente vieram, e por conseguinte os efeitos, acima dispostos, emergiram.

A despeito disto, o professor Timm magistralmente pontua sobre as externalidades negativas desta proteção:

De acordo com o modelo de Direito e Economia do Direito Contratual, a proteção dos interesses sociais nem sempre é entendida como interferência em

favor da parte mais fraca nos casos em que haja desnível de poder de barganha entre os contratantes. Pelo contrário, exemplos recentes demonstram que a interferência estatal no espaço privado do contrato tem o condão de favorecer os interesses da parte mais fraca no litígio e prejudicar os interesses coletivos, ao desarranjar o espaço público do mercado, que é estruturado sobre as expectativas dos agentes econômicos (TIMM, 2012, p. 3738).

E lastreia o seu pensamento, explicando que os benefícios da redistribuição dos contratos reservam-se às partes envolvidas no litígio, sem benefício nenhum àqueles que estão fora da demanda. Pelo contrário, sofrem com reflexos que estas ações judiciais provocam no mercado:

Outrossim, o benefício da redistribuição via contrato é todo destinado à parte protegida no litígio sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais. Ademais, não se pode olvidar que há sempre a possibilidade da ocorrência de repasse dos crescentes custos e da retirada de operações do mercado trazida por esta política pública para os consumidores como um todo (TIMM, 2012 p. 3738).

Timm pontua que as intromissões estatais em contratos privados provocam insegurança em todo mercado, pois os custos destas transações são repassados ao mercado consumidor pertencente aquele ramo de atividade, o que é deveras prejudicial as partes que buscam determinado produto:

Nesse sentido, a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos. Além disso, a excessiva intervenção judicial pode originar externalidades negativas (*i.e.*, efeitos a serem suportados por terceiros), porquanto o risco de perda ou a perda efetiva do litígio pela parte *mais forte* tende a *respingar* ou a ser repassado à coletividade, que acaba pagando pelo mais fraco judicialmente protegido (como ocorre paradigmaticamente com as taxas de juros bancários, com os contratos de seguro e como aconteceu em casos de contratos de financiamento de soja no Estado de Goiás), sem, entretanto, receber o benefício compensatório de maior bem-estar (TIMM, 2012 p. 3738-3799).

Com isso, um sistema individualista de contratos fica afastado diante de sua nova roupagem, que propõe a dissipação de seu objeto a um número cada vez maior de membros, levando ao distanciamento daquilo que propõe os seus envolventes, refletindo, não rara e negativamente, na desenvoltura do mercado, assim como no crescimento da economia a ela atrelada.

Isto explica, em ponto aqui estudado, o porquê de muitos fornecedores burlarem a legislação consumerista, sob a argumentação de terem mais chances de sobrevivência no mercado, o que futuramente, ou por uma linha transversa, afetara seus adquirentes.

Não se pode olvidar da necessidade deste intervencionismo, da sua essencialidade como método eficaz de regulação da economia, aplicação efetiva do Direito Econômico e suas nuances; porém, deve-se fazê-lo de forma comedida, sob pena de haver reflexos severos em determinados setores econômicos, conforme demonstrado.

O equilíbrio entre a aplicação da letra da lei, sob o impulso de proteção ao consumidor, merece ser melhor analisado, traçando prognósticos de suas irradiações na economia. O inter-relacionamento entre direito e economia mais uma vez deve ser aplicado, como forma de contenção aos reflexos sociais mais severos. Afastar-se dessa equação é fadar-se aos desajustes mercadológicos provocados pela incisiva utilização da legislação em discussão.

2.2 LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sancionada em 30 de novembro de 2011, com sua entrada em vigor em 29 de maio de 2012, a Lei nº 12.529, Lei de Defesa da Concorrência, criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também conhecido como Lei *Antitruste*.

Vigorando em substituição a sua antecessora, a Lei nº 8.884/1994, a nova Lei (com algumas similitudes a antecessora) dispõe em seu conteúdo sobre a prevenção e o combate à concorrência desleal e as opressões econômicas dela derivadas, criando um conjunto normativo de contenção das abusividades do mercado.

Esse plexo jurídico inibe o crescimento de determinadas empresas em detrimento a outras, blindando seus consumidores, para que não se tornem reféns economicamente de determinados monopólios ou oligopólios, originários de possíveis liberdades concorrenciais ilimitadas, e em infração à ordem econômica nacional (SALOMÃO FILHO, 2021).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, basicamente, fundamenta-se e encontra a devida guarida legal, é o que dispõe o seu artigo 36 e incisos, que por seu conteúdo faz jus à sua menção:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Em seus parágrafos, traça as diretrizes de contenção ao comércio desleal, evitando domínios mercadológicos que venham prejudicar a ordem econômica:

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Conforme dispositivo legal acima transcrito, a legislação em estudo, por meio de ações na esfera administrativa (como o Conselho Administrativo da Defesa da Econômica – CADE) ou judicial (advindas de Ações Civis Públicas movidas pela Ministério Público), visa reprimir, por meio de um intervencionismo governamental contundente, qualquer ato praticado por empreendimento econômico (não descartando de serem denunciadas pessoas físicas – destacando a maioria dos casos) que visem qualquer atitude anticoncorrencial, e de opressão mercantil (SALOMÃO FILHO, 2021).

Seu anteparo jurídico visa não só à defesa dos consumidores, que usufruem de produtos do setor afetado pelas práticas nocivas de mercado, mas também às empresas concorrentes, tangidas pelas infrações econômicas exercitadas por estas corporações.

Como ocorreu com o surgimento do CDC, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) criou órgãos administrativos de coibição às práticas anticoncorrenciais, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), órgãos consultivos e de julgamento, prevenindo e reprimindo infrações de ordem econômica, adversas a um mercado econômico salutar e maléficas a construções econômicas organizadas (FRAZÃO, 2017).

Amparada e autorizada sob a égide de normas constitucionais predispostas, a LDC, conforme observado, direciona-se como uma barreira de moderação a qualquer abuso do poder econômico, que possa irradiar a toda uma coletividade. A sua feitura direciona-se a reprimir qualquer ação ameaçadora ao mercado, independente do resultado efetivo de ações anticoncorrenciais. Gabam e Domingues (2016, p. 61) ajudam a entender esta conjuntura:

Dessa forma, é retratada e desenvolvida a regra em comento pela Lei de Defesa da Concorrência, a qual estabelece sanção para a prática de abuso do poder econômico não apenas em virtude da intenção do agente, mas, sobretudo, em atenção aos efeitos nocivos, em estado potencial ou concreto, advindos da prática.

Os referidos autores enfatizam a existência de hipóteses que podem gerar a devida repressão ao abuso do poder econômico:

Em conformidade com a Constituição, a Lei n. 12.529/2011 fixa hipóteses de incidência normativa decodificando e tornando aplicável a regra da repressão ao abuso do poder econômico de forma dual, isto é, apontando como abuso comportamentos passíveis de subsunção às hipóteses do controle de estruturas (arts. 88 e ss.), bem como comportamentos passíveis de subsunção às hipóteses do controle de condutas (art. 36, e incisos, combinado com art. 36, § 3o e incisos) (GABAM, DOMINGUES, 2016, p. 61).

Medeiros, Marassati, Gomes e Dias (2018) convergem este pensamento elucidando a função da LDC e traçando suas diretrizes, como é o caso da concentração de setores econômicos, que maculam a livre concorrência e mercado de consumo:

Assim definimos que a denominação Antitruste e suas derivadas leis, foram criadas para punir a práticas anticompetitivas de empresas que usam o poder de mercado para restringir a produção e aumentar os preços, desestimulando assim que outras pessoas jurídicas entre no mercado, ou então eliminando concorrência. Seu objetivo principal é evitar e combater os monopólios prejudiciais à livre concorrência e as relações consumeristas (MEDEIROS, MARASSATI, DIAS, 2018).

O intervencionismo estatal, previsto na LDC, fica patente, e o objetivo do poder público federal é se apresentar como contentor de qualquer abuso econômico praticado por determinadas empresas, que visam ao domínio de mercado, gerando irradiações negativas na economia e, como resultado, constringir a população participante deste processo, sob o julgo da lucratividade desmedida. A lei em comento, sob uma égide do princípio-constitucionalista, almeja evitar essas oscilações e seus aprisionamentos mercantes. É o que prenota Anders, Pagotto e Bagnotti (2012, p. 3):

Do ponto de vista de sua finalidade e dos bens jurídicos por ela tutelados, a lei antitruste possui um viés triplo: (i) de prevenção, a partir do controle de estruturas de mercado e da análise de atos de concentração econômica; (ii) de repressão, a partir da fiscalização e imposição de penalidades sobre condutas anticoncorrenciais; e (iii) de educação, através da disseminação da cultura de defesa da concorrência à sociedade em geral.

E denotam a sua importância no contexto econômico brasileiro):

Por fim, faz-se necessário atentar para a importância de se contextualizar este dispositivo e – em última análise a própria Lei – à luz dos princípios constitucionais a que se faz referência.

Os princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, estão todos expressamente inseridos, ao lado de diversos outros, no título da ordem econômica da Constituição Federal¹. Esse, portanto, é o fundamento constitucional desta Lei (ANDERS, PAGOTTO, BAGNOTTI 2012, p. 3).

Os artigos da lei, além de reprimirem a prática anticoncorrencial, conferem elementos autorizadores a criação e manutenção de órgãos fiscalizadores e de julgamento, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial, tornando eficiente o aspecto invasivo do Estado nas relações comerciais-privadas que aspiram este exercício. Dentre esses órgãos, pode-se citar o CADE, SDE e o SEAE. Anders, Pagotto e Bagnotti (2012, p. 2) aclaram suas funções:

Quando da promulgação da Lei 8.884/1994, tinha-se muito presente a figura central do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e imaginava-se que este seria o protagonista principal na sua aplicação. A própria introdução da Lei 8.884/1994 já antecipava o tom de relevância atribuído ao CADE naquele momento: “Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

E exaltam a relevância no Ministério da Fazenda e o Ministério da Justiça, que conjuntamente funcionalizam o respectivo processo:

No entanto, com o passar dos anos, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) desempenhavam papel igualmente relevante na aplicação da legislação de defesa da concorrência (ANDERS, PAGOTTO, BAGNOTTI 2012, p. 2).

Entretanto, mesmo com traços positivos contidos na Lei de Defesa da Concorrência, e sendo apresentado como uma forma de redução das opressões econômicas a que estão sujeitos seus usufruidores e afins, aquela ainda possui suas externalidades negativas a quem acessa os respectivos bens de consumo.

Estes fatores foram amplamente estudados pelas escolas americanas de economia, depois de profundas pesquisas, vários de seus analistas puderam concluir que as legislações anticoncorrenciais não foram criadas para proteger a população, mas sim para dar anteparo

jurídicos às empresas concorrentes, estas temerosas com aumentos de produção e baixa de preços por parte de empreendimentos dominantes. É esta a leitura feita por Ramos (2014):

Foi esse tipo de **efeito negativo** sobre os consumidores provocado pelos “monopólios” **que preocupou os criadores do Sherman Act** e todas as leis antitruste que o copiaram? **Claro que não!** Obviamente, não eram os consumidores que estavam preocupados com essa postura das empresas “monopolistas” de **aumentar a produção e baixar os preços**. Quem estava preocupado com isso eram os **concorrentes dessas empresas**, e foram eles que passaram a pressionar os políticos a aprovarem uma lei antitruste.

Explica-se este ponto central de discussão. Esclarece-se que a aplicação desproporcional da Lei Antitruste pode vedar a ascensão e o desenvolvimento de uma empresa, que traga a seus consumidores um produto pelo melhor preço, melhor qualidade, pelo fato de abarcar uma considerável fatia do mercado, a começar pela demora nos julgamentos postos sob a égide do CADE, como é narrado por Leal Júnior e Kempfer (2016, 214):

Em termos concretos, no que concerne a processo instaurado para averiguar ofensa à concorrência (processo administrativo econômico sancionador), eventual demora na decisão do CADE faz gerar prejuízos econômicos e sociais de grande vulto: se há de fato abuso, até que se chegue à decisão, permanecerá ele sendo perpetrado, gerando lesões ao mercado, aos consumidores e a outras empresas; constatada a inexistência, a demora só terá ocasionado delonga na insegurança e no temor da empresa injustamente acusada, com possíveis repercussões no mercado de consumo e no valor de suas ações.

Os mesmos autores trazem um exemplo prático dessa morosidade:

Especialmente na hipótese de real infração da ordem econômica, a demora no julgamento e aplicação de sanções pelo CADE pode ocasionar repercussões sociais e econômicas de proporções devastadoras. Neste sentido, pode-se citar os corriqueiros casos, por todo o território brasileiro, de cartel realizado por postos de combustíveis, em que, pela demora na apuração pelo CADE, as poucas atuações repressivas surgem em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público ou entidades de proteção ao consumidor, o que, contudo, também esbarra na conhecida morosidade processual – do Poder Judiciário, no caso (LEAL JUNIOR, KEMPFER 2016, 214).

Ainda, o desconhecimento por parte da população de seus órgãos julgadores é o que detectou a tese trazida por Leal (2017, p. 317):

Pela análise, constata-se baixa expressividade de processos administrativos por prática de condutas na Região Nordeste e incidência significativamente superior de processos da natureza, na Região Sudeste. Não houve ações judiciais relativas a defesa da concorrência nos Tribunais da Região Nordeste

enquanto que foram encontradas poucas ações judiciais nos Tribunais da Região Sudeste. Pelos questionários infere-se principalmente um grande desconhecimento tanto da sociedade em geral quanto dos servidores dos PROCONs sobre o SBDC e sua atuação, além de que os servidores do CADE se mostram majoritariamente contrários a qualquer alteração no modelo de trabalho atualmente desempenhado, tendo sido feita, na maioria, análise positiva por esses servidores do trabalho desempenhado pelo órgão.

Além da morosidade e desconhecimento por boa parte da população, existe algo de injusto em um intervencionismo, autorizado por lei, que reprime esta prática, fadando a população à oferta de produtos em um mercado concorrencial. E o que não falta são exemplos. Medeiros, Marassati, Gomes e Dias (2018) exemplificam o caso da *Google*:

Como uma empresa revolucionária como a Google, que em favor das pessoas e do mercado, criou e cria até hoje produtos digitais e físico com excelência, além das suas prestações de serviços inovadoras, pode ser acusada de práticas anticoncorrenciais dessa maneira?

Simples. Os concorrentes usam da lei antitruste e dos órgãos fiscalizadores para destruir e desmoralizar a conduta criativa e eficiente da empresa, para fazer aquilo quem não tiveram capacidade intelectual e mercadológica para realizar, disputar mercado. Ao contrário de beneficiar o consumidor e a competitividade do mercado, na realidade acaba por prejudicá-los.

A LDC não contém, em grande parte, elementos diferenciadores de concentração de mercado e monopólio, o primeiro é a ascendência salutar no mercado, de determinado empreendimento, brindando a população com produtos de qualidade a preços acessíveis.

Já a segunda é essencialmente maculada com processos de fusões e incorporações que emergem com o intuito de dominar o mercado e praticar preços exploratórios. Essas, sim, merecem total e irrestrita repreensão e punição do poder público.

Estes empreendimentos, desde o seu nascimento, desejam dominar o mercado às custas da exploração de seus consumidores (e aqui surge a positividade do intervencionismo estatal em contratos privados, e suas respostas à coletividade, assim como os aspectos salutareis desta ordem legal). Medeiros, Marassati, Gomes e Dias (2018) evidenciam estas conclusões:

Resta claro que para uma economia ganhar espaço e ser predominante em sua área de mercado, sua eficiência e preço baixo tem que estar muito alinhada, ou seja, qualidade alta e custo baixo, pois se o preço for aquém e sua qualidade medíocre, pode ser a única em sua esfera que mesmo assim não irá sobreviver por muito tempo. Ela irá sucumbir devido sua ineficiência e baixo rendimento.

E elucidam que os monopólios não são os fatores de eventos danosos o mercado, mas sim a severidade do intervencionismo estatal:

É cediço que, este “monopólio ou monopólios” que são demonizados, não são o causador de danos ao mercado. O alto nível de intervenção estatal sim, ele devasta a economia. Isso porque quando uma empresa encontra uma forma viável, lícita, eficiente e com o baixo custo na venda de produtos ou fornecimento de serviços, o CADE, através de denúncia de seu concorrente, decide inibir e penalizar. Em outras palavras, frear aquele agente econômico (MEDEIROS, MARASSATI, GOMES, DIAS, 2018).

E por fim concluem, abordando os danos causados ao mercado e as irradiações em seus consumidores finais:

Com isso, temos o dano ao mercado e conseqüentemente ao consumidor final. A intervenção tem que existir, mas não dessa forma tão exorbitante que acaba matando a livre concorrência e conseqüentemente impedindo o mercado de crescer (MEDEIROS, MARASSATI, GOMES, DIAS, 2018).

Essa problemática, derivada das falhas previstas na LDC, funde-se aos aspectos políticos que revestem a respectiva lei, que atinge o mercado interno, tornando, quem usufrui desses serviços e produtos, no caso os consumidores, os mais lesados. Ramos (2015 p. 184) evidencia estes fatores, que acabam por macular a lei posta em exame:

Enfim, todos os argumentos em favor do protecionismo são absolutamente sem sentido. Do ponto de vista do consumidor, por exemplo, é bastante claro que o protecionismo só traz prejuízos, porque o impede de ter acesso a bens e serviços melhores e mais baratos ofertados pelas empresas estrangeiras, obrigando-o a consumir bens e serviços caros e de menor qualidade produzidos pela indústria nacional. Ainda que se afirme que nem sempre os bens e serviços protegidos são mais caros e piores, não se pode negar o prejuízo que o protecionismo causa ao consumidor, na medida em que retira deste, à força, o direito de livre escolha das empresas com quem vai contratar.

Ramos ainda faz uma interessante análise a despeito da tutela estatal, sob o manto da defesa da concorrência, questionando o porquê de a respectiva contenção não ser entre estados da federação, e não somente os empreendimentos econômicos estrangeiros:

Outra crítica irrefutável em relação ao protecionismo, para a qual muitos não atentam, é a de que, se ele fosse realmente uma prática econômica eficiente, deveria ser aplicado em todos os níveis geopolíticos, e não apenas entre países. Afinal, se fosse verdadeiramente bom para o Brasil proteger sua indústria contra a concorrência das empresas americanas e europeias, por que não seria bom para o Nordeste proteger sua indústria contra a concorrência das empresas do Sudeste? E por que não seria bom para Pernambuco proteger sua indústria contra a concorrência das empresas de São Paulo? (RAMOS, 2015, p. 184).

Por esses e demais argumentos é que se arremata: a lei anticoncorrencial, objeto deste debate, não veio aos fins que se desejava, demonstrando mais uma forma de protecionismo ineficiente em boa parte de suas ações, cujos reflexos atingem diretamente os consumidores brasileiros, inebriados com uma falsa ideia de proteção praticada pelo poder público, mas o contrário é o que muitas vezes ocorre.

Prevenir e punir práticas anticoncorrenciais excessivamente nocivas, por exemplo, como é a incumbência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), é ação que deve ser feita de forma equalizada, evitando as irradiações mercadológicas acima transcritas.

Enfatiza-se, mais uma vez, que o poder público ao instituir esta autarquia federal, cria, na medida do possível, um importante elo entre o direito e a economia, podendo nivelar as partes envolvidas nesta complexa teia organizacional e nas estruturas forjadas por um mercado competitivo.

Com isso, mesmo consolidando certo grau de eficiência, perante as demais leis, ora estudadas nesta temática proposta, permanece com seus graus de falhabilidade, pelas razões já expostas, justificando sua aplicação por vezes revestidas de severidade.

O crescimento de grandes empresas não pode ser reduzido por uma atuação estatal. Saber distinguir o crescimento natural de empresas em face de fusões corporativas cartelizadas é de fundamental importância para dar uma maior eficiência à LDC, sob pena de seus ricochetes atingirem os consumidores, fornecedores e produtores que fazem parte deste sistema (RAMOS, 2015).

Antes do desfecho deste tópico, importante citar autores, a exemplo de Ramos (2014), o qual afirma que o monopólio é quase que uma utopia e a LDC não se justifica:

A afirmação de que a lei antitruste americana foi criada para combater efeitos nocivos de supostos monopólios é, portanto, uma falácia cuidadosamente forjada ao longo de anos. A real história americana do final do século XIX **mostra grandes empresas aumentando sua produção, reduzindo seus preços e impulsionando o desenvolvimento econômico e social dos EUA.** (RAMOS, 2014) (grifo nosso)

Ramos (2014) expõe o exemplo que facilita o entendimento de como esta dinâmica e de como a Lei de Defesa da Concorrência podem enfraquecer o mercado e comprometer seus consumidores:

Explicando melhor: imagine que uma determinada pessoa resolve pesquisar preços de um televisor no Google, digitando a expressão “TV 50 polegadas”. Ao mostrar o resultado da pesquisa, o Google destaca primeiro, no início da

página, as opções do Google Shopping, e logo abaixo aparecem as opções do Buscapé, do Bondfaro e de outros concorrentes. Nada mais natural. É como uma loja multimarcas que, no seu espaço físico, expõe os produtos da sua marca própria em melhores lugares (na vitrine ou em estantes próximas à entrada) do que os produtos de outras marcas que também comercializa. O que se devia esperar? Que o Google fizesse o contrário, privilegiando os sites temáticos concorrentes em detrimento dos seus próprios sites temáticos?

Destarte, as controvérsias, o pensamento reflexivo, a despeito da lei antitruste demonstram seus graus elevados de ineficiência, degenerativo ao mercado, cujo texto merece uma revisão, dando lugar a uma narrativa legal com maior analítica e temperança.

O que agrava esta investigação é o fato de sua construção legislativa, como alhures observado, autorizar o poder público a criar órgãos administrativos e judiciais para respectiva manutenção da ordem econômica nacional, dando azo a uma fiscalização intensiva, cuja *ultima ratio* ainda se encontra albergada sobre o manto do poder judiciário, o qual criou setores específicos para solução dos conflitos lá derivados, e obviamente suas possíveis irradiações contraproducentes, o que fortalece as externalidades negativas já observadas, refletindo no mercado econômico.

2.3 ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL – LIMITES A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A justificativa para a análise do artigo 421 do Código Civil repousa na ideia de uma influência estatal nas relações até então, predominantemente, privadas. Estas, ainda, sob o julgo do Código Civil de 1916, que limitava a atuação estatal, pois suas bases legais lastreavam-se nas relações firmadas entre os particulares e eram direcionadas a estes, com o fim de solucionar a demanda, sem qualquer preocupação de seus reflexos em uma coletividade (TEPEDINO e KONDER, 2022).

Basta lembrar que a antiga Lei Civil, e de acordo com a época de sua entrada em vigor, não sofria influência da constitucionalização humanitária ocorrida ao final dos anos 1980, daí uma das justificativas de sua moldura legislativa estar voltada de forma diminuta a um espírito humanitário (THAMAY, GARCIA JUNIOR, QUEIROZ E SILVA, 2021).

O Código Civil de 2002, mesmo com sua criação quase um século depois, trouxe um texto influenciado pela Constituição Federal de 1988 e sob seus ditames humanitários, os quais continham uma dogmática voltada à tutela da dignidade da pessoa humana, cujo espírito advinha do pós-segunda guerra, lastreada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (LÔBO, 2011).

A CF de 88 passou a dispor, em seus artigos, de um complexo de regramentos e imposições legislativas direcionadas ao bem-estar da população, sobrepujando os valores materiais e evidenciando o bem-estar do ser humano e das sociedades. A ordem constitucional estabeleceu que todo e qualquer regramento jurídico a ser criado, a partir da sua vigência, deveria prever, em sua redação, um espírito voltado prioritariamente a um ambiente salutar a seus conviventes e a sociedade a eles inerente. Nas palavras de Gomes (2019 p. 39):

Em sua obra “Novos temas de direito civil”, Orlando Gomes já observava que o capitalismo industrial e empresarial, alçando o contrato à condição de criador de riqueza (e não mais mero meio circulador), fez com que ele passasse a ter função social. Em suas palavras: “Foi somente depois da Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo amadureceu e a revolução tecnológica lhe deu novo alento, que o contrato passou a exercer indiscutível e desenganadamente nova função, de grande significação para a sua evolução.

A Constituição de 1988 repaginou o conceito de contrato e seus efeitos, saindo da esfera preponderantemente privada, mais restrita a seus envolvidos, que agora são direcionados a anteder o interesse da coletividade, evidenciando a essencialidade da função social que estes provocam (GOMES, 2019 p. 39):

Novas técnicas contratuais adotam-se, por sua vez, para a formalização jurídica das operações econômicas necessárias ou convenientes à grande empresa, reafirmando a instrumentalidade do contrato. É enfim outra figura com o mesmo nome. [...] Concluindo: o fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social.

Venosa chancela este raciocínio, evidenciando a evolução social da propriedade, que serve como contrapeso aos interesses unicamente de seus envolvidos, sendo o contrato o protagonista para este pensamento social, que antes era restrito a seus componentes:

Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido o Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão (VENOSA, 2021, p. 42).

Desta feita, abrigado em preceitos e imposições constitucionais, a Lei Civil passou a ter um conteúdo direcionado a um contentamento coletivo, dissipando-se de suas antigas premissas, que agora primava pela satisfação da população, e não apenas ao deleite individual de seus envolvidos.

As soluções das contendas, consideravelmente feitas pelo poder judiciário, já não bastavam exclusivamente para solucionar os conflitos de seus envolventes, uma vez que agora seus julgadores deveriam decidir além das partes, com argumentos e providências dispostas a prevenir e controlar possíveis conflitos em situações análogas, e aos anseios sociais. Venosa (2021, p. 42) reforça este novo panorama:

Assim, cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir sobre a adequação social de um contrato ou de uma ou algumas de suas cláusulas. Em determinado momento histórico do País, por exemplo, pode não atender ao interesse social o contrato de leasing de veículos a pessoas naturais, como já ocorreu no passado. Eis uma das importantes razões pelas quais se exigem uma sentença afinada com o momento histórico e um juiz antenado perante os fatos sociais e com os princípios interpretativos constitucionais.

O citado autor, citando Tartuce, aloca os contratos de forma a estarem harmonizados com a ordem pública e ditames constitucionais, escapando de seu caráter individualista, que agora prioriza o bem-estar social:

Como menciona com acuidade Flávio Tartuce (2005, p. 315), “a função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social do contrato lato sensu (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III), bem como no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e da isonomia (art. 5º, caput). Isso, repita-se, em uma nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, que deve guiar o civilista do nosso século, seguindo tendência de personalização” (VENOSA, 2021 p. 42).

A escolha do artigo 421, sem se afastar da importância dos demais, tem como objetivo expor melhor a problemática aqui posta, dentro do vértice interpretativo de que se dispõe, fornecendo azo a variáveis argumentações de seu conteúdo, cabe aos operadores do direito soluções que melhor se amoldam a um cenário socioeconômico.

As consequências sociais de seu entendimento é o fator principal a evidenciar seu aspecto intervencionista e inovador, em uma seara até então direcionada majoritariamente às relações privadas. Isto conduz a uma perquirição mais meticulosa, dentro do que propõe esta

pesquisa, pautada numa suposta pretensão voltada à justiça distributiva. É o que Gomes (2019, p. 18) chama também de função econômico-social:

A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil. A teoria foi consagrada no Código Civil italiano, conquanto encontre opositores.

Azevedo (2019 p. 32) evidencia este intervencionismo, alegando que a relação contratual deve ser salutar entre as partes que compõem o contrato, dentro de espírito fraternal que as sociedades atuais devem portar, sob a égide de medidas protetivas a elas direcionadas, em especial o lado mais frágil destas tratativas:

Pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.

Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões.

A intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco.

Quanto à função social, Azevedo (2019 p. 32) posiciona-se evidenciando a justiça socializante trazida pelo Código Civil de 2002, que, em seu artigo 421, permitiu uma maior discricionariedade do julgador, possibilitando a guarida da parte mais fragilizada nestas tratativas:

O atual Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente a liberdade de contratar) deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.

Como visto, esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo.

E expõe que o art. 421 ofertou discricionariedade aos juízes, ao decidirem situações em que os interesses particulares, postos em contratos, possam colidir com os valores sociais:

Percebe-se que o atual Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista este princípio, reconhecido pela Doutrina, às vezes, ao aplicar da lei, são feridos valores sociais insubstituíveis. Aqui, mais particularizada a recomendação, segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve ater-se aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, vigente) (AZEVEDO, 2019, p. 32).

As incansáveis controvérsias trazidas pelo artigo 421 se justificam pela ampla interpretação que este proporciona, bastando a simples leitura de sua redação, que induz a discricionariedade ao aplicador do direito, pois gera uma significativa amplitude interpretativa, entende-se que a transcrição é necessária: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social dos contratos”.

Observa-se que a amplitude da exegese fornecida em sua redação, sob um lastro doutrinário-jurisprudencial, voltada especialmente aos julgadores, avaliza-os a um intervencionismo estatal, feito de forma corriqueira, sendo o dispositivo em comento objeto de extensos debates sobre a sua funcionalidade, e invariavelmente, as externalidades negativas dali geradas, frutos de sua utilização desarrazoada (HADDAD, 2013).

Feito isto, imprescindível argumentar que o que está se fazendo com esta encíclica legal é a sua aplicação de forma pouco equânime, privilegiando, em boa parte dos casos, um dos lados contratantes, a pretexto de albergar a parte mais vulnerável. Feito de forma reiterada, extirpam-se consideravelmente possíveis soluções a serem feitas pelas partes integrantes da relação contratual, o que traz certa insegurança jurídica às partes, como se verá mais à frente.

Essa prática acontece sob o manto da Constituição Federal, a pretexto de assegurar a ordem econômica, estabelecendo um liame entre a economia e o direito, a fim de determinar uma justiça social acessível, efetiva e democrática. Todavia, o emprego deste mecanismo sem a devida temperança pode irradiar consequências negativas, como é sinalizado por Lôbo (2011, p. 176):

Parece-nos que uma das principais conclusões é a equivocada dissociação entre a função social e a função econômica dos contratos, que não levou em conta o equilíbrio da relação. Não se levou em consideração, como relatado em alguns casos, que o funcionamento adequado de uma economia de mercado requer a efetiva tutela da liberdade contratual e do desenvolvimento leal dos negócios.

Como visto, esta conjuntura merece ressalvas. O contrato, maior que qualquer outro instrumento, deriva da vontade das partes e é a ferramenta necessária para o bom andamento da circulação de riquezas. Se este intervencionismo ocorre em excesso, sem projeções (em médio e em longo prazo), servirá mais como objeto de políticas públicas, do que o veículo para satisfação das partes envolvidas.

Isto acaba por aniquilar, em grande parte, a essência trazida pelo direito civil, que é a regulação das tratativas privadas, perdendo sua tarefa medular e desencadeando um processo retrógrado nas decisões, até então cabíveis às partes que compõem este processo. É o que denota Bueno (2017 p. 91), de forma muito bem observada:

O direito civil, como regulamento das instituições de direito privado, da organização das pessoas e de seu patrimônio, não pode se tornar elemento de política pública, voltado a interesses difusos. A liberdade das partes e garantia do interesse individual das partes são os valores que orientam os efeitos jurídicos do direito privado, não outros interesses respectivos a políticas públicas, cujos objetivos serão atingidos pela ação do Estado.

Bueno (2017) ressalta a preservação da individualidade das relações contratuais, que viabiliza a circulação de riqueza, livre de qualquer interferência estatal externa, mantendo-se sob o controle de seus partícipes. E alerta sobre o fato de que os contratos devem ater-se a sua tarefa primordial, a regulação das relações privadas:

O contrato continua sendo um instrumento dos cidadãos, para a realização da circulação da riqueza e, numa perspectiva moderna, permitem a criação de riqueza e definição de direitos de propriedade entre as partes, sem uma necessária intervenção do Estado. Como ensina Verçosa, a função do contrato deve, portanto, corresponder à sua prestabilidade própria – a Constituição, o regulamento ou a extinção de uma relação patrimonial (BUENO, 2017, p. 91).

Desenvolvida e exposta essa perspectiva, coube ao Estado, na figura do poder judiciário (com ampla e quase irrestrita interpretação), amparar-se no artigo 421 do C. C., para reduzir o poder negocial das partes, entrando em rota de colisão com o princípio da autonomia da vontade (nascido dos pactos contratuais), subordinando um dos lados a arcar com boa parte dos prejuízos decorrentes da inadimplência contratual, criando certa instabilidade jurídica.

Melhor seria se houvesse por parte do poder estatal, incentivos a transações contratuais, por exemplo. Fato que desafogaria a máquina judiciária, mantendo o poder resolutório às partes envolvidas nos instrumentos contratuais. Almeida (2018, p. 17) esclarece esta funcionalidade sob a luz do direito civil e processual civil italiano, ao que chamam de contrato de transação:

O fim do contrato de transação é a prevenção ou a resolução do litígio, no todo ou em parte, fora de qualquer processo judicial ou já no decurso dele (Código de Processo Civil, artigos 283 e seguintes). O meio para atingir esse fim consiste em concessões recíprocas, ainda que não equivalentes as pretensões das partes nas respetivas posições de base, tomando como referência e não necessariamente a assunção recíproca de direitos ou de obrigações, porquanto o resultado final pode consistir no reconhecimento, ainda que parcial, do direito de uma das partes.

E explica que a legislação italiana permite que as partes transacionem as disputas judiciais, evitando que o deslinde do feito seja feito pelo poder judiciário, cabendo a este tão somente a homologação desta transação:

Da transação resultam, conforme natureza da situação jurídica controversa e o conteúdo do contrato, os mais variados efeitos, reais ou obrigacionais, declarativos ou constitutivos, que modificam a situação jurídica controversa ou que a extinguem, criando em sua lugar uma nova situação jurídica (transação novatória, a que se refere expressamente o artigo 1976 do *Codice Civile*). O contrato pode até envolver a constituição, a modificação ou a extinção de direitos diversos do direito controvertido (artigo 1248), dando lugar à chamada transação complexa. Os feitos da transação judicial dependem de homologação por sentença (Código de Processo Civil, artigo 290, ns. 3 e 4) (ALMEIDA, 2018, p. 17).

O afastamento da autonomia decisória das partes, na resolução dos negócios jurídicos previamente pactuados, vulnerabiliza-as e gera irradiações sociais em detrimento ao bom andamento de seus pactos. Se isto é feito de forma corriqueira, desencadeia, por vezes, a lesão de certas classes econômicas, fragilizando-as (RIZZARDO, 2022).

Sob esta compreensão, as relações negociais passam a sofrer intensas dificuldades, alavancando novos problemas sociais, quando na realidade deveria ser a solução das contendas existentes. A interpretação feita, como alhures mencionada, afasta a função social sob o qual lhe foi incumbido, comprometendo a segurança dos tratos comerciais, anotado por Rizzardo (2022 p. 18):

Justamente a exagerada autonomia da vontade leva a depararmos com inúmeras situações sociais conflitantes. Na prática, uns vencem mais que os outros, dispõem de maior discernimento e tino negocial. Muitas pessoas revelam uma vontade fraca. Deixam-se enlear na insídia, ou são desavisadas e desprovidas de uma visão real e ampla no mundo que as cerca. Oferecem todas as condições para serem prejudicadas.

Continuando, Rizzardo, em seu raciocínio, salienta a insegurança gerada aos contratos, quando estes ficam vulneráveis a modificações daquilo que foi previamente disposto em seu conteúdo:

De outro lado, sempre foi e continuará sendo o objetivo maior dos negócios a vantagem antevista e perseguida. A ideia de igualdade das prestações, que é o pressuposto da justiça contratual, geraria uma estagnação e um esmorecimento nos ânimos. Como adverte Wilson de Andrade Brandão, “a faculdade da anulabilidade, da rescisão ou da alteração, pondo em dúvida a irretratabilidade do vínculo obrigacional, desassegura a própria ordem social” (RIZZARDO, 2022, p. 18).

O reconhecido jurista faz um alerta sobre quebras contratuais, que podem comprometer a segurança dos negócios jurídicos, assim como tanger a liberdade de contratar, desconfigura aspecto normativo dos contratos, tornando-os instáveis:

A constante ameaça do desfazimento e da modificação daquilo que as partes ajustaram conduziria a um comprometimento dos negócios jurídicos. Em resumo, sem uma margem de lucro e um clima de estabilidade no firmado, o comércio não desenvolveria e não existiria motivação para o progresso. De resto, há certa impraticabilidade na fixação do justo preço para todas as coisas, diante da diversidade de conceitos sobre valor e estimativa dos bens. Por isso, é inderrogável a liberdade contratual. Assegura-se, em tese, ampla liberdade às pessoas para estipular as cláusulas que lhe interessam. Torna-se o contrato verdadeira norma jurídica, fazendo lei entre as partes (RIZZARDO, 2022, p. 18).

Por vezes, a aplicação do artigo 421, ora em comento, afeta a liberdade de contratar, causando debilidade seus contraentes e, conseqüentemente, culmina em uma insegurança jurídica dos negócios cotidianamente entabulados.

O mais agravante é que estas intercorrências se perfazem lastreadas na ideia errônea de um pleno reestabelecimento de uma igualdade entre seus autores. Porém, esse paternalismo em face à parte mais fraca da relação contratual ou sob a alegação de enriquecimento sem causa da parte adversa, se aplicado comumente, e sem critérios mais apurados, sob uma visão mais abrangente e futura, tolhe a livre barganha e traz incisivas conseqüências, conforme se verá.

Outra problemática que surge é que o dispositivo legal, atinente ao debate, até então, não fazia diferenciação entre contratos paritários e de adesão, fato este que foi dirimido com a entrada em vigor da Lei 13.874/2019, que acrescentou o parágrafo único do art. 421, e o artigo 421-A e incisos.

Apesar disso, críticas a estas mudanças existem, e o saneamento das mazelas ainda não produziu os devidos resultados, a começar pelo parágrafo único do artigo 421, que estabelece a intervenção mínima aos contratos privados. Chega a ser redundante e de certa forma contraditória uma previsão genérica de função social dos contratos e, no seu parágrafo único, limita-a aos contratos privados.

O Código Civil e, em especial, os artigos voltados à tutela contratual são predominantemente de direito privado, firmados entre entes particulares. Ou seja, esta intervenção mínima e a excepcionalidade já deveriam existir antes do surgimento da Lei 13.874/2019. Essa opinião não para por aqui, pelo contrário, faz emergir outro questionamento: quais contratos tutelados pelo Código Civil não serão objeto de intervenção mínima ou excepcionalidade? Quais serão objeto da função social e a intervenção estatal mais incisiva que é albergada pelo artigo 421 *caput*? Como alerta Borgarelli (2019):

Sinteticamente, se se pretendia atenuar a ideia de função social do contrato, não poderia ter sido preservado o *caput* e a péssima expressão “em razão da”. A modificação feita é realmente falha, e o novo art. 421 contém muitas palavras inúteis. O fim intentado pelo Governo seria mais eficazmente alcançado com uma supressão do artigo todo, que afinal nunca trouxe grandes soluções, considerando-se a autonomização dos mecanismos corretivos do equilíbrio contratual e, externamente, de tutela dos interesses eventualmente lesados pela relação, sejam tais interesses particulares, sejam de grupos.

O artigo 421-A é a demonstração clara do improvisado legislativo, claramente uma tardia atualização legislativa voltada ao direito empresarial, em uma verdadeira colcha de retalhos conceituais e subjetividade ao aplicador do direito, estabelecendo que a presunção de paritariedade e simetria dos contratos empresariais permanecerá até o surgimento de elementos concretos que afastem tal presunção.

O critério interpretativo e valorativo do conceito previsto no dispositivo em comento evidencia a tentativa de um aperfeiçoamento legislativo fracassado do legislador, possibilitando que a subjetividade seja o esteio decisório dos conflitos contratuais; porém, agora sob a denominação de contratos empresariais (como se antes da referida lei, não fossem já espécies de contratos civis). Tartuce (2022 p. 101) consegue, de forma didática, sintetizar este posicionamento:

Por tudo o que foi aqui analisado, nota-se que, em matéria de contratos, a Lei da Liberdade Econômica procurou valorizar a autonomia privada e resolver antigos problemas técnicos que existiam no Código Civil, o que é louvável. Todavia, não se pode dizer que a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a tal intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos.

Tartuce (2022) salienta que as ações de proteção estatal devem ocorrer sem arbitrariedades e despropósitos, mesmo ocorrendo o inverso no Brasil:

Por óbvio que devem eles ser ponderados e mitigados frente a outros regramentos, caso das sempre citadas função social do contrato e boa-fé objetiva. Com isso, busca-se o eventual equilíbrio contratual perdido e a vedação dos abusos e excessos negociais, tão comuns em nosso País (TARTUCE, 2022, p. 101).

Todavia, as mobilidades de mercado dentro das relações empresariais e particulares não podem dar ensejo à tamanha influência estatal, pois são na sua essência, relações de direitos privados, que asseguram uma determinada fatia de mercado, mercado este que caminha em boa parte por si só, com suas variabilidades naturais e suas conseqüentes externalidades, sejam positivas ou negativas.

A reincidência intervencionista, feita por vezes de forma abusiva, gera distorções mercadológicas que, com o passar do tempo, provocam cisões graves na construção e evolução natural de mercado. Tudo isso com imediatas irradiações sombrias a classe empresarial, com subsequentes efeitos seus usufruidores. Fundadas em uma justiça social, pautada na humanização das relações negociais (FERNANDES, 2014).

É o que prenota Timm (2015 p. 115) em sua obra sobre direito contratual brasileiro, o apresentando algumas justificativas a este intervencionismo:

Ainda seguindo Ripert, a primeira forma de proteção contratual seria a proibição da lesão nas relações obrigacionais, ou seja, a assunção de uma obrigação demasiadamente desvantajosa geraria uma violência contra o mais fraco. Outra hipótese desenvolvida foi a da alteração do equilíbrio econômico de contratos de execução continuada (teoria da imprevisão). Ainda, houve o desenvolvimento da proteção da parte mais fraca na relação em que ela apenas se submete à vontade ditada pela parte mais forte (contratos por adesão).

Timm justifica o intervencionismo estatal, voltado a contratos unilaterais, com cláusulas predispostas a seus aderentes, sem que haja discussão quanto ao seu conteúdo:

Se um dos contratantes só tem o recurso de dar sua adesão às condições fixadas pelo outro, é porque está submetido à lei do mais forte (economicamente mais poderoso), como, por exemplo, no contrato de trabalho, de transporte, de aluguel, de seguros etc. Mais, seguindo a descrição de Ripert, o Direito Social avança na luta contra os fortes e acaba estabelecendo limitações ao exercício de direitos. Daí o surgimento da teoria do abuso de direito, a fim de que a lei estabeleça limites sociais ao exercício do direito subjetivo. Vieram restrições ao direito de propriedade, medidas de salubridade, higiene (TIMM, 2015, p. 115-116).

Ainda Timm, em contraponto, esclarece a ampla interpretação dada a estas legislações interventivas, que nomina de cláusulas gerais, detentoras de “vagueza semântica” que

colateralmente enfraquecem o universo contratual. Ainda, atribui ao poder judiciário o papel de mandatário desta ordem jurídica, efetivando esta normatização:

Por essa abertura ao ambiente – através de “cláusulas gerais” –, o modelo solidarista é caracterizado por uma maior “vagueza semântica” das normas jurídicas, justamente para dar um significativo espaço normativo ao juiz, a fim de resolver os conflitos sociais cada vez mais complexos, diante de uma sociedade mais especializada e funcionalizada. É, portanto, a “cláusula geral” que ensejará que as normas jurídicas não se engessem com o passar do tempo; assim, troca-se a precisão dogmática da escola da exegese e da “jurisprudência dos conceitos” pela fluidez casuística das decisões judiciais implementadoras de cláusulas gerais (somente executáveis por meio da racionalidade material) (TIMM, 2015 p. 118).

E contextualiza o papel do poder judiciário neste cenário:

Nesse ponto, há uma visível “abertura” do sistema jurídico. Com isso, é natural que o Poder Judiciário assumira um papel até então não desempenhado, como mandatário da ordem jurídica para fazer concretizar a norma legal no julgamento dos casos que lhe forem submetidos (TIMM, 2015, p. 118):

Em suma, a legislação abriu um leque interpretativo para normas reguladoras do direito privado (em especial o artigo 421 e s.s. do C.C.), autorizando ao poder judiciário a sua materialização nos casos concretos.

Desta feita, coube ao órgão julgante transpor o direito material na solução dos conflitos, de forma a proteger os “vulneráveis”, dirimindo as intercorrências conflitivas por meio de atos interpretativos voltados a uma pacificação social, e não mais a particularidades de cada litígio. Sob o escopo de uma justiça distributiva, voltada à coletividade, deu-se início a uma forte tendência ao favoritismo daqueles que se socorriam ao judiciário, embasados nas disparidades ocorridas em pactos negociais, gerando insegurança a seus envolventes.

Timm apresenta um exemplo clássico da nocividade pelo qual o mercado é afetado frente a estas influências estatais, complementando o texto transposto acima. Como é o caso dos contratos de mútuo habitacional, que foram objeto de revisões contratuais, muitas delas levadas ao judiciário, em que o lado dito como fragilizado obteve êxito:

Metaforicamente, o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto de interações sociais) é a floresta. Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa.

Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (ficando sem recursos e terminando por pagar um juro maior). Até mesmo porque, conceitualmente e mesmo na vida real, os bancos não emprestam o seu dinheiro, mas a moeda captada no mercado (TIMM, (2012, p. 3763/3764).

Isto fez que, quase automaticamente, as instituições financeiras diminuíssem seus recursos, realizando menos financiamentos, limitando pretensos mutuários a tais verbas, encarecendo substancialmente esta fatia de mercado, além de elevar os entraves burocráticos necessários ao êxito destas transações (TIMM, 2012). Ou seja, sobressaiu-se a norma frente ao mercado, impôs-se um aspecto legalista e de livre interpretação em detrimento a mobilidades econômicas mais salutares.

Igual compreensão se deve aos contratos de seguro inerentes à contratação habitacional, cuja captação de recursos em massa garante a formação de um fundo coletivo, fundo este que dará a devida segurança e satisfação, no cumprimento contratual. Timm estabelece igual digressão para os contratos securitários, exemplificando-os em casos *sub judice*:

Esse entendimento, da mesma forma, aplica-se aos contratos de seguro. Nesse particular, feliz é a percepção cunhada pelo jurista Ovídio Baptista da Silva, a propósito das relações contratuais securitárias e previdenciárias onde subjaz, assim como no sistema financeiro habitacional, uma “relação comunitária de interesses”. Nessas operações é necessário gerar um grande número de contratos análogos, a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cuja satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual (TIMM, 2012, p. 3764).

Se os seus caminhos percorridos, nas suas conclusões, forem interrompidos, há despreendimento de externalidades, que afetaram de forma categórica toda a classe econômica que compõe este grupo de contratantes, levando as instabilidades mercadológicas advindas dessa formatação contratual.

Note-se que o desrespeito à individualidade contratual, por vezes chancelado pelo poder judiciário, gera uma situação de descompromisso de uma das partes em cumprir seus acordos. Se estes são desfeitos, considerando apenas a parte supostamente lesada, afastando-as da possibilidade da barganha da conclusão dos negócios, a reação do mercado não tarda a ocorrer.

E nesta conjuntura é que se localiza a nascente das relações pactuais individuais, visto que terá um dos integrantes a certeza da “impunidade”, que sobrepujará intrinsecamente o inter-relacionamento negocial, fomentando uma deslealdade contratual e tornando fatos como este, inerente a esta prática.

Mais uma vez, Timm pondera que intervenções judiciais frequentes geram externalidades graves, que refletem logo onde a proteção estatal almeja, que é a coletividade. O autor cita, como exemplo, julgados exarados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Corolário disso é que a intervenção judicial em favor da parte mais fraca pode ser fonte de externalidades negativas no caso de um contratante que não esteja totalmente pagando (internalizando) pelo benefício proporcionado pela barganha, mas, ao reverso, está sendo beneficiado por uma intervenção *ex post* do Estado na relação contratual (tal como ocorre nos contratos bancários julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que limitam a taxa de juros em 12%, devido à remanescente Lei da Usura). Desse modo, a parte protegida está externalizando os custos aos demais devedores para o seu próprio benefício, resultando em situação socialmente ineficiente (TIMM, 2012, p. 3777).

A atuação da função social dos contratos, introduzida sob um manto de justiça paritária, provoca apenas amenidades instantâneas, desprovidas de um prognóstico temporal que possa lhe trazer a eficiência devida, em especial, sob um lapso temporal mais prolongado. A análise econômica do direito não se dirige a efeitos momentâneos, ela é feita em prognósticos perenes, em lapsos temporais mais estendidos.

Deste modo, o intervencionismo estatal, se operado desmedida e inconsequentemente, possibilita o abalo implacável do mercado e dos membros, sejam eles fornecedores dos produtos, sejam eles os consumidores destes. As justiças sociais e de equilíbrio, que justificam o protecionismo governamental, passam a desencadear efeitos adversos ao espírito legislativo que as criou, gerando insatisfatórias deformidades econômicas.

Por fim, reafirma-se que esta pesquisa foi desenvolvida a fim de buscar soluções para este impasse posto em mesa, feito sob o manto do ordenamento jurídico pátrio e suas similitudes, visa-se trazer algum alento a determinados agrupamentos lesionados por estas tutelas governamentais.

Não se pode olvidar da completude da estrutura legal pátria e da sua essencialidade quando da mitigação de conflitos, mas os seus operadores devem aplicá-las mais equitativamente, estabelecendo uma visão aprofundada, analítica e futura do comportamento de mercado, conscientes de que suas decisões vão afetar e provocar deturpações econômicas consideráveis.

Cabe aos aplicadores do direito, bem como aos legisladores, avaliar de forma mais arrazoada, para que eventos como tais sejam evitados, além criar uma estrutura jurídica, visando à melhora e ao aperfeiçoamento dos processos negociais, para que traga uma melhor segurança jurídica ao desenvolvimento do mercado econômico, como se verá a seguir.

3 PODER DE BARGANHA: SUA IMPORTÂNCIA PARA CIÊNCIA CONTRATUAL

O poder de barganha surge como um contraponto ao solidarismo social aplicável ao direito privado, que nas Escolas Francesas ganhou notoriedade por seus estudiosos, impulsionados pelo pensamento de Durkheim, conforme assevera Timm (2015 p. 100):

Dessa forma, Durkheim preparou o caminho para juristas que lhe seguiram. Lukes comenta, inclusive, que, depois de Durkheim, o termo solidariedade virou moda nas rodas intelectuais ou políticas francesas, criando, na França, um grupo de juristas-sociólogos que lhe foram adeptos e fervorosos defensores. Jamin, por outro lado, afirma que o solidarismo foi a doutrina oficial da Terceira República Francesa. O mais eminente dos juristas precursores do discurso jurídico da “solidariedade social” e do correspondente “Direito Social” foi Leon Duguit.

Timm demonstra um estudo aprofundado ao elucidar a interação das relações de direito privado com a solidariedade social, dentro de um contexto sociológico de aplicação das normas privativas:

Tratava-se, segundo ele, de reformar os paradigmas do direito privado, especialmente o seu maior pilar: o metafísico “direito subjetivo” – cerne do paradigma individualista. Sua pretensão seria estudar os institutos do direito privado, especialmente a propriedade e o contrato (liberdade), sob a ótica da sociologia funcional durkheimiana e, mais especificamente, da “normatividade social”, isto é, da solidariedade social, a qual imporia um mínimo de “justiça” e “equidade” nas relações privadas – em rigor, como se percebe, uma análise muito mais normativa (plano do dever ser) do que efetivamente descritiva e sociológica, ao contrário do que ele se dispunha a fazer (TIMM, 2015, p. 100).

E arremata, traçando o comportamento dos direitos individuais frente a função social da propriedade, em que aspectos sociais ganharam força, sobressaindo-se sobre direitos privativos, relativizando-os:

Foi esta escola que inaugurou, na dogmática jurídica, a análise da “função social” dos institutos jurídicos e, portanto, da limitação “social” de determinados direitos individuais, agora tomados relativamente a seus fins sociais e não mais absolutamente, como poderes individuais (como o caso da “função social da propriedade”, da teoria do “abuso de direito” etc.) (TIMM, 2015, p. 100).

Com o intuito de promover o bem-estar social, difundiu-se uma legislação que passou a regular as relações privadas, incluindo os contratos e as suas interdependências, assim como o direito subjetivo neles difundidos. Algumas explicações remontam a ideia de que, se o direito

subjetivo deriva de um direito objetivo predisposto e o respeita, este passaria a observar e prever esta funcionalidade social das relações privadas. Vale lembrar que o Código Civil de 2002 consolidou esta democratização e humanização dos pactos privados, influenciando-os e seguindo o pensamento de solidarista contido na Carta Constitucional de 1988 (LÔBO, 2019).

O poder de barganha busca retomar a autonomia de vontade e o poder de decisão de seus envolventes. Tudo isso dentro de um critério evolutivo e de amadurecimento da sociedade contemporânea, sob uma legislação intervencionista que a tornou mais débil e interdependente do poder estatal, influenciando sua gerência decisória.

A influência estatal, voltada a um contentamento social, fez que o judiciário, por meio de julgados, oferecesse o devido protecionismo, realizado sem a necessária temperança, retirando das partes o caminho natural que o mercado deveria rumar. Assim, artificializou os atos negociais, ceifando sua principal nascente, qual seja: a espontaneidade que as partes envolvidas tomaram ao acordarem suas vontades (TEODORO JÚNIOR, 2014).

Interessante ter a plena consciência de que atividade contratual é a mola propulsora de circulação de riqueza, e com ela o desenvolvimento do mercado, bem como os atores nela envolvidos. Levar a vulnerabilidade como regra, retirando a força negocial das partes, gera a redução circulatória de riqueza, comprometendo não só o mercado, mas toda a evolução de um processo econômico e os caminhos naturais sob os quais este deve seguir (TEODORO JÚNIOR, 2014).

O poder de barganha, então, emerge como uma ferramenta essencial no processo de desenvolvimento cognitivo das partes envolvidas, aumentando seu intelecto funcional nas transações mercadológicas e estabelecendo um processo autônomo no caminho para o deslinde da atividade contratual, evitando um protecionismo estatal desmedido, desafiando a artificialidade do dinamismo econômico e conduzindo ao fator principal: ilidir externalidade negativas de mercado, em médio e em longo prazo, frente à fortificação dos sujeitos envoltos nesta cadeia circulatória de riqueza, especial, os chamados de a “parte mais fraca” (TIMM, 2015).

Repisa-se que o objeto deste estudo não visa extirpar o intervencionismo estatal dos ajustes comerciais, reguladores da circulação de riqueza, mas pontuar aspectos nocivos que os seus exageros podem causar movimentações econômicas, o que já fora discutido em tópicos anteriores.

A barganha surge como método de mitigação destas irradiações provocadas por uma tutela estatal desenfreada, a fim de amenizar e equalizar as ações de mercado, reduzindo as consequências desfavoráveis que o intervencionismo possa provocar, pois, quando feito,

retiram-se os devidos ajustes, estabelecendo um processo mais harmônico e equilibrado entre o direito e os reflexos econômicos de sua aplicação.

3.1 APLICAÇÃO DO TEOREMA DE COASE

Nascido na Inglaterra, Ronald Harry Coase foi um dos mais influentes economistas do século XX, sendo premiado com o Nobel de Economia em 1991. Suas contribuições para a economia são até hoje utilizadas, em especial sua teoria do custo de transação (COASE, 2022).

Em sua obra *The Problem of Social Cost* (1960), Coase argumenta que inexistindo custos de transação, influenciados pelo poder de barganha entre as partes, a fim de dirimir os conflitos derivados das pactuações, sem uma evasão estatal, ocorrerão benefícios consistentes ao mercado. Assim traz Silva e Farias (2016 p. 866):

Em *The Problem of Social Cost* (1960), Coase mostra que o problema da externalidade é simétrico. Ou seja, se A causa prejuízo a B, então, buscar evitar este prejuízo a B significa causar prejuízos a A. Assim, segundo Coase, a verdadeira questão é buscar evitar o prejuízo mais grave. Para isso, deve-se fazer uma análise, considerando o efeito total, não apenas o efeito marginal. Coase argumenta ainda que, por trás do problema da externalidade negativa, há um problema de alocação e/ou definição de direitos de propriedade. Ele busca desenvolver a sua visão a partir de duas situações: uma situação ideal, em que os custos de transação são nulos, e outra em que os custos de transação existem e são significativos.

E os autores explicam que, pela Teoria de Coase, as partes devem negociar seus direitos, sem qualquer interferência estatal, inexistindo, ou reduzindo o custo de transação. Custo este que, quando existente, é repassado a classes interessadas:

Quando não há custos de transação – desde que os direitos de propriedade estejam bem definidos -, a situação final sempre será eficiente no sentido econômico, uma vez que as partes irão, voluntariamente, barganhar seus direitos até que tal estágio seja alcançado. Este resultado independe, portanto, da distribuição inicial de direitos entre as partes. Fica claro nessa argumentação, que Coase enxerga o mercado como estrutura onde, além do comércio de mercadorias, comercializam-se direitos (SILVA, FARIAS, 2016, p. 866).

Com isso, Coase revela que a influência jurídica no mercado econômico poderá trazer as suas irradiações negativas, naquilo que chamou de *Law and Economics*. Para ele, o intervencionismo estatal estaria direcionado à criação de um ordenamento jurídico disposto a guiar os envolvidos nos processos de transação, trazendo-lhes a direção para uma maior

solução, que quando muito utilizaria a esfera administrativa para esse fim. Silva e Farias descrevem este pensamento de COASE:

An alternative solution is direct government regulation. Instead of instituting a legal system of rights which can be modified by transactions on the market, the government may impose regulations which state what people must or must not do and which have to be obeyed. [...] The government is, in a sense, a superfirm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factors of production by administrative decision.

Uma solução alternativa é a regulação direta do governo. Em vez de instituir um sistema legal de direitos que pode ser modificado por transações no mercado, o governo pode impor regulamentações que determinam o que as pessoas devem ou não fazer e quais devem ser obedecidas. [...] O governo é, em certo sentido, uma superempresa (mas de um tipo muito especial), pois é capaz de influenciar o uso de fatores de produção por decisão administrativa. (SILVA, FARIAS, 2016, p. 870).

O que ocorre, quando da aplicação do teorema de Coase, é um termo de cooperação entre as partes envolvidas na transação, feito entre os indivíduos que compõem o arranjo contratual, sem a interferência estatal (e o direito que a lastreia), pautado no poder de barganha existente entre as partes e na diminuição ou completa inexistência dos custos de transação.

Se houver uma interferência do Estado, este já está inclinado a privilegiar desmedidamente um dos lados da relação, e não permitirá que envolvidos diluam proporcionalmente seus prejuízos, fazendo que aquele que obteve uma maior vantagem o faça numa maior proporção, sem o equilíbrio desejado. Essa interferência somente é necessária se a barganha foi malsucedida. Porto e Garoupa (2020 p. 163) explicam esta teoria:

Com base nessa ideia, Cooter e Ulen formularam uma regra que estabelece a relação entre a necessidade da existência dos direitos de propriedade e o êxito da barganha. Em primeiro lugar, os autores afirmam que o Direito é desnecessário e indesejável para a descoberta de uma solução eficiente, quando a barganha é bem-sucedida. Em segundo, o Direito é necessário e desejável, quando a barganha falha. Essa formulação surge como ponto de partida para o estudo do teorema de Coase.

Porto e Garoupa citam a forma com que Ronald H. Coase exemplificou a sua teoria, a fim de torná-la mais didática do ponto de vista prático:

O referido teorema foi publicado por Ronald H. Coase, em artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, em 1960. Segundo ele, o dano pode não ter sido causado apenas por uma parte, mas uma delas será obrigada a arcar com o prejuízo. Nesse sentido, a externalidade não deve ser internalizada, necessariamente, por quem a causou. Ela deve ser internalizada pela parte que

a absorver com menor custo. Não se confunda a “causalidade jurídica” (A provocou o acidente que B sofreu) com a “causalidade econômica” (o acidente decorre de A e B estarem no mesmo local naquele momento). No segundo caso o prejuízo ao ser arcado por B não pode ser considerado injusto porque ele é tão causador como A. (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 163).

Coase, estabelece o dever das partes envolvidas, analisarem os fatores que levaram à assimetria negocial, até então perfeitamente aperfeiçoada entre as partes, de acordo com a livre vontade destas. Está-se diante de um desacerto de vontades, e não de uma responsabilidade aquiliana, derivada de um ato nitidamente ilícito, e as partes, em regra, poderem figurar como melhores juízes nas decisões referentes à solução dos conflitos. É o que discorre Mackaay e Rousseau (2020, p. 487):

Eisenberg explica que para determinar as sanções adequadas é preciso partir de dois princípios fundamentais do direito dos contratos, que denomina o princípio da barganha (bargain principle) e o princípio da indiferença (indifference principle) **O primeiro considera que, em geral, as partes são melhores juízes de seu interesse e que, portanto, convém fazer respeitar o contrato segundo as condições ajustadas**, salvo circunstâncias especiais como a existência de vício do consentimento. (grifo nosso)

Se as partes voluntariamente estabeleceram os regramentos contratuais, e houve a legítima aceitação, ele se fez graças ao acordo livremente pontuado pelas partes, e cabe a elas a primeira oportunidade de dirimirem os percalços que deslocaram o caminho natural do cumprimento da obrigação (PORTO E GAROUPA, 2020).

Cabe ao ordenamento jurídico estabelecer instrumentos normativos que diminuam os custos de transação, fortalecendo o poder de barganha, e não direcioná-los ao conflito, cujos valores das transações serão desmedidos e poderão refletir de forma considerável em um dos lados da controvérsia. Porto e Garoupa clarificam este pensamento:

O Teorema Normativo de Coase ainda vai além do aspecto mencionado acima. Isso porque, a premissa assumida até o presente momento era a de que os custos de transação seriam exógenos ao sistema jurídico, sendo determinados por situações de negociação que estão fora do âmbito do direito. Entretanto, pode-se considerar que alguns desses custos são endógenos ao sistema jurídico, no sentido de que as normas legais podem reduzir ou amplificar os obstáculos às negociações privadas. Desse modo, o Direito pode incentivar ou desincentivar o estabelecimento das negociações, ao diminuir os custos de transação (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 168).

Porto e Garoupa explicam a importância da criação de uma estrutura normativa voltada a sanar os desacertos derivados das relações privadas, fomentando a sua prática:

Pode-se considerar como um objetivo jurídico importante a “facilitação” das negociações privadas, por meio da redução dos custos de transação. O sistema jurídico pode fazer isso ao definir os direitos de propriedade de modo simples e claro. Nesse sentido, o Teorema Normativo de Coase pode ser explicitado da seguinte forma: “Estruture o Direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados”. O princípio é considerado normativo porque oferece orientação prescritiva para os legisladores e está inspirado em Coase na medida em que a troca privada, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 168).

Observa-se que o próprio Código Civil, em seu artigo 107, fomenta a forma livre de contratação, deixando as partes a liberdade de estabelecer a forma com o qual irão estruturar os seus pactos, desde que não haja vícios de vontade, e o objeto não seja ilícito. A respectiva letra legal, vai ao encontro do pensamento de Coase, e merece o devido aperfeiçoamento direcionado a fomentar a concórdia extrajudicial entre as partes que compõe o ato negocial.

Em considerável parte das vezes, os envolventes contratuais, quando de suas discordâncias, são os que melhores tendem a decidir o que é mais benéfico a estes, mantendo a autonomia das partes que permeia as tratativas. Timm (2015, p. 194) consubstancia este pensamento:

A liberdade de contratar igualmente implica autonomia da vontade, segundo o qual cada pessoa escolhe como e quando irá se obrigar. A ideia subjacente é a de que, já que os contratos criarão riqueza, atingindo situações de ótimo de Pareto, o direito contratual deve deixar as partes livres para buscarem o que é melhor para si. O ganho social defluirá por decorrência. Como todo valor é subjetivo, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou inconveniências.

E a melhor forma de otimizar a voluntariedade e a liberdade que fundam o direito contratual é a permissão para que seus envolventes, por meio do poder de barganha (citado por Coase), reduzam os custos de transação, tornando eficientes as negociações e mitigando as externalidades negativas. E o direito contratual não pode criar óbice para isto, conforme preconiza Timm (2015, p. 209), reforçando o pensamento de Coase:

Conforme preconiza Coase, porque existem custos de transação, as regras jurídicas afetam a alocação eficiente dos recursos na sociedade. O direito contratual não deve criar óbices que impeçam a situação de barganha (isto é, a cooperação) que traria a distribuição eficiente de riqueza por consentimento.

O jurista gaúcho sintetiza o pensamento de Cooter, demonstrando as benesses oferecidas pela barganha e a importância de seu incentivo:

Alguns custos de transação são endógenos ao sistema jurídico, no sentido de que as regras jurídicas podem reduzir os obstáculos à barganha entre as partes. O Teorema de Coase propõe que a lei pode incentivar a barganha pela diminuição dos custos de transação. A diminuição dos custos de transação lubrifica a barganha. [...] Podemos formalizar este princípio como o teorema normativo de Coase: Estructure a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados. [...] Assume-se que as trocas privadas podem alocar eficientemente os direitos. [...] Além de incentivar a barganha, o sistema jurídico tenta minimizar os desajustes e as falhas à cooperação, que são custosas à sociedade. [...] Estructure a lei de modo a minimizar o dano causado pelas falhas nos acordos privados (TIMM, 2015, p. 209).

Distanciar-se deste raciocínio é refutar a ideia de que os custos transação repercutem no mercado, pois isso gera externalidade negativas, com diluição destas despesas às sociedades afetadas aos objetivos daqueles contratos. Destarte o desembolso estatal, especificamente o judiciário, responsável por solucionar os conflitos, movimentando a máquina administrativa às custas do contribuinte, o qual poderia estar ao socorro de situações mais complexas e prioritárias.

E estes desacertos contratuais poderiam ser mais facilmente resolvidos entre seus envolvidos (pois nasceram da vontade destes), caso houvesse um complexo legislativo tendente a incentivar a prática da barganha, inclusive, sugestiona-se como pré-requisito, anterior ao ajuizamento da demanda judicial, a tentativa de ajuste amigável entre as partes, como método mais eficiente no deslance das lides derivadas das tratativas mercadológicas e negociais de um modo geral.

3.2 O PODER DE BARGANHA NOS CONTRATOS PRIVADOS

A barganha, desde o ponto de vista geral, até conceitos mais específicos ligados ao direito e às relações contratuais, denota o poder de negociação das partes envolvidas no processo de troca de riquezas. Sua nascente não se restringe ao momento do firmamento dos pactos negociais, ela está situada desde a fase de pontuação de seus envolventes.

Desenvolver o poder de barganha, difundir-lo no exercício de práticas mercantilistas e em todos os estágios percorridos nas transações, fortalece o aparato necessário para um bom desenvolvimento econômico.

As tratativas mercadológicas e o poder de persuasão, estabelecido entre seus autores, tornam eficaz as transações comerciais e fortificam estas relações. Destarte, induz a uma maior consciência dos sujeitos que compõem as pactuações, deixando a esses a solução dos conflitos e das animosidades surgidas em toda atividade mercadológica (PORTO E GAROUPA, 2020).

Fomentar a barganha é fortalecer o aspecto cooperativo das relações contratuais, para que desajustes sejam amistosamente solucionados, sem maiores custos de transação e reflexos no Mercado, o qual Timm, inclusive, sugere ao direito contratual incentivos a essa cooperação:

De acordo com a teoria da barganha, em um jogo cooperativo, como é o acordo privado, as partes irão cooperar na tentativa de direcionar o bem ou o serviço à parte que o valorize mais. Isso ocorrerá contanto que as partes concordem com o montante de saldo positivo a ser dividido entre elas. Em relações negociais de curto prazo, as partes tendem a não considerar as diversas consequências de suas atitudes (principalmente quando não existirem sanções informais, como à reputação ou lista de devedores) (TIMM, 2015, p. 200).

Timm coloca a cooperação dos contratantes como forma de incentivar a contratação, e não torná-la duvidosa:

Pelo fato de a outra parte ser capaz de prever esta estratégia dominante (faltosa), ela pode evitar a realização do negócio. O direito contratual pode gerar incentivos à cooperação e assegurar à parte receosa o cumprimento do contrato que espontaneamente não aconteceria pela falta de consequências ao inadimplente (TIMM, 2015, p. 200).

Uma boa interpretação dos contratos privados e a barganha está incluída na maior parte deste processo, direciona-o ao bom funcionamento do mercado e previne contendas, dispensando a intervencionismo governamental, reduzindo a inchaço processual a que está acometido o poder judiciário, além de trazer uma melhor segurança jurídica entre as partes pactuantes. Ribas (2017) estabelece um ponto de vista interessante neste sentido:

A expectativa de boa formação dos contratos presume “que as instituições (de direito) estão bem definidas, pois a previsão do resultado depende dessa estabilidade”. Aliás, disto depende inclusive a segurança política, econômica e monetária, relativamente aos contratos; a afastar a intervenção jurisdicional, permitindo-a mediante a edição de leis (interventoras) claras; permitindo às partes prever – de certa forma – a interpretação ante a praxe negocial.

O próprio judiciário, por vezes, é inconsistente em suas decisões, mesmo com o aparato jurídico voltado à parte fragilizada da relação contratual, isso gera oscilações no mercado, as quais poderiam ser evitadas caso houvesse uma melhor difusão da força negocial e um plexo legislativo que estimulasse seus agentes a barganharem. Assevera Ribas (2017):

Portanto, espera-se do Judiciário no âmbito dos contratos empresariais a promoção da eficiência, a preservar a “natureza econômica da ligação entre as partes, e com base nisso decidir da forma como se maximiza a riqueza e o bem-estar coletivo”. Para tanto, necessário evitar “as constantes divergências jurisprudenciais em matéria contratual, pois trazem instabilidade para as negociações”, a configurar maiores custos de transação, em prejuízo dos contratos empresariais, onde “o ideal é a certeza e a previsibilidade”.

Promover a eficiência dos contratos empresariais, para que o seu deslinde maximize riquezas, acima de tudo, é evitar incertezas jurídicas, dando a devida estabilidade a estas relações, com menos reflexos sociais como fora abordada nesta pesquisa.

As exteriorizações de vontade, quando das formações contratuais, não surgiram de vícios de vontades ou consentimentos, como dolo, erro, perigo, estado de lesão e coação, por exemplo. O próprio Código Civil Brasileiro propõe que as tratativas contratuais sejam estabelecidas sob uma presunção de boa-fé objetiva, em que as partes tencionam chegar ao seu final, gerando a circulação de riqueza, e cumprindo o desiderato ao que foi proposto (AZEVEDO, 2019).

A literatura estabelecida por estudiosos do direito privado demonstra que a vontade das partes é inerente à formação, à estruturação e ao percurso dos atos negociais, tendo a sua autonomia a mola propulsora do desenvolvimento destas trocas de riquezas. Tolher esta principal característica é corroborar com a construção de contratos, até então privados, a pactos regidos pelo poder público, como esclarecem Tepedino, Konder e Bandeira (2022, p. 19):

Sucederam-se desde então diversos movimentos sociais, demandando a intervenção do Estado nas relações econômicas para proteger as partes mais fracas e reduzir os desequilíbrios nas contratações privadas. A abrangência totalizante do Código Civil deu lugar à atuação incessante do legislador, que, por meio de normas que se imaginavam temporárias e contingentes, e por isso mesmo chamadas de “leis extravagantes” intervinham nas diversas searas sensíveis da economia, criando regras específicas para o atendimento de certos interesses sociais.

Os autores supracitados nominam esta tendência interventiva estatal de dirigismo contratual, em que o Estado retira o controle contratual dos seus atores:

Chamou-se a esse movimento de evolução qualitativa do direito contratual de “dirigismo contratual”, pelo qual a liberdade de contratar sofre cada vez maior controle dos poderes públicos, que impõem requisitos, vedam cláusulas, restringem efeitos, cominam interpretações e determinam causas de dissolução, transformando o contrato, outrora fenômeno privado e individual, em cada vez mais fenômeno social: “a liberdade individual e a autonomia da vontade dos particulares recua diante do intervencionismo dos poderes públicos, e o contrato livre tende a tornar-se um contrato dirigido” (TEPEDINO, KONDER, BANDEIRA, 2022, p. 19).

Ainda os referidos autores deixam latente a generalidade que as tutelas governamentais tomaram forma frente as relações privadas:

Generaliza-se a intervenção heterônoma no contrato, que, deixando de ser regido exclusivamente pela vontade das partes, assegurada pelo Código Civil, passa a sujeitar-se à intervenção de fontes legislativas com metas sociais específicas, alheias à vontade individual, que se torna assim induzida ou dirigida ao alcance de tais propósitos legislativos (TEPEDINO, KONDER, BANDEIRA, 2022, p. 19).

Prestigiar o poder de negociação estabelecido nestas tratativas, edificando positivamente a autonomia de vontade de seus autores, é também coroar a confiança estabelecida entre seus envolventes, teoria basilar dos estudos contratuais, trazendo o seu verdadeiro significado, a seguridade jurídica. Este fator é pontualmente explanado por Tepedino, Konder e Bandeira (2022, p. 22):

Neste contexto, destaca-se a denominada teoria da confiança, que procurou prestigiar a declaração como tutela da legítima expectativa despertada pela relação contratual, valorizando-se, para tanto, a declaração de vontade juntamente com o comportamento das partes no negócio concretamente considerado. Com a teoria da confiança, reconduz-se a compreensão do significado do contrato à efetivação dos valores tutelados pelo ordenamento: a vontade declarada deve prevalecer não por apego formal à declaração, mas pela confiança que incute na outra parte quanto ao comportamento esperado. Impõe-se ao declarante o ônus de arcar com as expectativas legítimas que gera no declaratório, de maneira a assegurar a proteção da boa-fé nas relações contratuais.

Eles balizam seu estudo na própria legislação civil pátria:

Extraída da conjugação dos arts. 112 e 113, do Código Civil, a teoria da confiança, na experiência brasileira, informada pelo princípio da boa-fé objetiva, considera vinculantes as manifestações que suscitam nas partes a compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração, incutindo, assim, confiança, de modo a gerar, por isso mesmo, legítimas expectativas (TEPEDINO, KONDER, BANDEIRA, 2022, p. 22):

A livre negociação deu início à relação contratual e encontra na barganha e nos contratos privados a ligação direta com a autodeterminação das partes e a liberdade contratual. Esses elementos são congruentes ao magistério de Fernandes (2014 p. 53):

Mas não é só. As ideias de autodeterminação e liberdade individual ainda residem no direito privado. Foram modificadas, reformuladas e redimensionadas em face da interação com a nova principiologia contratual, com o pensamento civil-constitucional e com a publicização dos contratos. Há, contudo, elementos importantes inerentes aos valores liberais que ainda pautam a aplicação do direito civil, conforme se expôs no capítulo anterior.

Fernandes explica que o fator central das relações contratuais e os deslindes negociais residem prioritariamente na vontade das partes:

A ideia de que os deveres principais da relação contratual aplicam-se somente às partes contratantes prestigia essa visão clássica, sem olvidar-se da axiologia emanada dos postulados desenvolvidos ao longo do século XX. O elemento vontade ainda constitui o vetor central para outorgarem-se obrigações de tamanha gravidade (com ônus patrimoniais evidentes) às pessoas, especialmente porque se cuida da esfera privada (FERNANDES, 2014, p. 53).

Macedo Júnior compartilha com este pensamento, destacando o mútuo consentimento e a barganha como elementos determinantes em toda estrutura contratual:

Por fim, os contratos descontínuos implicam “mútuo consentimento” na medida em que presumem que os termos da troca que resultam da barganha instrumental são livremente estabelecidos pelas partes antes do início do cumprimento do contrato. Tal princípio está consagrado na ideia da autonomia da vontade e na importância do consenso para a formação dos contratos (MACEDO JÚNIOR, 2015 p. 26).

A autonomia privada é o princípio cardeal dos contratos, e a ela pertence o poder de consenso entre as partes, o qual a conciliar é o método de resolução destes, findando-os, sem externalidades econômicas substanciais, fortalecendo seus envolventes e dispensando um aparato estatal para conclusão e satisfação de seus interesses (NANNI, 2021).

A liberdade contratual, não se pode olvidar, traz elementos basilares da construção contratual, os quais, para autores como Nanni (2021, p. 431), esse princípio tem quatro facetas:

Em primeiro lugar, figura a liberdade de concluir contratos. Como regra, os cidadãos são livres para decidir a respeito da conveniência de celebrar dado contrato. A título ilustrativo, diante de dada oferta, o proprietário de certas mercadorias é livre para decidir se celebra ou não o contrato de compra e

venda que lhe foi proposto. A liberdade de concluir contratos também é amiúde qualificada como liberdade contratual propriamente dita.

Em sua segunda faceta, Nanni argumenta que na liberdade contratual, inclui-se a liberdade de escolha, livre de máculas:

Em segundo lugar, encontra-se a liberdade de escolher com quem contratar. Como regra, os cidadãos podem escolher com quem celebrar dado contrato. Novamente a compra e venda serve de exemplo. Diante de duas ofertas semelhantes, o mesmo proprietário de mercadorias pode preferir celebrar o contrato com o proponente que conhece mais de perto, de modo a mais bem assegurar-se contra o risco de inadimplemento (NANNI, 2021, p. 431).

Na terceira, e penúltima faceta, Nanni expõe a liberdade de determinação do conteúdo contratual:

Em terceiro lugar, encontra-se a liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Como regra, cabe às partes estipular as cláusulas que virão a compor certo contrato. Para continuar com o exemplo a que se tem feito recurso, o valor das mercadorias, o prazo para pagamento, o tempo e o lugar da entrega serão aqueles acordados pelas partes no momento da conclusão do negócio (NANNI, 2021, p. 431).

Por fim, Nanni pontua a liberdade de escolher a forma do contrato:

Em quarto lugar, encontra-se a liberdade de escolher a forma do contrato. Como regra, os cidadãos podem eleger a forma que mais lhes aprouver para celebrar dado contrato, nos termos do art. 107 do Código Civil. Desse modo, a compra e venda de mercadorias antes referida pode ser concluída de maneira verbal, por instrumento particular ou por escritura pública, de acordo com a conveniência das partes (NANNI, 2021, p. 431).

Malhotra, referência em negociações no mundo, destaca a preservação dos princípios fundamentais, quando na realização das transações, como forma eficaz de dirimir e solucionar os desacertos entre a partes ali envolvidas:

Em vez disso, o segredo é focar nos princípios. Os princípios são menos numerosos e são sim amplamente aplicáveis. Eles incluem muitas das ideias consideradas em todo este livro, como: controlar o enquadramento, ser consciente sobre percepções, ajudar o outro lado a preservar seu orgulho, ter uma estratégia de processo, negociar o processo antes do conteúdo, normalizar o processo, diminuir o limite para o progresso, permanecer na mesa, demonstrar empatia, criar folga, trabalhar o corpo como um todo, mapear o espaço de negociação, buscar maior entendimento, criar valor e assim por diante. O que você precisa fazer em cada situação será, em última análise, uma

decisão do momento, mas essa decisão será muito melhor se você mantiver esses princípios básicos em mente (MALHOTRA, 2016, p. 197).

O renomado professor da *Harvard Business School* evidencia a busca por um meio termo quando da existência de conflitos, a ponderação dos seus agentes gera o sucesso das negociações:

O mesmo vale nas negociações: as táticas variam. Posso aconselhar um cliente a se afastar da mesa até o outro lado atenuar suas exigências e outro a permanecer engajado e trabalhar em busca de um meio-termo. Posso aconselhar um aluno a negociar com firmeza até obter uma oferta de emprego melhor e outro a aceitar o que lhe foi oferecido. Posso dizer a um diplomata ou político que deveria fazer um ultimato e a outro que deveria evitar táticas como essa. Posso batalhar pelo meu processo preferido em uma negociação e aceitar as preferências do outro lado na seguinte (MALHOTRA, 2016, p. 197).

E conclui que usufruir de valores principiologicos em um acerto de contas faz que as assertivas evoluam a um caminho mais correito:

O ideal é que você considere todos os princípios antes de adotar qualquer plano de ação importante. Na prática, provavelmente é melhor identificar alguns dos princípios do livro que você considera mais relevantes para si: coisas que você não fez bem ou de forma consistente no passado ou ideias que parecem mais claramente aplicáveis aos seus problemas. Depois que você achar que está aplicando esses princípios com consistência e eficácia, comece a adicionar mais deles ao seu repertório (MALHOTRA, 2016 p. 197).

Tornar o intervencionismo estatal uma regra na solução das contendas contratuais é retirar o princípio formador dos pactos negociais, neste caso, a liberdade contratual, que deve ser pontuada, preservada e privilegiada do início ao término das tratativas, sob pena de enfraquecimento do poder de barganha, mitigação da liberdade contratual e sobrecarga de demandas levadas ao poder judiciário. Nas palavras de Malhotra (2016), é retirar a interação humana, que é o elemento ensejador das relações contratuais, assim como o norte essencial na solução de seus desacertos.

3.3 EXTERNALIDADES NEGATIVAS GERADAS PELO ENFRAQUECIMENTO PODER BARGANHA

Para uma melhor digressão do subtítulo proposto, faz-se essencial trazer o conceito de externalidade, compreendendo assim por que determinadas atitudes governamentais podem

gerar reflexos nocivos ao mercado, comprometendo a eficiência da análise e econômica do direito. Porto e Garoupa (2020, p. 66) conceituam assim:

Para o presente curso, as externalidades constituem a falha de mercado mais importante a ser estudada, na medida em que é possível traçar diversos paralelos entre os problemas suscitados pela análise econômica da responsabilidade civil e o conceito de externalidades. As últimas podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações, e que impõem diretamente custos ou benefícios a terceiros.

Os autores complementam o raciocínio, justificando que as externalidades negativas ocorrem, quando terceiros, alheios aos componentes das relações contratuais, são atingidos:

Diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado e passa a incluir também o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 66).

Isso influi sobremaneira nas oscilações de mercado:

Ou seja, o equilíbrio de mercado é atingido sem que a externalidade, representada pelo custo/valor social, componha a sua equação, o que faz com que o mercado aloque os recursos de maneira ineficiente. A seguir, apresentamos dois exemplos para elucidar como externalidades negativas e positivas podem interferir no equilíbrio de mercado gerando resultados ineficientes (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 66).

O poder estatal, não fomentando, e muitas vezes pouco interessado na criação de dispositivos legais, para que desacertos contratuais sejam preponderantemente revistos pelas partes envolvidas, sem a intervenção do Estado, priorizando a autodeterminação que as levaram a pactuar, traz a coletividade consequências econômicas e sociais.

Conter as externalidades negativas de mercado, frente ao protecionismo estatal, inicia-se com a utilização do poder judiciário, como última alternativa na solução dos conflitos. Deve-se, sim, difundir uma melhor consciência da autonomia privada como elemento principal dos pactos negociais, enaltecendo a autodeterminação e a liberdade individual contidas no direito privado. Esses fatores principais do processo é que irão delinear os caminhos naturais destas relações até o seu desfecho (FERNANDES, 2014).

Priorizar e difundir interposições governamentais para soluções contratuais, seja para direcionar seus efeitos e as suas consequências, invariavelmente serão percebidos em médio e em longo prazo por meio dos reflexos negativos no mercado, prejudicando seus usufrutuários.

Uma das justificativas à crítica ao intervencionismo estatal recorrente, e das disseminações negativas dali advindas (corriqueiras interferências nas atividades privadas), remonta-se na criação de um complexo legislativo, cuja amplitude interpretativa coube ao Poder Judiciário, que não dispõe de um aparato estatístico para detectar a funcionalidade de sua atuação frente à interação existente entre a economia e o direito. Citados por Fernandes (2014, p. 69), Shavell e Kaplov fortalecem este entendimento:

os tribunais deveriam evitar a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado, fazendo-o em termos de nomes muito genéricos como a justiça social e a função social, com a visão da justiça distributiva. Não poderiam agir assim sem levar em conta as consequências de uma cadeia de eventos.

Conforme destaca Fernandes, Shavell e Kaplov estabelecem as razões para que os tribunais trilhem, com suas decisões, caminhos que vão ao encontro a uma análise e julgamento mais eficientes, com menos irradiações nocivas no mercado. Em especial, quando se trata de conflitos derivados das relações contratuais privadas:

A razão para tanto é que os tribunais não dispõem de estatísticas para medir quem está de fato se beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo. A baixa probabilidade de os tribunais acertarem a medida correta em cada caso concreto faz surgir grande presunção em favor do *pacta sunt servanda*. O sistema tributário seria, presumivelmente, mais eficiente em redistribuir a riqueza produzida na sociedade, enquanto os direitos dos contratos e propriedade são cumprido (FERNANDES, 2014, p. 69).

Preponderar ao Judiciário as definições dos conflitos provenientes das contraturalidades, que livremente foram deliberadas pelas partes envolvidas, a estas cabendo inicialmente a direção de seu final, apenas ameniza os anseios buscados pelas classes econômicas que as aproveitam (TIMM, 2012).

Entretanto, os rebotes do mercado a estes usufruidores tendem a ser incontestes, pois há uma forte tendência política nas decisões dos magistrados pátrios, sob argumento de uma justiça social distributiva. Decisões estas que não são bem assimiladas pelo mercado, causando reflexos danosos na coletividade. É que retrata Timm (2012, p. 3759):

E quanto à jurisprudência? No Brasil, tal como nos países de tradição romano-germânica em geral, os juízes são fortemente influenciados pela doutrina, que joga papel fundamental na práxis jurídica (especialmente sobre os julgadores do 1º Grau). Portanto, esses ensinamentos doutrinários acabam refluindo para os acórdãos dos tribunais. Cabe ressaltar, por oportuno, que os julgados dos tribunais superiores não são dotados de força vinculante (doutrina do *stare decisis*) no Brasil, com a exceção das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, previstas pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Nem mesmo têm o condão de exercer persuasão, como ocorre em alguns países da Europa.

Timm fornece dados interessantes sobre esta tendência dos magistrados que, por meio de seus julgados, buscam o equilíbrio societário:

Em um acurado estudo, Pinheiro evidencia que uma das principais preocupações dos magistrados do 1.º Grau é com a *justiça social*. Segundo a sua pesquisa, mais de 70% dos juízes entrevistados preferem fazer *justiça social* a aplicar a *letra fria* da lei e do contrato. Isso resulta demonstrado na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que concluiu: “A função social do contrato tem por objetivo evitar a imposição de cláusulas onerosas e danosas aos contratantes economicamente mais fracos” (TIMM, 2012, p. 3759).

Analisar os graus de vulnerabilidade das partes envolvidas na contenda judicial poderia ser um método eficaz na contenção de decisões, cujo pensamento de seus julgadores está predisposto ao lado dos chamados menos favorecidos do processo. Na lição de Lôbo, o que se tem é uma presunção jurídica, absoluta, conforme prenota o ilustre professor:

Dispensa-se o controle quando, no contrato, os figurantes são presumivelmente iguais, seja porque os riscos econômicos são equivalentes, seja porque ambos detêm o domínio das informações, seja porque os poderes de barganha se encontram equilibrados. São iguais por presunção, pois não se pode exigir igualdade absoluta entre eles, dado a que sempre haverá entre os contratantes desigualdades pessoais, sociais e econômicas, que não são utilizadas para exercício de poder ou de exploração de um contra o outro. Nesses casos não faz sentido cogitar-se de presunção de vulnerabilidade jurídica (LÔBO, 2019, p. 139).

E faz interessante digressão sobre o distanciamento das decisões judiciais, face à lógica de mercado:

É o que se dá, na maioria dos casos, com os contratos interempresariais ou com os contratos entre pessoas que não exercem atividade econômica. Ainda assim há limitação da autonomia privada, no plano geral, em razão dos bons costumes e das normas legais que estabelecem critérios objetivos, fora da

lógica de mercado, como a boa-fé, a lesão e a função social (LÔBO, 2019, p. 139).

Não há qualquer levantamento substancial, nem estudo aprofundado, nas várias instâncias do poder judiciário, realizado de maneira eficaz, de forma a conter esses desacertos de mercado, tendo como base uma análise satisfatória a despeito da graduação de vulnerabilidade das partes envolvidas na lide, trazendo ao processo uma conclusão mais assertiva sobre as partes envolvidas, direcionando a decisões mais equilibradas, favorecendo uma melhor justiça distributiva, evitando reflexos severos no mercado (TIMM 2015, p. 207).

Como é o caso do Recurso Especial sob n. 579107/MT, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi que, de maneira correta, buscou equalizar os prejuízos decorrentes da variação cambial, cujos contratos de compra e venda de soja estavam atrelados a cédulas de produtor rural:

Direito civil. Recurso especial. Ação revisional de contratos de compra e venda de soja verde atrelados a cédulas de produto rural.
Cláusula de variação cambial. Autorização para o pacto. Lei 8.880/94. Conselho Monetário Nacional. Resoluções nº. 2148/95 e nº. 2483/98. Validade do ajuste. Excessiva onerosidade. Janeiro de 1999.
Distribuição eqüitativa.
- O pacto de cláusula cambial em cédula de produto rural não afronta o art. 6º da Lei nº. 8880/94, porquanto a autorização está prevista em lei federal (Lei nº. 4595/64, art. 4º, incs. VI e XXXI), ficando a cargo do Conselho Monetário Nacional a sua regulamentação, a qual foi exercida, na hipótese, por meio das Resoluções nº. 2148/95 e nº. 2483/98.

A Douta Ministra, de maneira acertada em seu julgado, impõe que os prejuízos sejam equalizados entre os envolvidos da lide, sem preponderar para um lado em detrimento do outro:

- Dada a abrupta variação cambial da moeda americana frente ao Real, verificada em janeiro de 1999, deve ser reconhecida a onerosidade excessiva das prestações tomadas pelo devedor que pactuou cédula de produto rural com cláusula de indexação pela variação cambial. Nessa hipótese, deve a cláusula ser revisada para se distribuir entre devedor e credor, eqüitativamente, a variação cambial observada.
Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
(REsp n. 579.107/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/12/2004, DJ de 1/2/2005, p. 544.)

O mesmo STJ, em caso análogo, demonstra que uma decisão equânime, sempre a melhor e menos custosa forma de resolver as contendas. E prolatou:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. VARIAÇÃO CAMBIAL. DÓLAR NORTE-AMERICANO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REAJUSTE POR METADE.

Este Superior Tribunal, em julgado da Segunda Seção, firmou entendimento no sentido de dividir por metade as diferenças resultantes da maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999.

Recurso especial provido.

(REsp n. 618.841/SP, relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 17/6/2004, DJ de 1/7/2004, p. 194.)

Não está se propondo um afastamento das funções sociais entremeadas aos contratos, mas que a sua aplicação seja realizada de forma mais harmonizadas, quando chega aos tribunais, evitando externalidades negativas, que é fruto do enfraquecimento do poder de barganha, este que deriva da autonomia da vontade das partes, e deveria ser preponderante nas resoluções contratuais, sem predefinições sobre parte fraca ou forte da relação. O que não é feito costumeiramente pelo poder judiciário (TIMM, 2012).

Como visto, os reflexos nocivos no mercado advêm de vários fatores, em especial, e objeto deste estudo, do enfraquecimento e ausência de incentivo à barganha de seus contratantes, e de decisões judiciais não equânimes. A análise econômica do direito, para ser efetiva neste cenário, deve estar entremeadada a todo o processo, despertando importantes considerações e atenção pelo judiciário. É o que propõe Lôbo (2011, p. 235):

Propomos um método que leve em consideração, além dos dispositivos legais, a possibilidade de adequação dos contratos a partir de standars admitidos: nos direitos fundamentais, no sistema como um todo e nas próprias disposições legais, dentro de determinada processualidade a se auferir função social e econômica. Não deixando a questão social em segundo plano, mas também não a tornando tão custosa a ponto de comprometê-la, mas de realmente encontrar situações de equilíbrio, ainda que assimétrico

O autor prossegue, expondo que a análise interpretativa dos contratos e a expectativa de sua discussão frente ao judiciário provocam imediatamente a irradiação de custos a quem dele usufrui:

Há um índice de inadimplência e um inegável risco na interpretação dos contratos que podem ser medidos, como já foi feito, analisando-se o quanto a frustração das expectativas podem gerar custos. No caso brasileiro, tais custos, em última análise, também são custos sociais, porque, se num primeiro momento, são custos dos lesantes, passam a integrar, na maioria dos casos, o preço dos produtos. Portanto, o custo social, no Brasil, leva em conta a morosidade, o convite ao não cumprimento, pela redução de custos, e o custo de interpretação das cláusulas gerais, contrariamente às expectativas esperadas (legítima ou ilegitimamente) (LÔBO, 2011, p. 235).

E finaliza, propondo sugestões de uma análise econômica das relações contratuais, a fim de evitar possíveis impactos no mercado, e custos reflexos aos deles, o que invariavelmente culminará em oscilações sociais:

A sugestão, assim, é a de verificação de impacto econômico e concorrencial, nos casos em que se aplicará a função social dos contratos, para estabelecer seus lineamentos, não sendo outro dispositivo aplicável, no caso de haver a possibilidade de novo desequilíbrio ou efeitos diagonais custosos para terceiros, ligados direta ou indiretamente ao contrato em discussão, compatibilizando efeitos econômicos e sociais (LÔBO, 2011, p. 235).

Os contratos negociais devem, em regra, seguir o seu ciclo natural. Em gerando divergências, as partes prioritariamente devem buscar seus ajustes sem uma intervenção estatal imediata (judiciário), equilibrando lucros e perdas, utilizando as tutelas governamentais em casos nos quais a barganha não obteve êxito, sem que a lucratividade se torne excessiva, senão abusiva. Mesmo nestes casos, cabe aos tribunais decidirem de forma proporcional, sob pena das consequências negativas transparecerem na economia, refletindo em seus obtentores (LÔBO, 2011).

Diminuindo o poder de barganha, e levando os desacertos massivamente para os tribunais, tendentes à proteção dos ditos vulneráveis, ou, muitas vezes conflitantes em suas decisões, desencadeia-se uma insegurança jurídica, que prejudica os trajetos naturais das atividades econômicas, gerando o desequilíbrio. Os excessos do poder público trazem consequências nocivas, conforme prenotaram D'urso e Henrique (2008):

A segurança jurídica é importantíssima porque alicerça a proteção aos cidadãos. Dela decorrem a segurança de todos os demais direitos individuais e coletivos. Assim, as normas legais passageiras, as normas que não pegam, as normas inconstitucionais, as normas que geram interpretações divergentes expõem ainda mais o desequilíbrio de forças entre o Estado e o cidadão. Somente com a segurança jurídica, é possível combater os excessos do Poder público e garantir a liberdade, igualdade, segurança e a plenitude da cidadania.

A análise das externalidades negativas, provocadas por um intervencionismo estatal excessivo, e estruturadas nesta pesquisa, afetam também aos que não participam das contendas judiciais ou sequer desejem a tutela estatal, pois pertencem como partes a uma cadeia colaborativa de inter-relações contratuais. A quebra desta cadeia gera os reflexos nocivos a seus autores. Timm (2015, p. 197-198) atenta-se para estes fatores, conforme já abordado, em contratos de habitação, nos quais inadimplimentos contratuais, por meio de ações judiciais, podem dificultar e encarecer o acesso de novos mutuários a empréstimos habitacionais.

Timm cita, acertadamente, que fatores externo-governamentais também afetam os contratos de seguro:

Esse entendimento, da mesma forma, aplica-se aos contratos de seguro. Nesse particular, feliz é a percepção cunhada pelo jurista Ovídio Batista da Silva, a propósito das relações contratuais securitárias e previdenciárias, onde subjaz, assim como no sistema financeiro habitacional, uma “relação comunitária de interesses”. Nessas operações é necessário gerar um grande número de contratos análogos, a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cujas satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual (TIMM, 2015, p. 198).

Quando se pensa em um interesse social das relações contratuais, e suas discrepâncias e desacertos, se sanadas por métodos intervencionistas, o Estado deve atinar-se ao fato de que aquelas relações negociais pertencem a um contexto social, as intervenções sem uma reflexão sensata distanciam-se de uma correta e positiva interação entre o direito e os processos econômicos que o circunda. Ambiente este que deve ser levado em consideração, em especial as consequências de suas decisões a sociedade como um todo (TIMM, 2015). Se isto não for feito, reflexos econômicos ocorrerão e invariavelmente seus adquirentes serão os mais afetados.

Na visão de Timm, não se pode separar o mercado da sociedade, e seu caminho não pode ser artificialmente conduzido pelas normas que o compõe:

Corolário disso é que o mercado não está separado da sociedade; ele é parte integrante dela. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas (com maiores ou menores eficácias social e econômica). Portanto, não se pode dizer que o mercado seja algo artificialmente garantido pelo ordenamento jurídico, como querem alguns que atacam a característica espontânea de suas forças (TIMM, 2015, p. 199).

E assevera que a teoria dos jogos deve ser preponderante nas atividades contratuais, ao menos as empresariais, destacando os contratantes devem ser incentivados a cooperação e não a conflitos:

Nesta realidade que é o mercado, as partes contratantes são e devem ser individualistas (pelo menos em contratos empresariais, talvez não em pactos de família). As partes estão, por óbvio, tentando concretizar um melhor negócio. A teoria dos jogos, para além de explicar o comportamento dos contratantes, contribui para a abordagem normativa do direito contratual e para sustentar a necessidade de se criar incentivos à cooperação, que tende a gerar um saldo positivo a ser dividido entre as partes (TIMM, 2015, p. 199).

Intensificar a proteção estatal, suas interferências, nem sempre pode gerar uma justiça redistributiva coesa, como pensa estar realizando o poder público. Os custos destas demandas, mesmo que beneficiando aqueles que nela se socorrem, continuamente serão repassados aos usufruidores daquele mercado. De forma didática, Timm (2015, p. 206) explica este fenômeno, citando exemplos:

Ademais, as intervenções ensejam o comportamento oportunista, permitindo que a parte mais fraca, na partição do bolo econômico, fique com o todo e, ainda, goze de todos os benefícios advenientes do contrato. Por exemplo, se o tribunal decidir que a taxa de juro em contratos de financiamento privado deve ser inferior aquela paga pelos títulos do governo (que é considerada de risco zero),⁵⁰ ou, ainda, quando o tribunal concede uma liminar dizendo que a companhia de seguro deve cobrir uma cirurgia ou um tratamento não previsto pela apólice, ou, então, quando, via liminar, suspende ou proíbe o corte do fornecimento de energia elétrica, não está criando valor, não está dividindo o saldo positivo entre as partes.

E alerta sobre o repasse de custos aos indivíduos que não fizeram parte daquela relação negocial, cuja solução se deu graças a um ônus demasiado a um dos lados:

Está, na verdade, permitindo que um dos contratantes fique com todos os bônus e, via de consequência, cria incentivos para que os ônus, direcionados ao outro contratante, sejam repassados àqueles que não figuravam naquela relação (TIMM, 2015, p. 206).

Foi o que o ocorreu com produtores de soja do estado de Goiás, quando alguns agricultores que venderam soja antecipada, e frente à supervalorização do produto, adentraram judicialmente com ações de revisão, alegando imprevisibilidade e enriquecimento injustificado na parte contrária.

O Tribunal de Justiça goiano desobrigou tais agricultores que haviam ingressado com as respectivas ações, por considerá-los hipossuficientes, os quais não precisaram cumprir integralmente o que fora ajustado. Como externalidade, agricultores que não ajuizaram a respectiva demanda foram afetados no ano seguinte, pois os compradores locais preferiram não fazer mais compra antecipada de soja, diminuindo o poder aquisitivo daqueles (que dependiam do capital privado para financiar a lavoura) e a consequente circulação de riqueza (dificuldade na composição da cadeia produtiva) (TIMM, 2012).

Dentro de um análise econômica-legal desta relação, não houve uma compatibilização salutar ao mercado, pois a defesa do interesse de uma das partes não levou em consideração

suas irradiações econômicas a serem sofridas pelo mercado, causando os desajustes sociais conforme citado.

Em outro setor de mercado, quando se trata de serviços públicos básicos, fornecidos por concessionárias em sua maioria, o afastamento da barganha e a aplicação desmedida da função social dos contratos, aliados ao Código de Defesa do Consumidor, podem gerar externalidades desastrosas, como explica Timm (2012, p. 3785):

Recentemente, o STJ reverteu liminares concedidas pelos tribunais estaduais no sentido de proibir as companhias concessionárias do serviço de fornecimento de água e energia elétrica de cortar o fornecimento destes serviços. No caso do fornecimento de água, o Presidente do STJ usou de argumentos consequenciais para permitir a interrupção do fornecimento do serviço aos consumidores inadimplentes.

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente em seus argumentos, destacou o risco que a inadimplência pode provocar no abastecimento de água:

O certo é que a leitura dos autos demonstra o agravamento do quadro de inadimplência que afeta a concessionária e a nociva repercussão do contexto sobre a saúde financeira da empresa, o que pode levar, inclusive, ao colapso no abastecimento de água do Município. Dessa forma, não se mostra razoável a proibição de interrupção no fornecimento de água àqueles consumidores que, mesmo após notificados, permanecem inadimplentes [...].

Neste cenário, fica visivelmente constatado que a ausência da barganha, a falta de uma legislação motivadora para este fim e a colocação das soluções das disputas sob a intersecção do poder estatal corrompem o caminho natural da econômica, tirando das partes o seu poder decisório.

O Estado, do âmago de uma justiça redistributiva, não consegue equalizar de forma precisa, com métodos eficazes de análise econômica do direito, as distopias que suas decisões podem gerar no mercado, trazendo amenidades aos envolventes, sem analisar os demais autores que pertencem àquele mercado e fatalmente serão atingidos pelas externalidades nocivas lá geradas.

Desmotivar a negociação entre as partes, para dirimir as disparidades contratuais, socorrendo-se preponderantemente ao Estado como forma de solução, afastando-se do poder de barganha, faz irradiar resultados não desejados àquela classe econômica que usufrui daquele produtor ou serviço prestado, causando sequelas no mercado, gerando custos aos seus envolventes, além de insegurança jurídica naquele contexto mercantil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, buscou-se, por meio de estudo de legislações intervencionistas, que dão respaldo à tutela governamental nas relações privadas, estabelecer suas influências nas movimentações mercadológicas, e verificar como determinadas classes econômicas, sob a proteção do aparato jurídico intervencionista, reagem este processo de intromissão legal do Governo. E ainda: que impactos negativos a seus envolvidos isso gera? Quais as alternativas de mitigação destes reflexos, a fim de melhorar as atividades econômicas e regulação positiva de mercado em face desta proteção. Responder a tais questionamentos é o que visou este estudo, enfocado nas benesses e influências que a barganha pode trazer neste complexo jurídico-econômico.

Como amostra de legislações que interferem nos pactos negociais privados, observou-se a forma pelo qual as normatizações interventivas, previstas no Código de Defesa do Consumidor, Lei de Defesa da Concorrência e o no Código Civil, em especial o seu artigo 421 (função social do contrato), comportam-se e influem positiva e negativamente nas movimentações econômicas sob sua ordem jurídica, demonstrando inclusive as estruturas estatais, voltadas à fiscalização e ao julgamento das discrepâncias sob suas proteções.

Contatou-se, assim, que algumas melhoras merecem relevo. Uma delas é que o Estado, ainda, pode tutelar de forma mais eficiente o direito à informação de produtos previstos no CDC, punindo, instruindo e intensificando as atuações neste aspecto, prevenir futuras contendas, regular as movimentações mercadológicas provenientes dos custos que os fornecedores de produtos e serviços podem direcionar aos seus consumidores, fruto das verbas indenizatórias pagas em ações judiciais.

Outro aperfeiçoamento legislativo, que pode ser realizado frente ao CDC, é o incentivo ao pós-venda, que, quando feito de forma bem estruturada, poderá servir de elemento redutor de verbas indenizatória, em face da intenção dos fornecedores em buscarem solucionar problemas futuros, por meio de acertos e negociações extrajudiciais, evitando, de tal maneira, os custos de transação que normalmente é repassado aos consumidores.

A Lei de Defesa à Concorrência também merece melhoras, principalmente a empresa que não pertence a conglomerados econômicos, que se desenvolve por elementos diferenciadores de concentração de mercado, fruto de crescimento e competência pela qual se impôs no mercado, trazendo produtos a preço e qualidade mais acessíveis aos seus consumidores. Aprimorar seu corpo legislativo, dando maior maleabilidade permissiva a estes

agentes mercantis poderia ser de grande valia ao desenvolvimento da troca de riquezas, privilegiando seus pretensos usuários.

No que se refere ao direito contratual, o artigo 421 do Código Civil não pode servir como método eficaz de opressão a uma das partes, mas sim de análise intensificada, mais englobada e equilibrada aos envolvidos, desencadeando uma verdadeira análise econômica do direito. Do contrário, externalidades serão detectadas.

A priorização do acordo de vontades, existente do início ao fim da contratação, faz jus a um estímulo maior por parte do poder estatal, devendo a cooperação dos seus contratantes servir como esteio da resolução destes acordos. Sugestiona-se complementar a respectiva lei civil, com artigos de incentivo à barganha, como prever em seu texto a obrigatoriedade de uma negociação prévia, como pré-requisito ao ajuizamento de uma contenda judicial.

Aperfeiçoar os métodos de mediação pode ser uma saída eficiente para reduzir os efeitos dessas irradiações nocivas, provocada por intervenções, tais como: Órgãos de classe, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, criarem uma estrutura, de locais e com cursos de aperfeiçoamento, com fim de fomentar a mediação e arbitragem em casos de conflitos dessa natureza. Também caberia às Associações Empresariais incentivarem seus associados a buscarem uma solução amigável de seus desajustes (entre empresários e seus consumidores), por meio de palestras e seminários esclarecedores, além de ceder sua infraestrutura para tal desiderato.

Incentivar uma maior indicação de legislações voltadas a um expediente resolutivo extrajudicial de conflitos também colaboraria para essas discrepâncias provocadas pela tutela estatal, sugerindo, afora as já mencionadas, a de estruturar empresas para que estas dispusessem de setores voltados à prática e à difusão da barganha, figurando como uma espécie de contenção à judicialização dos desacertos judiciais.

Detectou-se, ainda, que o intervencionismo estatal, seja ele realizado por órgãos administrativos-fiscalizatórios ou pelo poder judiciário, quando inobservado o perfil das partes envolvidas e desconsideradas as suas particularidades e seus aspectos socioeconômicos, gera possíveis irradiações mercadológicas prejudiciais a quem é englobado neste contexto. Isto é demonstrado, quando o único objetivo é a satisfação da parte supostamente convalescida na relação. Feito de forma reiterada, a certo prazo, trará sérios riscos para o crescimento do mercado e reflexos econômicos substanciais à coletividade, além das desestabilizações sociais.

E isso decorre dos excessos praticados por quem os aplica e de suas interpretações discricionárias, afetando as instrumentalizações, que livremente foram entabuladas pelos seus autores, cujos pactos são objetivamente (sem análise de um contexto) desmantelados. Essas

ocorrências se perfazem quase que por um argumento: albergar o suposto lado debilitado deste enfrentamento.

O poder influente do Estado e as soluções e interferências por ele trazidas a desacertos ocorridos em convenções particulares merecem guarida, e disso não se discorda. Fato que fora ventilado durante esta digressão. Entretanto, quando da atuação estatal, visando reequilibrar discrepâncias ocorridas, estas devem ser mais bem analisadas pelos entes que a fazem, uma vez que privilegiar taxativamente sempre um dos lados gera, e faz gerar, assimetrias econômicas, afetando o mercado.

Se a solução de litígios é feita corriqueiramente, neste formato, há um comprometimento substancial de categorias econômicas que fazem parte desses processos, o que invariavelmente atingirá seus usufruidores, pois o processo mercantil dilui seus prejuízos no preço final dos produtos e serviços postos à disposição de seus pretensos adquirentes.

Feito isso, identificou-se que os contentores estatais não podem ancorar-se em decisões pré-concebidas, livres do subjetivismo que as integra, como se o resultado estivesse pré-constituído, sem a devida investigação de suas causas. A análise econômica de cada caso é necessária, e o afastamento de ideologias tendentes ao lado mais fraco deve ocorrer, sob pena de possíveis comprometimentos ao crescimento econômico e irradiações sociais mais contundentes.

Reitera-se, o Estado deve, sim, regular os abusos de poder econômico, mas, por outro lado, deve permitir e incentivar às partes a buscar resolver os desacertos contratuais a um custo menor, fortalecendo as instituições privadas, que almejarão sempre a redução de valores envolvidos nas transações, sem maiores repasses de custos aos usuários e demais que queiram usufruir dos produtos e serviços postos à disposição.

Tecidas tais considerações, volta-se ao objeto central da pesquisa realizada, que foi buscar alternativas para que as movimentações econômicas transcorram de forma a não irradiar externalidades negativas no mercado, para tanto, adentrou-se em uma análise econômica do direito, equalizando as transferências de riquezas, com uma aplicação legislativa mais condizente e com menores reflexos desfavoráveis ao mercado.

Dentre as medidas que podem fortalecer o bom andamento destas movimentações comerciais, além das já citadas, sem que haja respostas danosas aos seus usufruidores, destaca-se o fomento à negociação prévia entre os seus contentores, buscando ajustes comedidos, autorizados pela autonomia das partes e evitando que seus litígios sofram insurgências estatais. É o chamado fortalecimento do poder de barganha, que desafoga o sistema judiciário, ilide

decisões não equânimes e reforça a autonomia de vontade de seus contratantes, princípio basilar da formação contratual.

Sob este cenário e das arguições expostas nesta pesquisa, concluiu-se que a intervenção estatal não pode comprometer a barganha. Ou seja, o poder de tratativa das partes não pode ser sobreposto pelo intervencionismo estatal, caso contrário, desencadeará um número considerado de envolventes enfraquecidos e despreparados para um pretense crescimento econômico e movimentação de mercado.

A ausência de cooperação entre os implicados na relação contratual provoca dividendos às classes sociais que o compõe, tornando custoso respectivo nicho de mercado. Para que isso seja evitado, é necessário remover, por meio de um plexo legislativo, qualquer obstáculo que possa dificultar os acordos privados, minimizando seus efeitos.

Atualmente o Estado, para minimizar essas falhas, sob a pecha de estar protegendo o lado hipossuficiente da relação e seus supostos abusos, acaba por influenciar a vontade das partes, tornando o processo economicamente arriscado, visto que nem sempre a economia se comporta satisfatoriamente com aquilo que é ditado pela legislação, tampouco pelas decisões emanadas dos tribunais.

É o caso de ordens judiciais que vetam o corte de água a consumidores inadimplentes. Com passar tempo, isso pode gerar um colapso no abastecimento, uma vez que os custos destes serviços estão seriamente comprometidos em face do baixo fluxo financeiro que tais instituições abrigam. Melhor seria buscar barganhar essas dívidas, ou criar normas que incentivassem essas negociações, com perdas mínimas de capital para ambos os lados, afastando-se dos efeitos colaterais gerados ao seguimento.

O paternalismo estatal não pode, em regra, ser custoso para um dos lados das transações negociais, sob pena da parte lesada transferir estas despesas excedentes aos seus usufruidores. Todavia, a continência dessas despesas parece ser mais eficaz, se houver acordância entre os envolvidos nos pactos, o que é possível por meio da barganha e do aperfeiçoamento de uma legislação voltada a tal prática.

As observações e possíveis soluções feitas até aqui não podem restringir-se apenas a grandes corporações e a grupos econômicos, deve-se levar em consideração os médios e pequenos empreendedores que, por vezes, são bruscamente afetados por essas interposições governamentais, retirando-se do mercado e deixando o lastro colateral-negativo a que foram sujeitos.

Evitar essas desconformidades, senão deformidades mercadológicas, é de suma importância. Os contratos e o direito material devem ser equalizados de uma maneira a ilidir

eventuais prejuízos à coletividade, seja em curto, em médio e em longo prazo, favorecendo a boa fluidez da circulação de bens e serviços e, assim, atingindo a função social a que se dispõe a letra da lei, tornando a justiça distributiva mais eficiente, e a sociedade mais justa, fim que é buscado por todo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV. funções. circunstâncias e interpretação.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ANDERS, Eduardo Caminati. PAGOTTO, Leopoldo. BAGNOLI, Vicente. **Comentários à nova lei de defesa à concorrência.** São Paulo: Método, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil – teoria geral dos contratos.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BATISTA, Henrique. Direito Civil Contemporâneo: Perspectiva Constitucional. **Revista Jusbrasil**, 2018. Página inicial. Disponível em: <https://henriquebatistaobrn11026.jusbrasil.com.br/artigos/620539729/direito-civil-contemporaneo-perspectiva-constitucional>. Acesso em: 17 fev. 2022.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado:** entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BORGARELLI, Bruno de Ávila. Contrato, função social e reforma legislativa: notas sobre o art. 421 do código civil após a mp da liberdade econômica. **Revista Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304368/contrato--funcao-social-e-reforma-legislativa--notas-sobre-o-art--421-do-codigo-civil-apos-a-mp-da-liberdade-economica>. Acessado em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Poder Legislativo, 02 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Poder Legislativo, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm . Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Poder Legislativo, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm . Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº. 311509 SP 2001/0031812-6. T4-Quarta Turma.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº. 579107 MT 2003/0129531-2. T3-Terceira Turma.

BUENO, Francisco Godoy. **Contratos agrários agroindustriais: análise à luz da teoria dos contratos atípicos**. São Paulo: Almedina, 2017.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, p.1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. HENRIQUE, Walter Cardoso. Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo/Palavra do Presidente**. Página principal, 2008. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **Contratos: eficácia e relatividade nas coligações contratuais**. São Paulo. Saraiva, 2014.

FERREIRA, Jussara Susi Assis Borger Nasser. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Empresa, negócio e responsabilidade civil**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

FERREIRA, Jussara Susi Assis Borger Nasser; ANTUNES, Thiago Caversan. A precarização de direitos sociais no Brasil sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Argumentum**. Marília: v. 19, n. 2, p. 285, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/593-1600-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/593-1600-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 30 jan. 2022.

FILOMENTO, José Geraldo. **Direitos do consumidor**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FORTE, Sérgio Henrique Arruda Cavalcante. DOMINGUES, Michelle do Carmo Sobreira. OLIVEIRA, Oderlene Vieira de Oliveira. Uso e percepção de licitude de práticas ilegais ou antiéticas de sobrevivência de micro e pequenas empresas. **Revista Ibero-Americana de Estratégias - RIAE**. São Paulo: v. 14, p. 100, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3312/331242636007.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. ESTEVEZ, André Fernandes. RAMOS. **Contratos empresariais**. vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GABAM, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. São Paulo: v. 96, p. 326, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510>. Acesso em: 19 jan. 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Função social do contrato e contrato social – análise da crise econômica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HADDAD, Luis Gustavo. **Função social dos contratos – um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; KEMPFER, Marlene. A razoável duração do processo administrativo no âmbito do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista Argumentum**. Marília: v. 17, p. 213, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/236-741-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

LEAL, Leonardo José Peixoto. Política de defesa da concorrência do Brasil e a análise comparativa das regiões nordeste e sudeste: por federalismo concorrencial. 408 f. Tese. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33694/1/2017_tese_ljpleal.pdf. Acesso em: 04 out. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). Coleção Doutrinas Essenciais: **Obrigações e Contratos**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: volume 3 – contratos**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2019.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALHOTRA, Deepak. **Acordos impossíveis**. Porto Alegre: Bookman, 2016.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

MEDEIROS, Erick Felipe. MARASSATI, Daniel Carlos. GOMES, Abner Jire da Silva. DIAS, Laudénir Santos. **Revista Jus**, jan. 2018. Lei Antitruste: aspectos positivos e negativos da Lei 12.529/11. Página Inicial. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63831/lei-antitruste-aspectos-positivos-e-negativos-da-lei-12-529-11>. Acesso em: 27 dez. 2021

MERLO, Edgar M. CERIBELI, Harrison B. **Comportamento do consumidor**. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **United nations high commissioner for human rights (ONU)**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2022.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PORTO, Antônio Maristrello. GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Antitruste: uma necessária revisão histórica. **Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia e Economia**. Blumenau, n. 01, v.02, p.231, 2014. Disponível em: <https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/601/307>. Acesso em: 03 jan. de 2021

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. A nova lei antitruste brasileira: uma agressão a livre concorrência. **Revista Mises Brasil**, 2014 Página Inicial. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RIBAS, Diego. Interpretação econômica dos contratos empresariais e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jusbrasil**, 2017. Página Inicial. Disponível em: <https://dribasgomes.jusbrasil.com.br/artigos/504498252/interpretacao-economica-dos-contratos-empresariais-e-a-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 30 mar. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. São Paulo: Almedina, 2009.

RULLI NETO, Antônio. **Função social do contrato**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Lucas Emanuel da. FARIAS, Tácito Augusto. Uma revisita a Ronald H. Coase. **Revista de Desenvolvimento Econômico**. Salvador v. 3, n. 35 p. 866-870, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/3904-17792-3-PB.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUZA, Ana Carolina Machado de. **Formação social, econômica e política do Brasil**. Porto Alegre: Sagah, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil** – Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEIXEIRA, Davi Melo. Revista Jus, fev. 2020. **Constitucionalização do direito civil**. Página Inicial. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/79652/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 18 set. 2022

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandin Theodoro de. **Contratos de colaboração empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil v. 3. Contratos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense 2022.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; SILVA, Giselly Prado. **A função social do contrato**. São Paulo. Almedina 2021.

TIMM, Luciano Benetti. Por um plano nacional defesa dos direitos dos consumidores. **Revista Conjur**, 2019. Página Inicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-22/luciano-timm-plano-defesa-direitos-consumidor>. Acesso em: 17 dez. 2021.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs eficiência econômica. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – Lisboa**, n. 06, p. 3733-3789, 2012. Disponível em:
https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf. Acesso em: out. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – contratos**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2021.