

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

**O CONTRATO COMO INSTRUMENTO
DE POLÍTICA ECONÔMICA**

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES

Belo Horizonte
Dezembro / 2003

UFMG - BIBLIOTECA CENTRAL
FACULDADE DE DIREITO

34
M 637 c
2003

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES

O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico

Orientador: Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca

Belo Horizonte
Dezembro / 2003

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA

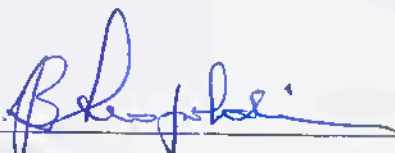


109530403

NÃO DANIFIQUE ESTA ETIQUETA

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA
MEMÓRIA UFMG

Dissertação defendida e aprovada em 29 de janeiro de 2004,
pela banca examinadora constituída pelos professores:



Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca
Orientador (UFMG)

Professora Doutora ^{Helma Mendes Berti} Helma Mendes Berti (UFMG)



Professor Doutor Bruno Wanderley Júnior (UFMG)

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2004.

Dedicatória

À minha amada irmã, Carolina de Oliveira Milagres, Kalu (*in memoriam*), dedico este trabalho, modesto em sua importância, mas profundamente significativo da minha eterna e sentida saudade.

Agradecimentos

Com todo amor, aos meus pais, mestres primeiros, razão de todo o esforço.

Ao Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, orientador seguro, dedicado e competente. Meus sinceros votos de agradecimento pelas constantes, valiosas e memoráveis lições.

Aos Professores da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelos valiosos conhecimentos.

À Prof. Silma Mendes Berti, pela forma generosa com que me acolheu nos primeiros passos na vetusta Casa de Afonso Pena. Agradeço-lhe, comovido, pelo incansável incentivo e inestimável apoio em tudo.

À Prof. Lúcia Massara, pela confiança em meu trabalho.

Aos servidores e todos os colegas e amigos, pelo auxílio e incentivo de sempre.

À Carolina Maria, por todos os momentos.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO.....	9
Primeira Parte	
O CARÁTER CONCRETO DAS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO	12
Capítulo 1 - DIREITO E ECONOMIA	13
Capítulo 2 - DIREITO DA ECONOMIA	17
Capítulo 3 - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	19
3.1. Um Breve Escorço Histórico	19
3.2. Normas Jurídicas e a Interpretação Econômica: Perspectiva do Direito da Economia.....	21
Capítulo 4 - DIREITO ECONÔMICO	25
4.1. Histórico	25
4.2. Direito Econômico.....	28
4.3. Características das Normas de Direito Econômico.....	29
Segunda Parte	
O CONTRATO: INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA	33
Capítulo 5 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA	34
Capítulo 6 - FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO: INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA	45
6.1. Aspectos Gerais	45
6.2. Função Econômico-Social dos Contratos no Código Civil de 2002.....	55
6.3. Teoria da Causa dos Negócios Jurídicos: A Função Econômico-Social como seu Pressuposto de Validade.....	62
Terceira Parte	
FORMAS DE REALIZAÇÃO DO CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA.....	66
Capítulo 7 - CONTROLE ADMINISTRATIVO	67
7.1. Entes de Regulação: Aspectos Gerais.....	68
7.1.1. Uma tentativa de definição	70
7.1.2. Causas justificadoras da regulação	72
7.1.3. A realidade nacional	75
7.1.4. Os poderes das agências	78
7.2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica	81
Capítulo 8 - CONTROLE PELO PODER ECONÔMICO PRIVADO	85
Capítulo 9 - CONTROLE JURISDICIONAL	89
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

RESUMO

Quando se fala em contrato ou, mais precisamente, em direito das obrigações contratuais, a primeira grande preocupação do civil law é o conteúdo e o alcance do princípio da autonomia da vontade. Com efeito, na maioria dos estudos sobre contratos, não obstante a teoria social da propriedade, sobleva o sujeito da relação negocial ou, noutra dizer, o seu aspecto meramente subjetivo. Com esta dissertação pretende-se, sem descurar das clássicas lições do direito das obrigações, analisar o contrato sob uma perspectiva diversa, vale dizer, sob o viés do Direito Econômico; apontar esse negócio jurídico por excelência como autêntico instrumento e objeto de política econômica no ordenamento jurídico-econômico brasileiro; entendê-lo como operação econômica comutativa e distributiva constitucionalmente tutelada, observados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a finalidade última de promoção da dignidade da pessoa humana, consoante enunciados dos arts. 1º, III, IV, e 170, caput, da Constituição da República. Trata-se de estudo interdisciplinar, no qual não podemos olvidar, notadamente, a contribuição do Direito Econômico, da Economia e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Não é demais ressaltar que nos limitamos aos contratos de conteúdo econômico e oneroso, excluídos os de natureza gratuita, porquanto menos incidentes no mercado. Trata-se, em síntese, de visualizar o contrato como instrumento essencial para a gestão de uma economia capitalista, sem descurar, à evidência, da pessoa humana, razão de todas as nossas preocupações e construções. Sublinhe-se, por fim, que não se cuida de uma análise acabada ou imune a contrariedades e oposição de tendências, porquanto decorrente de fenômenos complexos em súbita e intensa alteração na atualidade.

ABSTRACT

When we talk about contracts or, to be more exact, about the law of contract obligations, the Civil Law's first and greatest concern is the purport and the reach of the principle of will autonomy. As a matter of fact, in the majority of studies about contracts, the subject of negotiable relationship or, in other words, of their merely subjective features predominate, in spite of the propriety social theory. The purpose of this essay is to analyse the contract under a different point of view, that is to say under the Economics Law. This course without neglecting the classical lessons on law obligations. To point out this essentially juridical deal as an authentic instrument and object of economical policy within the Brazilian juridical-economical ordinance. To understand it as an economical operation both commutative and distributional, constitutionally protected, after respecting the social values of work and of free enterprise and the final purpose of promoting the human dignity as stated in articles 1º, III, IV and 170, caput, of the Republic Constitution. This is an inter-discipline study in wich we cannot fail to especially remember the Economical Law and the Economics contribution, as well as the modifications introduced by the new Brazilian Civil Code, Law n. 10.406 of January 10, 2002. Besides, we wish to emphazise here that we got limited to contracts with economical and onerous contents, excluding the gratuitous ones, as they occur with less frequency in market. Synthetizing, we wish to visualize here the contract as an essential instrument for the management of a capitalistic economy without neglecting the human person which is the basic reason of all our concerns and constructions. Finally, let us make it strongly evident that this is not an accomplished analysis exempt from opposition and from tendency hindrances, because of it being the result of complex phenomena which are always altering suddenly and intensely.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em contrato ou, mais precisamente, em direito das obrigações contratuais, a primeira grande preocupação do sistema jurídico romano-germânico¹ é o conteúdo e alcance do princípio da autonomia da vontade.

Com efeito, na maioria dos estudos sobre contratos, não obstante a teoria social da propriedade, sobreleva o sujeito da relação negocial ou, noutro dizer, o seu aspecto meramente subjetivo.

O propósito desta dissertação é, sem descurar das clássicas lições do direito das obrigações, analisar o contrato sob uma perspectiva diversa, vale dizer, sob o viés do Direito Econômico. Apontar esse negócio jurídico por excelência como autêntico instrumento e objeto de política econômica no ordenamento jurídico-econômico brasileiro. Entendê-lo como operação econômica comutativa e distributiva constitucionalmente tutelada, observados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a finalidade última de promoção da dignidade da pessoa humana, consoante enunciados dos arts. 1º, III, IV, e 170, caput, da Constituição da República.

Trata-se, como advertem Kronman e Posner,² de substancial contribuição ao estudo do direito contratual, extraíndo-se o seu substrato e buscando aperfeiçoá-lo como efetivo mecanismo de circulação e, por que não, de distribuição de riquezas.

Cuida-se, à evidência, de estudo interdisciplinar, em que não podemos olvidar, notadamente, a contribuição da teoria jurídica da economia –

¹ René David prefere a utilização ou divisão dos sistemas de direito contemporâneo em famílias: família romano-germânica, família da *commow law* e família dos direitos socialistas (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 16-17).

² KRONMAN, Anthony T.; POSNER, Richard A. *The economics of contract law*. p. 1.

Direito Econômico – e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Destarte, na primeira parte, revisando a literatura pertinente, apresenta-se a tipologia da norma de Direito Econômico, culminando com o enfoque do contrato como mecanismo normativo e concreto de política econômica.

Na segunda parte, vencendo a teoria clássica do contrato como fenômeno economicamente neutro, sobreleva a sua função econômico-social a partir da evolução histórica, desde a concepção liberal à ação estatal na economia, sem prejuízo da candente discussão, no ordenamento jurídico pátrio, da causa (socioeconômica) como pressuposto de validade dos negócios jurídicos.

Na terceira parte, segue-se o estudo de três formas de implementação do contrato como instrumento normativo de política econômica: controle administrativo, controle pelo poder econômico privado e controle jurisdicional.

Nessa perspectiva, não é demais ressaltar que nos limitamos aos contratos de conteúdo econômico e oneroso, excluídos os de natureza gratuita, porquanto menos incidentes nas relações de mercado.

Trata-se, em síntese e no dizer de Roppo,³ de visualizar o contrato “como instrumento essencial para a gestão de uma economia capitalista,” sem descuidar, à evidência, da pessoa humana, razão de todas as nossas preocupações e construções.⁴

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 224.

⁴ Pois, como adverte o professor Edgar de Godói da Mata-Machado, “o ponto de referência do Direito é a pessoa. É para o homem, enquanto pessoa, que se constitui o Direito” (*Contribuição ao personalismo jurídico*. p. 194).

Sublinhe-se, por fim, que não se cuida de uma análise acabada ou imune a contrariedades e oposição de tendências, porquanto decorrente de fenômenos complexos em súbita e intensa alteração na atualidade.

Primeira Parte

O CARÁTER CONCRETO DAS NORMAS DE
DIREITO ECONÔMICO

Capítulo 1

DIREITO E ECONOMIA

É certo que a Economia e o Direito, como ciências sociais, têm a **relação humana** como objeto comum de estudo.⁵

A Economia, na síntese de Galves,⁶ estuda a atividade econômica do homem com vista à **realização de suas necessidades**, em última análise, à sua própria sobrevivência.

O Direito estuda as formas de regulação das diversas manifestações dessa conduta humana. E é a norma, na concepção metodológica e formal de Kelsen,⁷ o meio pelo qual essa regulação se exterioriza. O Direito, segundo ele, "é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano."⁸

Nessa perspectiva, é fácil antever que muitas das normas poderão ter como conteúdo a atividade econômica como manifestação do próprio comportamento do homem.

⁵ Caio Mário da Silva Pereira, citando René Savatier, leciona "No direito moderno, uma visão de conjunto das atividades e da vida social permite a aproximação, na atualidade, do jurídico e do econômico. Esta visão teve-a Savatier não isolado, mas juntamente com outros juristas, ao assinalar que as 'ciências jurídicas e as ciências econômicas mantêm estreita relação com os comportamentos humanos.'" (*Instituições de direito civil*, v. III, p. 377). Embora apontar o Direito como ciência do comportamento, como adverte João Baptista Villela, "não é, em rigor, suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistemológica. Nem sempre, com efeito, a ordem jurídica reclama ações humanas, vale dizer, condutas ou comportamentos, para que se ponha em movimento." Nesse diapasão, a idéia de fato jurídico em sentido estrito (*Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*. In: *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. p. 255).

⁶ GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. p. 26.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 4.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 5.

Essa aproximação, aos iniciados no estudo do Direito Econômico, evidentemente, não justifica ou delimita o seu conteúdo, apenas aproxima as duas ciências ao fundamento da atividade econômica.

A propósito dessa aproximação, relevante é a advertência de Estrella Faria, segundo a qual:

Foi Karl Marx, no seu estudo preparatório ao clássico *O Capital*, intitulado *Para a crítica da Economia Política* quem, pela primeira vez, vinculou, de maneira mais estreita, o universo das relações jurídicas aos conceitos e ao modo de raciocínio próprio da ciência econômica, insistindo na absoluta dependência do ordenamento jurídico, [...] ao modo de produção capitalista.⁹

Trata-se, como se infere, de uma aproximação apenas pelo conteúdo econômico, muito distante da concepção atual e democrática do Direito Econômico e suas manifestações normativas.

Nessa visão, o Direito seria condicionado pelo fenômeno econômico. É o denominado "materialismo histórico" defendido por Marx, em que o Direito, como toda a realidade social, seria apenas uma superestrutura, de natureza ideológica, condicionada pela infra-estrutura econômica.¹⁰ Trata-se da primazia do elemento material em relação a todo o sistema ético-jurídico-estatal denominado ideologia.

Buscando contrapor-se a esse materialismo histórico, sobreleva a reflexão do neokantiano Rudolf Stammler,¹¹ segundo a qual, se o conteúdo dos atos humanos é econômico, a sua forma é necessariamente jurídica. Fora da regulação jurídica nenhum elemento social é possível se estabelecer. Só se admite o fenômeno econômico como conteúdo.

Com efeito, não é possível compreender a realidade humana partindo unilateralmente da Economia, que é um setor da multiforme atividade

⁹ FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. p. 19.

¹⁰ Cf. HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. p. 218-251.

¹¹ Cf. STAMMLER, Rudolf. *Economia e direito*. Madri: Reus. 1929.

do ser humano. Trata-se, segundo Stammer, de inversão da concepção marxista a propósito da relação Economia e Direito.

Diante dessas primeiras dificuldades, notadamente da controversa relação Direito e Economia, esforços são empreendidos para a compreensão das normas de Direito Econômico, suas peculiaridades, diferenciando-as das normas objeto do Direito da Economia ou, ainda, da relevante perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

De toda sorte, se não defendemos a mera homologação dos postulados econômicos pelo Direito, não prescindimos, nessa primeira parte, da advertência de Lorenzetti¹² sobre a intenção de muitos autores "de ignorar as leis de outras ciências, como se o Direito pudesse funcionar de uma forma autônoma. Esta é uma vã pretensão: escapa ao nosso poder ordenar que as ondas do mar se detenham; também não podemos derogar as leis científicas."

Não se pode falar, em tempos de crescente complexidade da sociedade contemporânea, em exclusividade ou pureza da abordagem dogmática. Em verdade, essa relação não é de causalidade absoluta. Os fenômenos jurídicos ("dever-ser") e econômicos ("ser"), como manifestações sociais, sofrem recíprocas influências.

Nessa perspectiva crítica de estudo da norma de Direito Econômico, como característica enunciativa da disciplina jurídica – ou aspecto teórico-jurídico e econômico anunciador do Direito Econômico –, não se prescinde do estudo histórico, das candentes discussões sobre a aplicabilidade dessas normas, bem como do seu fundamento, tudo sob o pálio da teoria democrática.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. p. 410. Confira-se, outrossim, sobre a mútua relação entre Direito e Economia, a clássica obra de MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 29. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1979.

Trata-se de desafios que se ajustam à nossa proposta de dissertação, em que buscamos defender o **contrato**, norma concreta, como instrumento de política econômica, objeto imediato do Direito Econômico.

Capítulo 2

DIREITO DA ECONOMIA

Como já sublinhado, nem toda norma que traduz algum aspecto da atividade econômica pode ser considerada como objeto do Direito Econômico; ao contrário, tal norma se subsume ao universo do Direito da Economia.

Trata-se, no dizer do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca¹³, de uma relação de amplitude: as normas de Direito da Economia regem todas relações humanas de conteúdo econômico; as normas de Direito Econômico, por sua vez, são dirigidas às relações e problemas colocados pela *ação do Estado na Economia*.

No mesmo sentido, é a observação de Moncada,¹⁴ valendo-se das lições de J. Hamel e G. Lagarde:

Uma corrente doutrinária identifica o direito econômico com todo direito relativo à economia, ou seja o direito da economia (J. Hamel e G. Lagarde).

[...].

O direito econômico deve apenas abranger alguns aspectos específicos do direito relativo à economia, sob pena de se tornar uma amálgama de capítulos de direito público e direito privado.

[...].

O direito econômico terá assim por objecto as regras jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na economia.

Dessarte, as normas de Direito Econômico traduzem medidas de políticas econômicas e regras de organização do mercado ou, no dizer do

¹³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 11-12.

¹⁴ MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito econômico*. p. 7-13.

Professor Rosemiro Pereira Leal,¹⁵ "o objeto do Direito Econômico é a regulação da realidade econômica em termos de política econômica."

E, ainda, segundo a crítica reflexão do referido Professor,¹⁶ o Direito Econômico

é um ramo autônomo do Direito ao qual, libertado da figura do Estado e dos sistemas, regimes ou modelos de governo adotados, incumbe conferir imprescindível validade jurídico-social da atuação do Estado na implantação e institucionalização da ordem e política econômica nacional.

A seu turno, todas as normas de conteúdo econômico, sem compreensão na política econômica adotada na ordem jurídica, são objeto do denominado Direito da Economia.

Assim, normas, v.g., de Direito Civil, de Direito Comercial e de Direito Tributário, que regulam fenômenos econômicos sem a perspectiva de realização da política econômica, ajustam-se ao Direito da Economia.

De igual modo, a mera aplicação da teoria econômica à realidade jurídica, na estrita visão da AED, não traduz o objeto das normas de Direito Econômico.

Nesse diapasão, antes de empreendermos nossos esforços na definição dessas normas, mister enunciar o viés teórico da AED, que, de alguma forma, traduz a moderna realidade de uma metodologia de tratamento das normas jurídicas à luz dos princípios da Economia.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Atos e fatos econômicos no Direito Econômico. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 12, n. 3. p. 133-137, jul./ set. 1994.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. p. 169.

Capítulo 3

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1. Um Breve Esforço Histórico

Partindo da idéia segundo a qual a AED é a aplicação da teoria econômica ao Direito, podemos dizer que Ronald H. Coase e Guido Calabresi são os precursores dessa nova proposta de estudo interdisciplinar.

O primeiro, Coase, economista, estudou os custos sociais ou efeitos prejudiciais decorrentes das atividades econômicas, em manifesta crítica à realidade do Estado intervencionista. Defendia a tese, já anunciada, do Estado Mínimo, segundo a qual a intervenção do Estado somente é justificada, para corrigir falhas do mercado, se verdadeiramente implicar custo menor que a própria falha que se pretende corrigir.¹⁷

Essa tese de Coase constitui o fundamento de toda a AED, sobrelevando o desenvolvimento das idéias de externalidade e custo-benefício no processo de tomada de decisões jurídicas e análise de seus efeitos. Atribui ao ordenamento jurídico o ideal funcional de um mercado simulado, em que as normas devem ser aplicadas de maneira mais eficiente, com menores custos de transação negativos (externalidades ou efeitos negativos) em proveito do maior custo-benefício (externalidades ou efeitos positivos). Sobressai, destarte, a idéia do custo-benefício como instrumento de análise, em que os custos e benefícios de uma conduta ou decisão devem ser objeto de comparação.

¹⁷ COASE, R. H. The problem of social cost. In: *The firm, the market, and the law*. p. 95-156.

Por sua vez, Calabresi,¹⁸ aplica a teoria econômica ao estudo da responsabilidade civil, cujo fundamento, segundo o autor, não deve ser a simples imputação do dano ao agente da conduta delituosa, mas, sim, a possibilidade de distribuição dos riscos em face de um critério de eficiência.

O desenvolvimento da AED, entretanto, teve seu marco nos anos 70, mais precisamente, em 1973, com a obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner.

A importância dessa obra decorre dos seguintes motivos: a) trata-se de um estudo sistemático da maioria das áreas jurídicas sob a perspectiva da interpretação econômica; b) trata-se das principais teses de tendência mais desenvolvida da AED, a Escola de Chicago e seus seguidores.

A partir daí, observa-se uma difusão da Interpretação Econômica do Direito. Trata-se de uma teoria institucionalizada, que influi nas decisões judiciais, nas quais se inferem preocupações com externalidades,¹⁹ análise de custo-benefício e o princípio de maximização de riqueza.

A maximização de riqueza é, para Posner:

cômo um guia para decisões, inclusive judiciais, significa que o objetivo de tal ação (decisão) é promover a alocação de recursos que faz com que o 'bolo' econômico fique tão grande quanto possível, independentemente da divisão das fatias. Isso significa em outras palavras utilizar análises custo-benefício como critério para decisões (escolhas) sociais, em que os custos e os benefícios são mensurados pelos preços que o

¹⁸ Cf. CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, 1961. p. 499-553.

¹⁹ Segundo Coase, "Uma externalidade é mais usualmente definida como o efeito da decisão de uma pessoa sobre outrem que não participou da decisão. Assim, se A compra alguma coisa de B, a decisão de A de comprar afeta B, mas esse efeito não é considerado uma externalidade. Entretanto, se a transação entre A e B afeta C, D e E que não são partes na transação, porque, por exemplo, essa transação resulta em uma atividade que produz barulho ou poluição que causa distúrbios a C, D e E, esses efeitos (distúrbios) causados a C, D e E são caracterizados como externalidades. An externality is more usually defined as the effect of one person's decision on someone who is not a party to that decision. Thus, if A buys something from B, A's decision to buy affects B, but this effect is not considered to be an 'externality'. However, if A's transaction with B affects C, D, and E, who are not parties to the transaction, because, for example, it results in noise or smoke which impinge on C, D, and E, the effects on C, D, and E are termed 'externalities'" (COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. p. 24).

mercado estabelece, ou estabeleceria se lhe fosse permitido funcionar.²⁰

3.2. Normas Jurídicas e a Interpretação Econômica: Perspectiva do Direito da Economia

Mas, como assevera Posner, nova não é aplicação da teoria econômica ao direito, e, sim, a multiplicidade de problemas jurídicos sob a perspectiva da teoria econômica. Nesse sentido:

a análise econômica do antitrust, e de outras regulações legais de mercados econômicos explícitos, continua um campo próspero e recebe a atenção considerável neste livro. Entretanto, a marca da nova análise econômica – análise econômica que é nova nos últimos trinta anos – é a aplicação da economia ao conjunto do sistema legal: aos campos do *common law* tais como ilícitos, contratos, indenização, e propriedade, à teoria e prática da punição, a procedimentos civis, criminais e administrativos, à teoria da legislação e regulação; à execução da lei e administração judicial; e até mesmo ao direito constitucional; introdução ao direito, direito marítimo, direito de família e jurisprudência.²¹

Estrella Faria²² apresenta o marxismo histórico como primeira aproximação das relações jurídicas aos conceitos econômicos. Mas Karl Marx aponta a proeminência do elemento material em relação a todo sistema ético-

²⁰ POSNER, Richard. Wealth maximization and judicial decision-making. *International Review of Law and Economics*, n. 4. p. 132, dez. 1984. Afirma o autor. *Wealth maximization as a guide to governmental including judicial action means that the goal of such action is to bring about the allocation of resources that makes the economic pie as large as possible, irrespective of the relative size of the slices. It means in other words using cost-benefit analysis as the criterion of social choice, where the costs and benefits are measured by the prices that the economic market places on them, or would place on them if the market could be made to work.*

²¹ *The Economic analysis of antitrust, and of other legal regulations of explicit economic markets, remains a prosperous field and receives considerable attention in this book. However, the hallmark of the 'new' law and economics- the law and economic that is new within the last 30 years – is the application of economics to the legal system across the board: to common law fields such as torts, contracts, restitution, and property; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal, and administrative procedure; to the theory of legislation and regulation; to law enforcement and judicial administration; and even to constitutional law, primitive law, admiralty law, family law, and jurisprudence" (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. p. 21.*

²² FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. p. 19.

jurídico-estatal. No prefácio de sua *Crítica da Economia Política*, pedra angular do socialismo científico, Marx²³ apresenta sua conclusão:

A conclusão geral a que cheguei e que, uma vez adquirida, serviu de fio condutor dos meus estudos, pode formular-se resumidamente assim: na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva a superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.

Não concordamos com o pensamento marxista, que concebe a matéria como condicionante do próprio processo mental. Em última análise, o socialismo científico identifica a personalidade a um resultado das relações produtivas, violando a própria consciência e dignidade do ser humano.

A dialética proposta nega à ordem jurídica ("dever-ser") a possibilidade de condução ou transformação do ser econômico. Como adverte Stammler,²⁴ se o conteúdo dos atos humanos é econômico, a sua forma é necessariamente jurídica.

Com efeito, a correlação dos fenômenos econômicos e jurídicos não se afigura nova. O elemento de atualidade é a utilização do instrumental econômico, *sem a controversa e criticada causalidade absoluta*, na explicação dos fenômenos sociais e seus efeitos, e, particularmente, no tratamento das questões jurídicas. Ou, no dizer de Cooter e Ulen,²⁵ a teoria econômica explica, agora, muitos aspectos do direito que antes não se podiam explicar. Segundo os autores,

²³ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. p. 24.

²⁴ STAMMLER, Rudolf. *Economia do direito*. p. 43.

²⁵ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. p. 7.

além de uma teoria científica do comportamento, a economia oferece um critério normativo útil para a avaliação do direito e das políticas públicas. As leis não são somente argumentos técnicos: são instrumentos para alcançar importantes fins sociais. A fim de conhecer os efeitos das leis nesses objetivos, os juizes e os legisladores devem possuir um método para avaliar os efeitos das leis sobre importantes valores sociais. A economia prevê os efeitos das políticas sobre a eficiência, que é sempre relevante para a elaboração das mesmas, e que sempre é melhor o sucesso de qualquer política a um custo menor. [...] Além da eficiência, a economia prevê os efeitos das políticas sobre outro valor importante: a distribuição.²⁶

Em verdade, pode-se atribuir a origem da AED ao dito fenômeno do "imperialismo econômico",²⁷ segundo o qual a teoria econômica serve de instrumento analítico de qualquer aspecto da realidade social, ainda que não revestido explicitamente de caráter econômico, sobressaindo, nessa medida, os estudos do Prêmio Nobel de Economia de 1992, Gary Becker.

Segundo Gary Stanley Becker, autor, notadamente, de *Human Capital* (1975), *The Economic Approach to Family Behaviour* (1976) e *Treatise*

²⁶ Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas. Las Leys no son sólo argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes en esas metas, los jueces y otros legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un costo menor [...] Además de la eficiencia, la economía pronostica los efectos de las políticas sobre otro valor importante: la distribución. (*Derecho e economía*. p. 14).

²⁷ Segundo Pacheco, *El AED sería la expresión en el campo jurídico de este fenómeno más general del 'imperialismo económico'* (*El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. p. 88).

on *The Family* (1981), a Economia não se cinge aos estudos das relações de mercado, mas se aplica, também, a comportamentos não mercadológicos. Em síntese, aplicou a teoria econômica na análise dos relacionamentos familiares, da discriminação racional e das condutas delitivas.²⁸

²⁸ Confira, também, BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of political economy*. v. 76, 1968. p.169.

Capítulo 4

DIREITO ECONÔMICO

4.1. Histórico

O surgimento do Direito Econômico está vinculado à necessidade histórica de mudança na condução do fenômeno econômico pelo Estado.

Com efeito, o Estado Liberal, como resultado das revoluções iluministas, sob a inspiração ideológica do racionalismo, buscou diminuir a sua ação no domínio econômico, garantindo à imputada lógica do mercado a supremacia nas relações de troca.

Nessa perspectiva do liberalismo clássico, cumpria ao Estado uma conduta de abstencionismo no plano econômico, com a defesa do modelo abstrato do sistema capitalista descrito por Adam Smith²⁹.

No plano político, limitava-se às funções clássicas: administração interna e relações na sociedade internacional. Essa concepção de Estado, em que todos os esforços do liberalismo convergiam para a limitação do poder absolutista, fundamentou-se no dogma da separação de poderes insculpido pela teoria de Montesquieu.³⁰

Daí sob o influxo do pensamento iluminista, o florescer da idéia de codificação como garantia da intangibilidade da liberdade humana em oposição ao poder do Estado, mediante a *abstração* e a *generalidade* das normas jurídicas em uma perspectiva reconhecidamente estática do Direito. A propósito

²⁹ Cf. HUNT, *História do pensamento econômico*. p. 60-65.

³⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. p. 63-88.

dessa perspectiva de reconhecimento dos direitos da personalidade, sobreleva o magistério de Bonavides:

Compreende-se essa tendência como reação extrema aos excessos do absolutismo.

E foi isso talvez necessário a que se fundasse o respeito à personalidade humana, tornando-a juridicamente intangível. Sob esse aspecto, não há por que reprovar os resultados positivos da doutrina individualista.³¹

Contudo, essa concepção racional do Estado apresentou, no decorrer do tempo, sinais de limitação e desvio, notadamente, no *plano econômico*. A abstração do homem concreto permitiu a violação da sua própria consciência e dignidade, transformando-o em mera "peça" na engrenagem produtiva. As consequências abusivas foram detectadas pelo marxismo, pelas Encíclicas e pelo Magistério Social entre os séculos XIX e XX, valendo notar a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891).³²

Nesse sentido, percuciente é a análise marxista quanto à forma de produção capitalista, marcada, sobretudo, pela Revolução Industrial. O trabalhador era esmagado pelas mais difíceis e desumanas condições de trabalho.

Na esteira do clássico conflito das forças produtivas, capital e trabalho, sobreleva o crescente fortalecimento do poder econômico privado, consubstanciado no fenômeno da concentração capitalista. O anômalo exercício da liberdade de mercado trouxe, então, a sobreposição da figura do *forte* em relação aos *fracos* e desestruturados.

As faces mais visíveis do esgotamento dessa realidade liberal foram a Primeira Guerra Mundial e a crise de 1929. Nesse sentido, merece relevo a

³¹ BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*. p. 73.

³² Cf. JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1991.

análise do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca,³³ quanto à insuficiência do adotado modelo jurídico diante de todos esses desafios:

Os velhos instrumentos adotados pelo Direito, forjados na estrutura racionalista do pensamento iluminista, se mostravam insuficientes e inadequados para enfrentar os problemas postos pela Revolução Industrial geradora de profunda crise social. Os instrumentos jurídicos gerados pela crença numa ordem racional eterna, arraigada na ordem racional humana perene, não se mostravam adequados para a solução de problemas decorrentes da materialidade da ordem econômica.

O surgimento dessas questões trouxe à baila a necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico, evoluindo para o modelo de Estado Social. Essa ação significou o próprio resgate do sistema capitalista. Nesse sentido, é o magistério de Eros Roberto Grau:

No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.

Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.³⁴

O mero ideal abstrato de liberdade no exercício da atividade econômica, resguardado pela abstenção do Estado nesse domínio, não foi capaz de sanar o colapso e os desafios do sistema capitalista. Daí a necessidade de um Estado ativo, buscando colmatar as lacunas e desvios do modelo liberal. A não-intervenção, como forma ou modelo de política econômica, opção estatal, já não satisfazia.

Nesse primeiro momento de tentativa de resgate do sistema capitalista, exsurge a necessidade de substituição da *mão invisível* pela *mão visível* do Estado na condução do fenômeno econômico.

³³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 8.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. p. 28.

Essa ação, agora sob o pálio de uma *ordem normativa*, introduziu as linhas de definição do Direito Econômico.

4.2. Direito Econômico

A condução do fenômeno econômico pelo Estado ou a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico não define Direito Econômico. Com efeito, o modelo do Estado social, com inserção na ordem econômica, não reflete, por si só, a idéia contemporânea de Direito Econômico.

Como adverte Bonavides,³⁵

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, principio cardeal a que não renuncia.

Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.

A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930.

[...].

Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadecer com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.

Destarte, a mera reafirmação do poder econômico estatal pelo Estado social e em conseqüência dos desvios e abusos do liberalismo não

³⁵ BONAVIDES. *Do estado liberal do estado social*. p. 184.

traduz o conceito atual de Direito Econômico sob o paradigma de Estado Democrático de Direito.

Em verdade, o Direito Econômico tem por objeto a regulação da realidade econômica em termos de política econômica.

Mas essa política econômica não se realiza de forma autocrática, ou, noutro dizer, a condução do mercado só se faz sob o pálio de uma *ordem jurídica*. Nesse sentido, percuciente a relação temática desenvolvida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal: *Direito – Estado – Mercado*. E, segundo já afirmado pelo próprio mestre³⁶, o Direito Econômico se liberta da figura do Estado e dos sistemas, regimes ou modelos de governo adotados.

Daí a perspectiva segundo a qual o "Direito Econômico vem a ser justamente esse conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado."³⁷ Ou, segundo Jacquemin e Guy Schrans,³⁸ o Direito Econômico não é o direito do Estado ou da Economia, mas é um direito em que o Estado e Economia são aspectos da realidade jurídica. Realidade que se afigura peculiar no trato do fenômeno econômico, anunciando característica própria do Direito Econômico.

4.3. Características das Normas de Direito Econômico

As normas de Direito Econômico, como sublinhado, enquanto direcionadoras da condução da atividade econômica, em um paradigma democrático, vêm romper com as concepções de *generalidade* e *abstração*.

³⁶ Cf. LEAL. *Soberania e mercado mundial*. p. 169.

³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 24.

³⁸ JACQUEMIN, Alex; SHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Press Universitaires de France, 1974. p. 9.

Com efeito, tais normas têm por conteúdo fenômenos econômicos gravados pela mobilidade e concretude, sendo impossível, reduzi-las ao mero formalismo proposto pelo movimento liberal.

Daí a necessidade de flexibilização dos padrões normativos como forma de aderência à realidade concreta e mutável do fenômeno econômico.

As normas de Direito Econômico abandonam a perspectiva abstrata e formal própria do voluntarismo jurídico, buscando a efetivação das reais necessidades humanas, como fim das políticas econômicas. A propósito, é a síntese do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca:

O Direito Econômico tem a ver com normas concretas direcionadas à condução do fenômeno econômico. Este, na verdade, é um fenômeno plenamente situado, visceralmente vinculado historicamente. Como visto, a economia se entende como a 'ciência da escolha racional num mundo – o nosso mundo – em que os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas'. Ora, as necessidades humanas são determinadas qualitativa e quantitativamente pelo contexto histórico e geográfico. Daí que as normas direcionadoras da economia também se ressintam dessa aderência concreta ao tempo e ao lugar.³⁹

Relevante, nesse sentido, é o magistério do Professor Miguel Reale, quanto ao pensamento jurídico contemporâneo:

Se há algo, com efeito, que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de 'formalismo', pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.⁴⁰

Essa característica concreta e individual marcante das normas de Direito Econômico implica, outrossim, a heterogeneidade das suas fontes⁴¹.

³⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 37-38.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* p. 91.

⁴¹ Cf. SANTOS, Antônio Carlos dos et al. *Direito econômico*. p. 15.

Dessarte, podemos vislumbrar como instrumentos normativos de condução da atividade econômica a própria *lei* em sentido formal, os *atos administrativos* e os *contratos*.

No que concerne à lei, dúvida alguma exsurge quanto à sua clássica natureza de fonte de direito. Nessa perspectiva, alinham-se os atos administrativos, observada a proibição dos chamados regulamentos autônomos.

No que concerne aos contratos, trata-se de realidade presente no Direito Econômico, notadamente sob a perspectiva de superação do dogma da autonomia da vontade.

Com efeito, normas de direção da economia exsurtem de contratos, *nomeadamente pela ação do Estado* que, rompendo com o formalismo liberal, busca resgatar o próprio *fundamento de equilíbrio das relações negociais*. Nesse sentido,

Há ainda normas originadas de contratos entre empresas, das convenções coletivas, dos contratos-tipo e das condições gerais dos contratos de fornecimento, dos contratos trilaterais (governo, empresas e sindicatos) para condução da política econômica, principalmente no que tange ao esforço de estabilização.⁴²

Na mesma linha, é a conclusão de W.Friedmann:

[...] o uso crescente do contrato como instrumento de política econômica do Estado, mediante a ampliação das funções de governo e a socialização das indústrias, faz com que o contrato seja com muita ênfase a expressão legal de políticas econômicas e sociais.⁴³

É esse o ponto da segunda parte de nossa dissertação. Vislumbrar o contrato nessa perspectiva atual de instrumento de política econômica, fonte normativa de Direito Econômico.

⁴² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 26-27.

⁴³ W. Friedmann. *El derecho en una sociedad em transformación*, 1996. p. 106-141, *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. p. 29.

Evidentemente que tal enfoque perpassa pela evolução histórica do conceito desse negócio jurídico, sempre em interação com realidade econômica vivenciada, pois o contrato e o seu substrato fático não se encontram dispersos no mundo do ser, são fenômenos plenamente situados, vinculados.

Trata-se de perspectiva não imune a críticas ou a novos desafios, notadamente quando impingimos ao contrato função econômico-social, ou, noutro dizer, visualizamos o contrato sob a perspectiva de um mecanismo de política econômica, quando a maioria da doutrina pátria segue a linha anticausalista dos negócios jurídicos.

Quanto ao conceito de política econômica, relevante é observação do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, segundo a qual "o fenômeno da política pode ser analisado enquanto arte, enquanto ciência, enquanto ideologia, como filosofia, como metafísica, como ética e como teologia."⁴⁴

Em sentido amplo, segundo a Professora Isabel Vaz, "a política econômica pode ser entendida como um conjunto de ações adequadas dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados de natureza econômica em uma comunidade."⁴⁵

Destarte, insuficiente a exclusiva adoção dos postulados liberais na condução do fenômeno econômico, emprestaremos à expressão *política econômica* o conteúdo de direção econômica sob a perspectiva da ordem jurídica vigente, tendo como instrumento e, também como objeto as relações negociais.

⁴⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 19.

⁴⁵ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. p.199.

Segunda Parte

O CONTRATO: INSTRUMENTO DE POLÍTICA
ECONÔMICA

Capítulo 5

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito de contrato, a sua finalidade e o seu conteúdo sofreram intensa e diversificada influência dos fenômenos sociais, especificamente, dos modelos econômicos vivenciados. No dizer de Roppo, "o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido."⁴⁶

Dai, hodiernamente, no plano do ordenamento jurídico interno, sua inserção como instrumento normativo da *ação estatal* no mercado, vislumbrando-se os contratos administrativos e os contratos entre particulares, em que a liberdade negocial se afigura condicionada por valores sociais.

Esse negócio jurídico por excelência, como já enunciado, sai da esfera exclusiva dos indivíduos para se inserir, fundamentalmente, na ordem pública econômica. O contrato deixa de ser objeto, tão-somente, de interesse individual para se contextualizar, para ser mecanismo de convivência, na feliz expressão de Stiglitz.⁴⁷ A propósito, também é a observação de Macedo Júnior:

Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe. As razões para tal afirmação são bastante triviais à medida que não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora do contexto de uma dada matriz social que lhe dá significado e lhe define as regras. Conforme salientado anteriormente, não existe contrato fora de uma ordem de mercado e esta sem uma sociedade que lhe dê suporte.⁴⁸

⁴⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 24.

⁴⁷ STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. p. 69.

⁴⁸ MACEDO JÚNIOR. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. p. 151.

Contudo, em sua clássica definição, o contrato é entendido como acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.⁴⁹

Segundo Clóvis Beviláqua, contrato é o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito. Nessa perspectiva, afastado o requisito da patrimonialidade, contratos, no dizer de Villela,⁵⁰ seriam até decisões dos tribunais, "pois é fato que nos órgãos colegiados as resoluções se fixam por maioria de votos, o que supõe sempre, de um modo ou de outro, acordos de vontade."

A despeito da reconhecida ausência de uma concepção uniforme, adotamos, nesse primeiro plano, o conceito jurídico do Código Civil italiano de 1942, art. 1321, do qual se extrai que o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regulamentar ou extinguir, entre elas, uma relação jurídico-patrimonial.⁵¹

Com efeito, tanto o Código Civil brasileiro de 1916, quanto o atual, não expressam um conceito. Nesse sentido, a maioria dos doutrinadores parte da denominação de ato jurídico, a teor do art. 81 do citado Código de 1916, que se inspirou na codificação alemã, com o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), em que se encontra a noção mais apurada de negócio jurídico (*Geschäftsgrundlage*).⁵²

⁴⁹ Nessa incursão temporal, sobreleva a advertência de Judith Martins-Costa, que a história deve ser entendida mais "como uma inigualável fonte de compreensão do presente do que um nostálgico olhar sobre um passado congelado nos compêndios e manuais acadêmicos." (Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil*, n. 59. p. 19, 1992).

⁵⁰ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, v. 261. p. 28, 1978.

⁵¹ Trata-se de uma simplificação metodológica, porquanto não desconhecemos, v.g., a tese do autocontrato, incursão temática que extrapola o objeto da dissertação. A propósito, confira VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, v. 261. p. 27-35, 1978. Contudo, afastamos da nossa pretensão de trabalho, pela sublinhada característica patrimonial, contratos com objetivos, v.g., de natureza ideal, moral ou cultural. Afastada, dessarte, a perspectiva política de contrato social.

⁵² O Código Civil de 2002 adotou a chamada corrente dualista, diferenciando negócio, embora sem exatamente defini-lo, de ato jurídico em sentido estrito. A propósito, é o teor do art. 185 "Os atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior", que trata Do Negócio Jurídico.

Nesse breve esboço histórico, sob influxo do liberalismo econômico, sobressai a *autonomia da vontade como fonte única do tráfego negocial*.⁵³

O contrato, nessa perspectiva, é expressão de um modelo econômico liberal, é o instrumento jurídico de transferência de propriedade que se afigura absoluta.⁵⁴ Daí entendermos o contrato como manifestação de vontade sem quaisquer condicionamentos, senão aqueles limites gerais fixados pelos códigos do século XIX, como *garantia da própria concepção consensualista*: capacidade do contratante, licitude do objeto e as formalidades exigidas.

Nesse diapasão, sublinhe-se que, já nos idos da Constituição brasileira de 1824, ainda que o Brasil não tenha passado, *de fato*, pela fase típica do liberalismo econômico, Pimenta Bueno⁵⁵ apontava ao contrato o regime jurídico da propriedade da época. O dogma da intangibilidade contratual, expressão da velha máxima *pacta sunt servanda*, é corolário lógico do alcance absoluto da propriedade, tudo sob a inspiração da ideologia liberal.⁵⁶

⁵³ Sublinhe-se, como advertido por Martins-Costa, p.18-19, que a antiga noção romana de contrato pouco tem a ver com esta: "isto porque no Direito Romano o termo, com conotação objetiva, era utilizado para designar os acordos, reconhecidos como obrigatórios e providos de *actio*, discernindo-os de outros acordos, não obrigatórios e nomeados como *pacta*. Assim, o *contractus* – elipse de *negotium contractus* – era visualizado como um vínculo objetivo, mais propriamente servindo para designar as conseqüências do acordo, vale dizer, a vinculação obrigacional daí decorrente, e não como manifestação de duas vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade ou autodeterminação individual [...]" (MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil*, n. 59. p.19, 1992) No mesmo sentido, ressaltando o aspecto secundário da vontade em detrimento da forma no direito romano antigo, é o entendimento de Renata Mandelbaum, *As condições gerais de contratação e os contratos de adesão: contratos de consumo, sob a ótica do código do consumidor*. p. 37.

⁵⁴ Segundo Roppo, "esta conexão entre contrato e propriedade, característica da sistemática e da ideologia do código napoleônico, estava já bem presente nas obras de Domat e de Pothier, os juristas em cujo ensinamento já se fazem notar – explícitas ou em germe – muitas das regras, das figuras e das soluções depois adoptadas, especialmente na matéria contratual, pelo legislador de 1804" (*O contrato*. p. 43).

⁵⁵ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. p. 396.

⁵⁶ Igual pensamento defendido, no início do século XX, por Gustav Radbruch: "No regime capitalista a liberdade da propriedade manifesta-se predominantemente sob a forma de liberdade contratual, a propriedade converte-se no fulcro econômico das relações contratuais geradoras dum predomínio social e estas em 'instituições mais ou menos conexas' com a propriedade" (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. p. 207).

Não cabia à lei do Estado intervir nas relações de mercado, seja condicionando a propriedade, seja o seu regular instrumento de circulação, o contrato, entendido como *expressão da natureza e razão humana*, constituído pela inteligência e arbítrio do homem.

Segundo Pimenta Bueno, restringir ou proibir a liberdade contratual significaria indevida proibição e restrição do livre uso e disposição da propriedade. Ao Estado só seria permitido interferir na forma dos negócios jurídicos, e nunca em seu conteúdo:

O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade de condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em suma a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.

Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos, como de sua propriedade. Uma das primeiras garantias, sem a qual não há plenitude de propriedade, é a da livre disposição dela; ora, proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade.

Os contratos devem ser entregues à vontade das partes, essa é a sua verdadeira lei, a razão de sua existência e o princípio e regra de sua interpretação.

A lei do Estado não deve intervir senão para dois únicos fins:

1º) Para prescrever as formas legais ou solenidades externas que devam ser observadas, já para melhor prova, já para a percepção de impostos, e já finalmente para alguma outra condição exterior que possa ser conveniente.

2º) Para sancionar as solenidades internas ou condições racionais e essenciais da validade dos contratos, condições muito conhecidas desde que os romanos tornaram a razão escrita e gravada sobre esta parte do direito, e por tal modo que ninguém presuma que virá descobrir erros ou lacunas.⁵⁷

⁵⁷ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. p. 396.

Com nuances próprias, seguiu-se a ideologia do Código Civil francês de 1789, o *Code Napoléon*, em que o contrato, como expressão do voluntarismo extremo, é mero instrumento de irrestrita apropriação da propriedade,⁵⁸ mais tarde, com o advento do BGB, apontou-lhe a expressão por excelência de negócio jurídico.

É a vontade, dessarte, o elemento único da relação negocial, tecnicamente desenvolvida na teoria do ato-negócio jurídico.

Ocorre, contudo, que o fenômeno econômico, com o inevitável curso da História, ganhou contornos diversos, notadamente, com a Revolução Industrial.

As relações econômicas se massificaram em razão da própria produção em escala. O contrato, nesse diapasão, despessoalizou-se. Os instrumentos de circulação econômica de bens e serviços seguiram a padronização do modelo produtivo. As negociações coletivas se sobrepuseram às individuais, sobressaindo a desigualdade de forças ínsitas aos agentes das relações negociais. Daí o florescer dos denominados contratos-tipo, padrão, condições gerais dos contratos, cláusulas gerais de contratação, contratos de adesão ou, no dizer dos antigos autores, *contratos automáticos*:

Na Europa desses anos, os progressos das técnicas produtivas, a descoberta de novas fontes de energia e a mais racional e intensa utilização das já conhecidas, a diferente organização do trabalho no interior das empresas, a crescente dimensão destas (e do volume dos capitais nelas empregues) atingem todos os sectores da economia com um impacto sem precedentes. E, por reflexo directo destas transformações, cada um dos sectores conhece – em várias formas e medidas – a standardização das relações contratuais que se desenrolam no seu seio.⁵⁹

⁵⁸ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. p. 362.

⁵⁹ Cf. ROPPO, *O contrato*. p. 302, 312. A propósito desse fenômeno de massificação, confira, outrossim: COURI, Sérgio. *Ensaio sobre a evolução do capitalismo e marxismo*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; MANDELBAUM, Renata. *As condições gerais de contratação e os contratos de adesão*:

Se, no dizer do Professor Caio Mário da Silva Pereira, “o mundo moderno é o mundo do contrato”,⁶⁰ podemos enfatizar, nessa linha evolutiva, a realidade dos contratos massificados.

Por seu turno, podemos apontar como fenômeno comum dessas modalidades de contratação a adesão passiva e mecânica a cláusulas, unilateral e uniformemente, elaboradas. Não se fala mais em uma declaração de vontade, livre e consciente, de uma massa homogênea e indiferente de contratantes, mas de uma *imposição do querer* pela posição abusiva do poder econômico privado na esteira da idéia do *take it or leave it* (pegar ou largar).

Não obstante as vantagens dos contratos para os fornecedores, proporcionando rapidez e segurança nas relações negociais, trata-se de mecanismos de desequilíbrios, como bem acentua Jean Calais-Auloy:

Os contratos pré-redigidos são indispensáveis em um sistema de produção e de distribuição de massa. Eles apresentam, para as empresas, vantagens evidentes, pois eles asseguram ao mesmo tempo a rapidez e a segurança das transações. Mas eles são perigosos para os consumidores. Esses últimos aderem globalmente ao contrato, sem conhecerem todas as cláusulas. Eles confiam. Ora, essa confiança corre o risco de ser decepcionada, pois os contratos são evidentemente redigidos a favor dos profissionais que os propõem: os contratos pré-redigidos são na maior parte dos casos contratos desequilibrados.⁶¹

Estes contratos invalidam os próprios fundamentos de todo o modelo capitalista e a sua pretensa dinâmica racional de relações econômicas, quando, como já enunciado, os desvios da ação econômica privada, pelo

contratos de consumo, sob a ótica do código do consumidor. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994; BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation.* Bruxelas: Story, 1988; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation.* 4. édition. Paris: Dalloz, 1996.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III. p. 4.

⁶¹ *Les contrats pré-rédigés sont indispensables dans un système de production et de distribution de masse. Ils présentent, pour les entreprises, des avantages évidents, puisqu'ils assurent à la fois la rapidité et la sécurité des transactions. Mais ils sont dangereux pour les consommateurs. Ces derniers adhèrent globalement au contrat, sans connaître toutes les clauses. Ils font confiance. Or, cette confiance risque d'être déçue, car les contrats sont évidemment rédigés en faveur des professionnels qui les proposent: les contrats pré-rédigés sont le plus souvent des contrats déséquilibrés (Droit de la consommation. p. 149).*

fenômeno da concentração de mercado, passaram a exercer um poder não menos ameaçador do que o poder do Estado absolutista, contra o qual se seguiu a luta do próprio liberalismo.

Com efeito, como bem enuncia Lorenzetti,⁶² a partir desse momento, visualizamos que

o problema atual não reside em construir uma esfera de autonomia individual, contraposta à do Estado; o problema é distinto: não temos a poderosa soberania do Estado, mas a aliança planetária entre técnica e empresa, cuja presença de nada serve para defender a vontade do particular.

A reação estatal a esse fenômeno de concentração de mercado e seus conflitos não vem, dessa forma, tutelar imediatamente o interesse individual, mas a própria sobrevivência do sistema capitalista.

Se o capitalismo estava condenado ao desaparecimento, em razão do próprio fenômeno de concentração, o ideal de livre circulação de bens e serviços justificou a ruptura com o modelo de abstenção estatal.

Na sociedade contemporânea, não mais satisfaz a idéia do homem abstrato do liberalismo econômico, mas há a necessidade de primazia do homem concreto diante dos desafios de relações econômicas massificadas e cada vez mais concentradas.

Interessante notar que tanto Marx, quanto Keynes, justificando a ação estatal no domínio econômico, apontaram como internas as causas das crises do sistema capitalista:

A mais importante semelhança entre o pensamento de Marx e o de Keynes é que ambos viram as crises no capitalismo como provenientes de dentro do sistema, não de fatores a ele externos. De acordo com Marx, são duas as causas das crises capitalistas: a não realização do produto e a taxa de lucro decrescente, comparáveis, em Keynes, respectivamente, à insuficiência de demanda efetiva e à decrescente eficiência marginal do capital.

⁶² LOREZENTTI. *Fundamentos do direito privado*. p. 541.

[...].

Ambos mantêm que a causa das crises do capitalismo é o conflito crônico entre a capacidade de produção e a capacidade de consumo: está presente em cada um dos dois sistemas a idéia de que a concentração de renda restringe o consumo ao mesmo tempo em que aumenta a taxa de investimento, o que equivale a dizer que restringe o campo para o investimento rentável. Tais contradições emergem quando longos períodos de acumulação decorrentes de conflitos bélicos ou de inovações tecnológicas chegam a um ponto estacionário. Joan Robinso afirma que 'a teoria de Keynes fornece forte apoio à assertiva de Marx de que a verdadeira barreira à produção capitalista é o próprio capital.'⁶³

E a apontada resposta estatal a essa denominada contradição fundamental do modelo de troca econômica se apresenta com o fortalecimento de uma política legislativa de controle do conteúdo e formas de contratação.

O contrato passa a ser, dessarte, objeto e instrumento da ação estatal no domínio econômico, que almeja resgatar a sua funcionalidade, qual seja, de circulação, alocação eficiente de recursos e não-concentração de riquezas.

Tal reação, de início, realiza-se sob a perspectiva já mencionada do Direito da Economia e, em uma segunda e aperfeiçoada fase, sob o viés do Direito Econômico.

Nesse diapasão, o contrato passa ser objeto de mais intensa análise dessa disciplina jurídica, pois, como adverte a Professora Isabel Vaz:

esta disciplina, através da regulamentação da Política Econômica, toma os diversos institutos, tal como foram concebidos tradicionalmente, para acrescentar-lhes mais uma função e direcioná-los no sentido da integração social. O direcionamento destes institutos para as finalidades de integração interna não lhes desfigura a fisionomia; apenas representa uma evolução do individualismo para a utilização de suas potencialidades dentro de uma perspectiva social mais abrangente e mais justa.⁶⁴

⁶³ COURI, Sérgio. *Ensaio sobre a evolução do capitalismo e do marxismo*, p. 30-79.

⁶⁴ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*, p. 124.

O contrato se desvincula de sua exclusiva *perspectiva subjetiva* e de *abstração normativa*, sobressaindo o seu aspecto ou *função objetiva de circulação de riquezas*. Assim, sobreleva a sua realidade concreta de "veste jurídico-formal de operações econômicas", no dizer de Roppo,

o contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão directa da personalidade do 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 de 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 objectivas de mercado: o contrato deve transformar-se em instrumento objectivo e impessoal, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas.⁶⁵

O eixo contratual se verte do elemento subjetivo para o elemento objetivo, consubstanciado em seu conteúdo econômico. E a ação estatal sobre esse domínio não aniquila a liberdade de contratar. Ao revés, a reação do Estado, exsurge em razão dos próprios desvios da manifestação de vontade sintetizados na concentração abusiva do poder econômico privado.

Com efeito, se tal reação apresentou como fundamento imediato a própria sobrevivência do modelo capitalista, é a liberdade de contratar, em sua expressão concreta, e não mais no ideal abstrato e meramente teórico de igualdade jurídica, o valor jurídico mediatamente resgatado.

Como falar em manifestação livre e consciente de vontade, quando conhecidas as expressões técnicas de contratação em massa, convertendo, no dizer de Lorenzetti,⁶⁶ "em pura ilusão a teórica igualdade das partes e a autonomia da vontade."

⁶⁵ ROPPO. *O contrato*. p. 309.

⁶⁶ LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*. p. 119.

O paradoxo é somente aparente. A ação do Estado na vida dos contratos, ao contrário do propósito de inviabilizar os postulados do sistema de liberdade de trocas econômicas, buscou concretizar tal negócio jurídico como expressão da real liberdade, pois, como acentua Villela:

no campo específico dos contratos, notou-se que em muitos casos o acordo era mais aparente do que real, porque onde vigorava a desigualdade econômica, e especialmente onde a necessidade se impunha, dificilmente se poderia falar de vontades livres. Tornou-se imperiosa a criação de *um sistema de vedações e exigências*, a fim de impedir a espoliação do fraco pelo forte, bem assim de assegurar a prevalência dos interesses do bem comum sobre as pretensões individuais (Grifamos).⁶⁷

Assim, no plano interno das relações negociais, a busca de realização do ideal de justiça comutativa e, por que não, distributiva, é reflexo da contemporânea perspectiva do contrato como instrumento de política econômica, que, como veremos, é traduzida, em nosso ordenamento jurídico, como função econômico-social dos negócios jurídicos.

Destarte, nessa análise objetiva do fundamento socioeconômico dos contratos, ou no dizer de Vasseur,⁶⁸ da *economia contratual*, as prerrogativas individuais se mesclam com os interesses da coletividade e à idéia de parte contratual, tradutora de conflitos e oposição, sobrepõe-se o ideal de colaboração, cooperação. A perspectiva de vínculo ou sujeição jurídica, no plano interno dos acordos, cede espaço ao resgate conceitual de relação de

⁶⁷ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, v. 261. p. 29, 1978. Mauro Cappelletti, aduz em fascinante paradoxo: "o fato de que, para assegurar a liberdade do mercado, se tornam necessárias equilibradas intervenções normativas, administrativas e judiciais, quer no plano da tutela do consumidor, quer no plano da política da concorrência" (O acesso dos consumidores à justiça. *Revista Forense*, v. 310. p. 53, 1990).

⁶⁸ Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, jan./mar. 1964.

equilíbrio. Trata-se, no plano atual, de defender a liberdade concreta nas relações intersubjetivas, não desvinculada, sobretudo, de sua função econômico-social em uma perspectiva notadamente macroeconômica.

Capítulo 6

FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO: INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

6.1. Aspectos Gerais

O contrato, em sua análise histórica, sai da esfera exclusiva dos indivíduos para se inserir, fundamentalmente, na ordem jurídico-econômica. Ocorre uma alteração de perspectiva da mera análise do consensualismo, ainda que sob a teoria objetiva da declaração de vontade, para o enfoque de seu conteúdo econômico. Trata-se de contextualizar esse negócio jurídico, afastando-se a visão clássica do subjetivismo. O foco é a operação econômica subjacente.

Nesse diapasão e em razão de nossa opção metodológica, analisaremos, no plano do ordenamento jurídico pátrio, a apontada função econômico-social do contrato como expressão normativa e concreta de política econômica.

De pronto, é conhecido que a história econômica brasileira apresenta suas vicissitudes e peculiaridades. Se a economia, *v.g.*, norte-americana vivenciou marcadamente as fases do capitalismo, inclusive apresentando uma das primeiras legislações antitruste como reação à concentração de mercado que ali inicialmente se desenvolveu de forma mais acentuada, o mesmo não se pode dizer da realidade vivenciada pelo modelo brasileiro ao longo de sua história.

Segundo a síntese de João Manuel Cardoso de Mello sobre a formação e desenvolvimento econômico da América Latina, particularmente do

Brasil, “[...] a História brasileira e latino-americana é a História de um determinado capitalismo, de um *capitalismo tardio*”⁶⁹ (Grifamos).

Com efeito, embora universal – mas não uniforme –, o fenômeno das relações e contratação de massa, o encaminhamento de seus desdobramentos e problemas, no plano do direito nacional, verificou-se, *efetivamente*, com o advento da ordem constitucional de 1988.

Do mesmo modo, o entendimento de Marques, ao asseverar que, “no caso brasileiro, a crise da concepção clássica de contrato só terá uma solução na década de oitenta, mais especificadamente, com a edição da nova ordem constitucional.”⁷⁰

Com efeito, conquanto reconhecida, pela própria teoria clássica, o laço estreito entre propriedade e contrato, a sorte deste último não seguiu a esteira da proclamada função social da propriedade antes do advento da Constituição da República de 1988.⁷¹

Na verdade, as constituições anteriores, desde a de 1934 – a primeira a fazer referência à função social – até a Carta de 1967/1969, amoldavam-se à idéia de propriedade como bem imóvel, ou ainda, como valor estático,⁷² sem a dinamicidade emprestada e revelada pela contratação

⁶⁹ Cf. MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. p. 177; e, também, o clássico FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970. Propositadamente, omitimos praticamente a bibliografia histórica brasileira, porquanto extrapola o objeto deste trabalho.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. p. 73.

⁷¹ Segundo Richard Posner, é manifesto, em termos econômicos, o vínculo dos institutos da propriedade e do contrato no sistema do *common law*, que pode ser dividido em três grandes capítulos: a) direito da propriedade, que se ocupa da criação e definição dos direitos de propriedade; b) direito contratual, que trata de facilitar o movimento voluntário dos direitos de propriedade, em opções de maior valorização; e c) o direito de responsabilidade extracontratual concernente à proteção dos direitos de propriedade, incluindo a proteção à integridade corporal (*Economic analysis of law*. Forth Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 31)

⁷² Segundo a professora Isabel Vax, “o aspecto dinâmico das Propriedades, tal como o concebemos, repousa sobretudo, na idéia de ação, de atividade econômica organizada” (*Direito econômico das propriedades*. p. 333). A propriedade, em sua visão estática, corresponde, v.g., a propriedade rural ou urbana, a um ativo financeiro, cujos benefícios aos seus titulares independem de qualquer atividade econômica (*Direito econômico das propriedades*. p. 333).

massificada que se seguiu a elas e, sobretudo, pelo chamado e recente processo de abertura econômica do final da década de 80 e início dos anos 90.

Tal assertiva não afasta, a toda evidência, a importância do estudo de anteriores ações direcionadoras do Estado sobre o conteúdo de alguns contratos, ainda que não expressão da alteração na teoria clássica dos contratos. A propósito, é a histórica síntese de Lobo ao que denomina de casos ilustrativos de *dirigismo contratual* na legislação brasileira:

- a) Contratos de promessa de compra e venda. A Lei 6.766, de 19/12/79, determina o essencial de seu conteúdo, no caso de imóvel loteado, e, ainda, o tipo contratual, que deve ser previamente registrado. A adjudicação compulsória é forma de compulsão a contratar, substituta;
- b) contratos e direito autoral. A Lei 5.988, de 14/12/73, define o tipo contratual para cada espécie de direito do autor [...];
- c) Para a convenção de condomínio a Lei 4.591, de 16/12/64, impõe seu conteúdo básico e estabelece restrições minuciosas;
- d) O contrato de incorporação é igualmente regulamentado pela Lei 4.591/64;
- e) Os contratos com cláusula de pagamento em ouro ou moeda estrangeira são proibidos (Dec. Lei 857, de 11/9/69);
- f) Os contratos de locação de imóveis urbanos são exaustivamente regulamentados, quanto a seu conteúdo e conclusão, pela Lei de 16/5/79 [...];
- g) A cláusula penal ou multa é delimitada em diversos diplomas legais, em percentuais máximos [...];
- h) os juros reais nos contratos não podem ultrapassar de 12% ao ano (Dec. 22.626/33 ...);
- i) Os contratos de arrendamento rural e de parceria, conforme o Estatuto da Terra e Decreto regulamentar 59.566/66, têm conteúdo legalmente predeterminado sujeitam-se a contratação compulsória ('prorrogação');
- j) Os contratos de alienação fiduciária em garantia têm seu conteúdo básico definido em lei (Dec. Lei 911/69), em tipo único, com proibição de o proprietário fiduciário ficar com a coisa alienada;
- l) Os contratos de seguro são rigidamente regulamentados [...];

m) Os contratos de habitação (sistema habitacional), desde a Lei 4.380/64, são tipificados e determinados em seu conteúdo, inclusive quanto ao reajustamento compulsório pela correção monetária das obrigações;

[...] ⁷³

Nesses casos, marcados por políticas econômicas setoriais, sobressai a ação estatal sob um modelo tradicional meramente negativo, limitando-se a proibir, no mais das vezes, condutas. Trata-se, a nosso sentir, de reflexo do conceito clássico de contrato e da perspectiva estática da propriedade.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a ordem econômica passou a contemplar o contrato sob uma perspectiva positiva. Ao conteúdo contratual não se vislumbram, tão-somente, limitações, mas, sobretudo, imperiosas realizações de princípios econômico-sociais ali insculpidos. E o grande marco dessa realidade, a nosso juízo, foi a expressa necessidade, notadamente, de promoção de políticas públicas de realização da livre concorrência e defesa do consumidor, a teor do art. 170, incisos IV e V, da Constituição, culminando no fundamento de garantia da dignidade humana. ⁷⁴

Com efeito, há a consagração da complementar e recíproca relação da promoção social, defesa do reconhecidamente vulnerável no mercado (consumidor), com o valor essencialmente econômico da livre concorrência.

A ação estatal nos contratos, expressão de política econômica constitucionalmente prevista, ⁷⁵ almeja o ideal de justiça comutativa ou justiça

⁷³ LOBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil*, n. 52. p. 71-72, abr./jun. 1990.

⁷⁴ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, como resultado das mudanças que estamos vivenciando, podemos asseverar que "o mundo da segurança do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas; em segundo lugar, a ética da autonomia da vontade ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana." (Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779. p. 57, 2000),

⁷⁵ A propósito do conceito de Constituição econômica, pela profundidade da análise da mútua relação entre Direito e Economia, sobreleva a já referenciada e clássica obra de MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 29. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

substancial no dizer de Roppo, resultado de um mercado sob a égide da livre concorrência, com circulação efetiva de riquezas, tendo por fim o ideal distributivo, consubstanciado na efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, ao que denominamos de expressão máxima de eficiência social, noutro dizer, de implementação dos fins sociais perseguidos pelo Estado.

Se antes emprestavamos a essa reconhecida ação estatal a titulação de *dirigismo contratual*, na concepção negativa e anômala de intervenção na autonomia da vontade, hoje, sob a perspectiva constitucional de política econômica, temos a ação do Estado como fenômeno ordinário de promoção econômico-social. É o deslocamento do exclusivo eixo dos negócios jurídicos da vontade para o seu substrato ou conteúdo econômico-social. Vislumbramos, enfim, a realidade de uma economia de mercado socialmente controlada ou regulada.

Interessante, nesse sentido, o estudo de Peter Vicente Jones, apontando o contrato como mecanismo racional de gestão das relações contemporâneas sociais e, particularmente, econômicas, notadamente em razão do processo de privatização dos serviços públicos. Segundo o autor, a ação indireta do Estado no domínio econômico – a qual denomina quase-mercado – realiza-se, principalmente, mediante processos contratuais:

Uma das vantagens dos quase-mercados em comparação com os mercados é que o poder do Estado pode ser usado para expressamente perseguir objetivos sociais e de bem-estar, mediante elementos obrigacionais e hierárquicos dos contratos identificados por Stinchcombe, enquanto evitando os prejuízos de acompanhar regulações mais diretas e detalhadas.⁷⁶

A característica interessante dos quase-mercados como forma de organização é a combinação do direcionamento estatal com elementos da

⁷⁶ One advantage of quasi-markets in comparison with markets is that state power may be used in the express pursuit of social and welfare goals, through the obligational and hierarchical elements of contract identified by Stinchcombe, while avoiding the dangers accompanying more direct and particularistic regulation (VICENT-JONES, Peter. Contractual governance: institutional and organizational analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 3. p. 340, 2000).

disciplina do mercado, buscando colmatar lacunas e falhas de ambas as formas de gerenciamento.⁷⁷

Essa mudança sobressai quando, a teor dos arts. 173 e 174 da atual Constituição da República, observa-se um arrefecimento da ação direta do Estado no domínio econômico, a diminuição de atribuições empresariais, em proveito de sua atual vocação de agente normativo e regulador da atividade econômica, vale dizer, implementador de políticas econômicas. Com efeito, ocorre uma alteração no enfoque dos mecanismos de realização dessa política; à ação direta ou imediata se sobrepõe uma condução indireta ou mediata, no qual a importância da denominada economia contratual se afigura mais presente.

Segundo a Professora Isabel Vaz,⁷⁸ a ordem jurídico-econômica não tem como objetivo reprimir os agentes econômicos, mas convocá-los a exercer uma ação positiva:

Trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica.

Assim, como primeira e relevante manifestação ou forma de regulação contratual sobressai a política legislativa sobre o conteúdo e a tipicidade dos negócios jurídicos, adquirindo contornos diversos com a Constituição de 1988.

Não se trata, em síntese e insistindo no que já foi mencionado, de formas negativas ou anômalas (proibição de fazer). Ao revés, o contrato, inserido na ordem jurídico-econômico constitucional, deve promover (obrigação de fazer) os fundamentos e princípios da ordem econômica, assim sintetizados:

- a) busca da valorização do trabalho humano;

⁷⁷ Nesse sentido, é o pensamento de Vicent-Jones, *The interesting feature of quase-markets as a form of organization is their combination of government direction with elements of market discipline, and the resulting potential for avoiding some of the failures of both bureau cracies and markets.* (VICENT-JONES, Peter. Contractual governance: institutional and organizational analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 3, p. 340, 2000).

⁷⁸ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. p. 273.

- b) busca de uma existência digna para a pessoa natural, conforme os ditames da justiça social;
- c) afirmação da livre iniciativa;
- d) garantia da soberania e da segurança nacionais;
- e) atendimento à função social da propriedade;
- f) defesa do consumidor;
- g) defesa do meio ambiente;
- h) garantia da livre concorrência;
- i) busca do pleno emprego;
- j) busca de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Enfim, atribui-se ao contrato o poder-dever de realização da política econômica não deste ou daquele governo, mas do Estado brasileiro, cujo conteúdo e fins são *sintetizados* pelo sempre mencionado art. 173 da Constituição.

Nessa perspectiva, ensina o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca: "A limitação à liberdade contratual não se faz mais em moldes negativos, mas assume uma postura positiva: o Estado passa a apurar as preferências coletivas manifestadas no texto constitucional e a dar-lhes concreitude [...]"⁷⁹

Ao contrato se atribui, assim, a qualidade de instrumento, de "ferramenta" das opções da ação estatal, sob a perspectiva constitucional, no domínio da realidade econômica.

Segundo Vicent-Jones,⁸⁰ "o contrato fornece um mecanismo de coordenação dos processos econômicos, os quais resultam, por fim, na

⁷⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*, p. 88.

⁸⁰ *Contract provides a mechanism of coordination of economic processes that result ultimately in the production of goods and services* (VICENT-JONES, Peter. *Contractual governance*:

produção de mercadorias e serviços." Como marco de concretização dessa realidade, temos a edição da Lei n. 8.078/90.

O maior mérito desse diploma, a despeito de seu apregoado valor como despertar da cidadania, foi, reconhecendo a inadequação da clássica teoria jurídica contratual, consolidar a plêiade de princípios, fundamentos e objetivos inseridos da Constituição de 1988.⁸¹ Trata-se de vislumbrar, concretamente, o contrato como fenômeno social e economicamente situado.

Como já asseveramos, o eixo contratual se verte do exclusivo *elemento subjetivo* para o compartilhamento do *elemento objetivo*, consubstanciado em seu conteúdo. Dessarte, a proclamada vulnerabilidade do consumidor, fundamentando a busca do ideal de justiça contratual, é *conseqüência* da própria e moderna visão do negócio jurídico como instrumento efetivo de circulação de riquezas ou, numa perspectiva macroeconômica, como veículo de organização e gestão da economia.

Ressalvando-se entendimentos diversos, não se objetiva a tutela da figura do consumidor como um valor em si mesmo, mas a harmonia nas *relações de consumo*, valor sintetizado no art. 4º, III, da Lei n. 8.078/90;

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

institucional and organizational analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 3. p. 325, 2000).

⁸¹ Essa necessidade de diplomas legislativos emprestando efetividade a princípios ou objetivos fundamentais decorre da nossa histórica dificuldade de trabalhar com as denominadas cláusulas gerais. Com efeito, Miguel Reale, adverte-nos que o sentido social do contrato já resultava da inteligência do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", porquanto, segundo o professor, "a significação e o alcance das normas contratuais se determinam à luz dos mandamentos legais a elas aplicáveis (*Questões de direito privado*, p. 1).

Assim, o Estado passa a regular efetivamente o conteúdo dos contratos, *prevenindo e reprimindo* abusos praticados no mercado de consumo.

Na mesma linha evolutiva, sobressai a Lei n. 8.884/94, o diploma brasileiro de defesa da concorrência, pois o objetivo dessa lei é a organização de um mercado concorrencial, garantido ao consumidor seu legítimo poder de escolher, consciente e adequadamente, bens e serviços.

Trata-se, como já anunciamos, de uma perspectiva evolutiva, porquanto a história legislativa nacional noticia a existência de diplomas que, de uma forma ou outra, objetivaram afastar meios de violação da livre concorrência: Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938; Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945; Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962; Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e Lei n. 8.158, de 9 de janeiro de 1991.⁸²

O atual diploma se situa em uma nova realidade econômico-social revelada pela contratação massificada e, sobretudo, pelo processo de internacionalização econômica, culminando com a ação estatal restrita às funções constitucionais de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Nessa realidade, a livre concorrência se situa como princípio da atividade econômica, a teor do art. 170, IV, da Constituição da República; impõe-se ao Poder Público a promoção de política econômica que reprima "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros", na dicção do § 4º do referido dispositivo constitucional.

E a Lei n. 8.884/94 busca delinear concretamente o conteúdo e o alcance dessa política, valendo-se do contrato, outrossim, como mecanismo desse desejado equilíbrio econômico, seja impondo limitações, seja determinando exigências às condutas dos agentes econômicos no mercado.

⁸² Sobre essa evolução, cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. p. 43-53.

Com efeito, esse Diploma legislativo estabelece limites e funções, quanto à estrutura das sociedades empresariais (art. 54) e quanto às suas condutas (arts. 20 e 21).

Em verdade, não se objetiva a concorrência por si só, mas como valor inserido na ordem jurídico-econômica nacional.

E nesse cenário histórico sobrepõem as alterações introduzidas pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, denominado *novo Código Civil brasileiro*.

Com efeito, a mudança no enfoque dos contratos pode ser sintetizada em dois dispositivos normativos, objeto da análise que se segue. São eles:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Na esteira do art. 170 da Constituição da República de 1988, atribuiu-se aos contratos, assim como à propriedade, destinação social, equiparando-se a ato ilícito o exercício abusivo desse direito contratual.

Em verdade, a liberdade de contratar deve ser exercida em razão dos interesses do sujeito de direito, autonomia da vontade, mas limitados por valores sociais, porquanto não se empresta natureza absoluta ou arbitrária aos direitos subjetivos, de autonomia privada.

O alcance da função social emprestada à propriedade já se apresenta em estado de consolidação em nosso ordenamento jurídico, seja pelos requisitos constitucionais, seja pelo desenvolvimento da doutrina e jurisprudência pátrias. A dificuldade é a determinação dessa apontada função socioeconômica dos negócios jurídicos, como se segue.

6.2. Função Econômico-Social dos Contratos no Código Civil de 2002

A melhor compreensão do fenômeno contratual disciplinado no apontado novo Código Civil brasileiro impescinde da análise dos princípios que informam a atual codificação.

No dizer do Professor Miguel Reale,⁸³ o Código de 2002 apresenta três princípios fundamentais ou valores essenciais: *eticidade*, *operabilidade* e *socialidade*.

Segundo o princípio da *eticidade*, reconhece-se "a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar."⁸⁴ Assim, a preocupação com a boa-fé objetiva e a probidade, valores intrínsecos – ou, pelo menos deveriam ser – às relações negociais.

O ordenamento jurídico nacional adota a técnica legislativa que determina a construção de cláusulas gerais, hipóteses de incidência com expressões intencionalmente de vagueza semântica, tipos vagos, exigindo-se o concurso do intérprete e do aplicador do direito na concretização do preceito ou formulação da norma, emprestando-lhe, dessarte, maior mobilidade e adesão à realidade empírica.⁸⁵

Segundo o Professor Miguel Reale, justificada se afigura a

opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais. Somente assim se

⁸³ BRASIL. *Novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, prefácio.

⁸⁴ BRASIL. *Novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, prefácio.

⁸⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, faz referência a conceitos com abertura de valoração, os quais devem ser preenchidos pelos órgãos ou agentes de concretização das normas (*Direito constitucional*, p. 154).

realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juristas do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.⁸⁶

Como se infere, o paradoxo é apenas aparente: o legislador lança mão dessa técnica legislativa, objetivando o ideal de soluções mais justas e harmonizadas ao caso concreto, tudo em face da dinamicidade das relações sociais ou, noutro dizer, da complexidade da vida moderna, dominada pelo conhecimento tecnológico e pela internacionalização da economia.

O grande desafio dessa teoria do Direito concreto é atribuído ao aplicador do direito, conforme terceira parte do trabalho e na perspectiva de implementação dos contratos como instrumentos normativos e concretos de política econômica.

Contudo, a utilidade dessa técnica de legislar não é unânime.⁸⁷ Mas, segundo Paulo Luiz Neto Lobo, conquanto a diversidade de opiniões, a sua utilização se afigura imprescindível a uma realidade de plena e intensa mutabilidade:

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.⁸⁸

⁸⁶ BRASIL. *Novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, prefácio.

⁸⁷ A discussão será objeto da terceira parte deste trabalho, sobrelevando notar a crítica do Professor Antônio Junqueira de Azevedo, O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 9. p. 40-44, set./dez. 1999.

⁸⁸ LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42. p. 190, abr./ jun. 2002.

Tal técnica se coaduna com o segundo princípio, *operabilidade*, "no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito."⁸⁹

A seguir, o terceiro princípio fundamental, a *socialidade*.

Evidentemente que tais princípios, no auxílio das atividades de construção, interpretação e aplicação normativa, não se excluem, ao revés, a interação e a convergência são imprescindíveis, a análise tópica é somente para fins didáticos.

Segundo Professor Miguel Reale, é constante o objetivo do Código atual em superar o manifesto individualismo do Código de 1916.⁹⁰

Nessa perspectiva, conjugando os citados arts. 187 e 421 do Código Civil de 2002, depreendemos que o direito de contratar (alcançando a liberdade de escolha das partes com quem contratar e liberdade de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato) deve, em uma relação positiva e finalística, atender a sua *função* econômico-social.

De pronto, a advertência de Noronha,⁹¹ segundo a qual a função social dos contratos não foi instituída pelo Código Civil de 2002 nem é privativa dos negócios jurídicos; em verdade todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Todo direito, como expressão da vida em coletividade, traduz uma função.

⁸⁹ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. In: *Novo código civil brasileiro*. p. XV.

⁹⁰ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. In: *Novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82-83. Ao comentar o então Projeto do Código Civil de 2002, asseverava o autor que "a função social do contrato não vai ser certamente instituída por ele; se chegar a ser convertido em lei, ninguém certamente sustentará que os contratos anteriores à data da sua entrada em vigor não tinham função social. Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, em especial do direito de propriedade."

O contrato é um fenômeno socialmente situado no tempo e espaço. Essa atual preocupação ou sensibilidade do jurista decorre, como já exaustivamente exposto, do reconhecimento da inadequação da clássica teoria jurídica contratual diante dos desafios da complexa sociedade contemporânea.

À perspectiva meramente individualista se sobrepõe o ideal do bem comum. Assim, é o complemento de Noronha:

Ora, o negócio jurídico (e especialmente o contrato) só pode ser concebido em termos econômicos e sociais. As obrigações resultantes de contratos (e outros negócios jurídicos) valem juridicamente, são tuteladas pela lei, não apenas porque as partes as assumiram (e quer porque as tenham querido, como sustenta a teoria da vontade, quer porque tenha sido nesse sentido a sua declaração, como sustenta a outra teoria), mas principalmente porque interessa à sociedade a tutela da situação criada, por causa das conseqüências econômicas e sociais que produz.⁹²

Dessarte, não se pode falar em função econômica ou social dos contratos, são duas realidades complementares e reciprocamente imbricadas. O contrato, como instrumento de circulação efetiva de produtos e serviços na sociedade, é um fenômeno social e econômico. No dizer de Roppo⁹³, o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas, e essas se realizam em um contexto social.

Trata-se de mudança do eixo fundamental da mera e exclusiva subjetividade,⁹⁴ para a concreção das necessidades do homem, reconhecer a pessoa humana situada com todas as suas reais dificuldades e carências. No mesmo sentido, é a lição de Lobo:

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do Direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o

⁹² NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 88.

⁹³ Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

⁹⁴ Segundo Richard Posner, um sistema baseado exclusivamente na vontade não seria eficiente (*Economic analysis of law*. p. 91).

contrato é instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato.⁹⁵

Nessa concepção contemporânea do contrato, alguns autores lhe imprimem uma ordem pública interna e externa, como expressões dessa função econômico-social.⁹⁶ Segundo Vicent-Jones,

as obrigações contratuais são definidas por normas de contrato (elas mesmo incorporando valores). As normas contratuais possuem dimensões internas e externas que se sobrepõem, de modo que as normas externas 'se tornam normas contratuais internas, apesar de suas origens poderem se encontrar fora da relação contratual. As normas impostas pelo sistema legal estatal são apenas um tipo de norma externa: 'costume, hábitos socialmente aceitáveis, moral, o conjunto de medidas de comportamentos institucionais e coisas parecidas têm funções muito mais importantes, especialmente nos termos do dia-dia.'⁹⁷

Com efeito, a *ordem interna*, em uma perspectiva de microeconomia ou de microsistema jurídico do contrato, diz respeito à realização do ideal de justiça material, de equivalência real das prestações, igualdade concreta dos contratantes, observados os valores intrínsecos de boa-fé e probidade, impedindo, dessarte, o abuso no exercício do direito subjetivo contratual. A propósito, merece destaque a menção expressa do Código Civil brasileiro de 2002 aos institutos do abuso de direito (art. 187), enriquecimento sem causa (art. 884) e, particularmente, do antigo instituto da lesão (art. 157).

Segundo o legislador, "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta" (art. 157).

⁹⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42. p. 191, abr./ jun. 2002.

⁹⁶ Cf. NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, capítulo 6.

⁹⁷ Contractual obligations are underpinned by contract norms (themselves embodying values). The contract norms have internal and external dimensions which overlap, such that external norms 'become internal contractual norms, although their origins may lie outside the contractual relation'. The norms imposed by the state legal system are just one type of external norm: 'Custom, socially reinforced habit, morality, a host of institutional behaviour patterns, and the like typically play far more important roles, especially in everyday terms' (VICENT-JONES,

Interessante o enfoque de Ana Luiza Maia Nevares de que a "lesão permite trazer para o equilíbrio contratual não só a igualdade econômica das prestações, mas também a equivalência social e humana do contrato, preocupando-se com o comportamento digno e legal dos contratantes na relação contratual, que deve respeitar a boa-fé objetiva."⁹⁸

De sua vez, a *ordem externa* diz respeito a um sistema maior, que é ordem jurídico-econômica constitucionalmente prevista. O contrato, como fenômeno social e economicamente situado, deve ser instrumento de implementação dos valores e princípios que interessam imediatamente à sociedade, com vista à promoção do seu bem-estar e desenvolvimento econômico.

Essas ordens internas e externas não se excluem, antes se *complementam* em uma perspectiva maior de *gestão da própria economia capitalista*.⁹⁹ Assim, o contrato só realizará sua dimensão funcional de gestão da economia quando satisfizer, igualmente, a justiça comutativa e os valores da ordem jurídico-econômica.

A propósito, sobreleva notar o magistério do Professor Francisco Amaral,¹⁰⁰ ao discorrer sobre a função social do Direito e, mais precisamente, do contrato:

Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-

Peter. Contractual governance: institutional and organizational analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 3. p. 322, 2000).

⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. p. 288-289.

⁹⁹ Segundo Macedo Jr., comentando a política de promoção das relações de consumo, assevera que "uma análise institucional, ao contrário, deve preocupar-se com a articulação macro de valores e princípios com a esfera micro dos problemas concretos e das formas como estes princípios se formam, articulam e seus efeitos" (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*. p. 297)

¹⁰⁰ AMARAL, Francisco. Autonomia privada. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 9. p. 29, set./dez. 1999.

se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. A expressão 'função social' é, por isso mesmo, um princípio geral, uma indicação programática que não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e com a justiça social.

[...].

O exercício da função social do contrato conjuga a realização do princípio da autonomia privada com a justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana. Ora, é precisamente com esse entendimento que a autonomia privada pode e deve-se direcionar. A idéia de justiça, que se realiza na dimensão comutativa entre particulares iguais nos seus direitos e distributiva entre eles, aparece agora com nova dimensão. *A justiça social, a justiça geral, diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade nos primórdios do capitalismo.* O Direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que se limita em maior ou menor grau de intensidade, poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema em vigor nas sociedades democráticas do mundo contemporâneo que se caracterizam, *precisamente pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica* (Grifamos).

Na mesma medida, extrai-se a definição do Professor Gustavo Tepedino. Segundo o autor, a ordem interna e a externa se complementam, devendo a função social do contrato ser

entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.¹⁰¹

Essa função econômico-social do contrato que, na perspectiva do Direito Econômico, qualifica-se como expressão de política econômica, pode

¹⁰¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. p. XXXII.

ser entendida, sob o viés da teoria geral do Direito ou na concepção interna dos negócios jurídicos, como sua *causa*.

Trata-se, a toda evidência, de entendimento audacioso, notadamente em razão da conhecida posição majoritária da doutrina, segundo a qual o nosso Código Civil segue a linha anticausalista dos negócios jurídicos.

6.3. Teoria da Causa dos Negócios Jurídicos: A Função Econômico-Social como seu Pressuposto de Validade

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,¹⁰² em síntese sobre o tema, advertem que as fontes da causa dos negócios jurídicos remontam a Domat e Pothier, podendo-se visualizar, a propósito, duas correntes: a *subjetivista* e a *objetivista*.

De acordo com a primeira, causa seria a motivação típica do ato ou negócio que se pratica. Aproxima-se sua noção ao aspecto interior, subjetivo.

De sua vez, a corrente objetivista, citando as lições de Orlando Gomes, Ascarelli e Cariota Ferrara, vincula-se à significação social do negócio e sua função, "a causa seria a função econômico-jurídica do ato ou a função prático-social do negócio jurídico reconhecida pelo Direito, de forma que o ordenamento só poderia tutelar aqueles atos socialmente úteis."¹⁰³

A causa dos negócios jurídicos consubstanciada na sua função econômico-social não seria, assim, elemento constitutivo (plano da existência), mas, sim, pressuposto de validade. Nesse diapasão, contratos que não observam a justiça comutativa e os valores expressos na Constituição da

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. I. p. 333-336.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. p. 334.

República, naquela perspectiva complementar de ordem pública interna e externa, não são reconhecidos como válidos pelo ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Os citados autores citam defensores das correntes causalistas: Domat, Pothier, Aubry e Ráu, Demolombe, Colin e Capitant, Venzi, Cariota Ferrara, Ruggiero, Mirabelli, Bonfante, Stolfi, Messineo, Amaro Cavalcanti e Torquato Castro; bem como seus adversários: Ernst, Planiol, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie, Bardie, Cornil, Giorgio, Artur, Timbal, Beviláqua, concluindo que o atual Código Civil reconhece a causa como pressuposto de validade do negócio jurídico.

Com efeito, da análise conjunta dos citados arts. 187 e 421, depreende-se a ilicitude dos negócios que contrariarem a sua causa ou função econômico-social.

Francisco Amaral, a nosso sentir, também compartilha a tese segundo a qual a causa se consubstancia na função econômico-social do negócio, concluindo que "a evolução doutrinária do nosso direito tem-se orientado porém no sentido de reconhecê-la e admiti-la, principalmente no aspecto de sua função social, próprio da concepção objetiva."¹⁰⁵

Impende notar que Pontes de Miranda, ensina que "a causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia."¹⁰⁶ Somente atualizamos que, a teor das disposições do Código Civil de 2002, a dimensão social e funcional dos atos e, especificamente, dos negócios jurídicos é pressuposto de validade, e não de eficácia.

E, ainda, segundo Bessone,

¹⁰⁴ Segundo nossa leitura de P. S. Atiyah, a noção de causa se aproxima a *consideration* do direito inglês, ou seja, a ordem pública interna dos negócios jurídicos consubstanciada no ideal de equilíbrio (*An Introduction to the law of contract*, p. 118).

¹⁰⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. p. 418.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. III. p. 78.

no que concerne a causa do contrato, o julgador não pode penetrar os motivos (também causais) ligados à utilidade individual, subjetiva ou intrínseca do ato, matéria confiada apenas à discricção do contratante, mas pode verificar se a finalidade em vista conforma-se com a utilidade social, que lhe é extrínseca, ou, precisando mais, com a ordem pública e os bons costumes.¹⁰⁷

Elemento causal que, a toda evidência, serve de controle negocial, porquanto, uma vez não satisfeito, tratar-se-á de negócio jurídico inválido. Assim, deve o contrato realizar os valores que lhe são subjacentes, notadamente igualdade material e boa-fé, bem como a sua dimensão de operação econômica tutelada pela ordem jurídico-econômica.

Segundo Roppo,

a causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a operação jurídico-econômica realizada tipicamente por cada contrato, com o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que, tipicamente, dele derivam, com a sua função econômico-social como freqüentemente se diz.¹⁰⁸

Essa forma de controle é, igualmente, acolhida por Lorenzetti, para quem "a noção de causa objetiva é um elemento que serve para tipificar, e, em conseqüência, para verificar o ajuste das contratações atípicas ao 'dever ser' que pretende o legislador. Segundo Messineo, a causa objetiva faz depender a validade do contrato de que se obtenha efetivamente a finalidade para a qual tem sido prevista"¹⁰⁹; e Pontes de Miranda, advertindo que "no sistema jurídico francês e nos que o imitaram, a teoria da causa é limite ao princípio da autonomia da vontade."¹¹⁰

Nem se diga, por fim, que a causa se amolda ao conceito de objeto das relações negociais, porquanto, "o objeto é o devido: o que se vê do lado do devedor; a causa é o que se vê olhando, de face,"¹¹¹ todo o negócio jurídico."

¹⁰⁷ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Teoria geral. p. 136.

¹⁰⁸ ROPPO. *O contrato*. p. 197.

¹⁰⁹ LORENZETTI *Fundamentos do direito privado*. p. 551.

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 82.

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 100.

O objeto, no dizer de Francisco Amaral, é o quê, a causa é o porquê, a função do negócio.

Terceira Parte

FORMAS DE REALIZAÇÃO DO CONTRATO
COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA
ECONÔMICA

Capítulo 7

CONTROLE ADMINISTRATIVO

Na terceira parte do trabalho, vencida a pretensa neutralidade econômica dos contratos, em razão da reconhecida política nacional legislativa que lhes atribui uma função, um dever de promoção econômico-social, mister estudar as formas de controle da implementação dessa realidade.

De pronto, considerando a proeminência da ação indireta do Estado no domínio econômico, a teor do art. 173, *caput*, da Constituição da República, com abrandamento da sua função, de produtor de bens e serviços, denominamos *controle administrativo* a ação administrativa sobre as relações negociais como primeira forma dessa pretendida efetivação.

O Estado, em razão do princípio da reserva legal, nada mais objetivará que não a concreção de princípios e valores positivados no ordenamento jurídico, mediante o exercício das funções constitucionais de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, segundo o art. 174, *caput*, da Constituição.

Esse exercício é atribuído, sobretudo, a instituições da Administração Pública, como os entes reguladores e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todos, sob determinado âmbito ou setor da economia, se valem do contrato como instrumento e objeto de regulação pública, de gestão do modelo econômico.

Focalizar-se-á, de início, essa realidade dos entes de regulação, pelos quais se visualiza a busca de uma ação efetiva sobre o conteúdo e a execução dos contratos, sobretudo de concessão de serviços públicos – a teor da delegação autorizada pelo art. 175 da Constituição da República, como forma de direção econômica.

7.1. Entes de Regulação: Aspectos Gerais

Hoje, quando se fala em ação estatal no domínio econômico, logo exsurge a idéia em voga das "agências reguladoras."

Conquanto se trate de preocupação cadente, a concepção de regulação, em sua essência, não apresenta novidade,¹¹² porquanto de há muito, no contexto brasileiro, v.g., vislumbrava-se o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), como autêntico órgão estatal de regulação econômica. De igual medida, sublinhe-se que o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) cumpria a finalidade, hoje, outorgada à ANEEL, podendo-se, ainda, sublinhar as funções regulatórias do Banco Central do Brasil, criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Nessa perspectiva, ousamos discordar de Cuéllar,¹¹³ que assevera que tais entes, apesar de terem função reguladora, distinguem-se das atuais agências.

Em verdade, o foro de atualidade do tema se deve ao modelo adotado, e a realidade econômica vivenciada pela maioria dos Estados, marcados notadamente pelo princípio da subsidiariedade, vale dizer, a imediata ação estatal, só se justifica pelos pressupostos da imprescindibilidade, garantindo-se ao particular o exercício direto da atividade econômica e ao Estado, as atribuições de regulador.¹¹⁴

¹¹² Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. p. 123.

¹¹³ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

¹¹⁴ Como bem ressaltado por Cuéllar, o princípio da subsidiariedade foi formulado pela doutrina social da Igreja Católica, especialmente nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) e *Centesimus Annus* (1991) (*As agências reguladoras e seu poder normativo*. p. 56).

Sobreleva notar, nesse sentir, a necessidade do desenvolvimento de uma teoria como resposta às muitas e múltiplas inquietações.

Nem se diga, nesse sentir, que a regulação econômica é típica de um modelo econômico planejado. Trata-se de uma ilação equivocada. A regulação se manifesta com maiores fundamentos e estrutura, notadamente, em economias ditas de mercado. Nesse diapasão, é o exemplo dos Estados Unidos da América¹¹⁵, com maior histórico e instrumentos em aperfeiçoamento constante de regulação. A propósito, adverte Sundfeld:

Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina na década de 80).¹¹⁶

Gallot,¹¹⁷ com muita propriedade, assevera: Il est vrai que la libéralisation génère un besoin croissant de régulation. E, citando Elie Cohen, cunha a idéia de capitalismo régulé.

De igual sentir, Neto,¹¹⁸ ao asseverar que a "transferência ao setor privado de ativos estatais ou mesmo de serviços públicos não significa, portanto, desregulação."

¹¹⁵ Sobreleva notar que as agências reguladoras são antigas no direito americano, sendo que a primeira agência, a Interstate Commerce Commission (ICC), foi instituída em 1887 (cf. CUSHMANN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. Nova York: Octagon Books, 1972; e BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton, Princeton Unive:sity Press, 1955.

¹¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. p. 19.

¹¹⁷ GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Paris, 119. p. 5, jan./ fev. 2001.

¹¹⁸ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. p. 75.

Oportuna, no mesmo sentido, é a consideração de Pacheco:¹¹⁹

[...] pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La 'autonomía' del mercado no significa ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'.

Como se depreende, o estudo dessa Teoria da Regulação, no dizer de Salomão Filho,¹²⁰ demanda o afastamento de alguns equívocos, perpassando, no plano do Direito Administrativo e do Direito Econômico, pela tentativa de definição de regulação, por suas causas justificadoras, pelos seus princípios informativos, pela caracterização dessas agências, pela natureza de seus atos e pelo contrato como instrumento de ação.

7.1.1. Uma tentativa de definição

Quando se inicia o estudo de determinado instituto, logo sobrevém uma natural inquietação concernente à sua definição, e diversamente não ocorre com a regulação. Nesse sentido é a percepção de Gallot ao asseverar:

A regulação é hoje um conceito ao mesmo tempo misterioso, que serve para tudo e catalogado. Ele é portanto na mesma hora muito empregado e muito criticado, provavelmente pois não se sabe exatamente aquilo que ele realça e também em razão de sua origem e de sua aceitação anglo-saxônica. Esta é por outro lado a fundadora de outra ambiguidade pois uma tradução inglesa da palavra 'regulação' dará 'regulamentação' o que não é a não ser uma parte da verdade.¹²¹

¹¹⁹ PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho*. p. 73.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹²¹ La régulation est aujourd'hui un concept à la fois mystérieux, fourre-tout et catalogué. Il est donc à la fois très employé et très critiqué, probablement parce que l'on ne sait pas exactement ce qu'il recoupe et aussi en raison de son origine et de son acception anglo-saxonnes. Celle-ci est d'ailleurs fondatrice d'une autre ambigüité puisqu'une traduction anglais du mot 'régulation' donnera 'réglementation' ce qui n'est qu'une partie de la vérité (GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Paris, 119. p. 5, jan./fev. 2001).

A idéia de regulação, contudo, não é novidade. Nada mais é, como próprio define Gallot,¹²² *une modalité de l'action publique*.

Venâncio Filho, a partir da perspectiva de Direito Econômico proposta por Bernard Chenot, distinguia o *Direito Regulamentar*, "no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do *Direito Institucional*, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico."¹²³ (Grifamos)

Destarte, podemos aproximar regulação a uma forma de ação do Estado no domínio econômico, ação indireta, com fundamento, em nosso ordenamento jurídico, no art. 174, *caput*, da Constituição da República, "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento [...]"

Com efeito, a regulação, no dizer de Sundfeld, é "característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade".¹²⁴

E hoje, como bem prelecionam Robert Baldwin, Colin Scott e Christopher Hood, a regulação "tornou-se uma forma central de intervenção do estado na economia,"¹²⁵ não se podendo, segundo Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, "afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo,

¹²² GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, 119. p. 5, jan./fev. 2001.

¹²³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. p. 16. Cf., também, a nomenclatura de intervenção imediata e mediata defendida por MONCADA, Luis S. Cabral. *Direito econômico*. p. 33.

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. p. 23.

¹²⁵ BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. p. 4.

pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos." ¹²⁶

Cumpre-nos, dessarte, perquirir as causas justificadoras dessa intervenção, bem como os princípios que a informam.

7.1.2. Causas justificadoras da regulação

Em síntese e como já sublinhado, a causa fundamental da regulação se consubstancia na promoção e na garantia da economia, na sua concepção de livre e mais justa circulação de riqueza.

Breyer¹²⁷ enumera, em resumo, a principal causa justificadora da regulação: controle do monopólio, com vista à promoção de um mercado realmente competitivo, inclusive com a mudança da distribuição de riqueza e rendimento.¹²⁸

Filho adverte que, no campo econômico, "a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento de concentração econômica." ¹²⁹

Daí, a relevante e estrita conexão da regulação com a concorrência.

O Estado, quando atua no domínio econômico, por intermédio de sua "mão visível", deve objetivar a melhor satisfação dos interesses do homem

¹²⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 257.

¹²⁷ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982.

¹²⁸ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. p. 71; *Moreover, intervention – or rearrangement of rights and liabilities – changes the distribution of wealth and income.*

¹²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 15.

– centro do ordenamento jurídico – consubstanciados na mais justa produção e circulação dos bens econômicos.¹³⁰

Nessa medida, a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da Regulação,¹³¹ pelo manifesto reducionismo, não podem justificar a regulação. Em verdade, a busca do interesse público, na expressão de conformação e correção do mercado, é a causa principal da ação indireta do Estado. A razão é a "igualdade jurídica material e não meramente formal entre todos os agentes econômicos. A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação."¹³²

E o exercício dessa regulação é informado, segundo Salomão Filho,¹³³ pelos princípios do *acesso necessário* e da *função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado*, ressaltando que uma "regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico".¹³⁴

A regulação, como já sublinhado, tem por escopo a promoção de um mercado realmente competitivo. Daí, a premência de uma igualdade material, e não meramente formal, de todos os agentes econômicos. A todos deve ser assegurado o acesso ao mercado.

¹³⁰ Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, pugnando pelo princípio segundo o qual a "pessoa é o centro do ordenamento jurídico" (*Fundamentos do direito privado*, p. 144-168).

¹³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 16-26.

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 30-34.

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 51-82.

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 82.

Nessa perspectiva, Salomão Filho¹³⁵ cita, com muita propriedade, a chamada *essential facility doctrine* como elemento de aproximação entre a teoria regulatória e a disciplina "antitruste interventiva":

*A essencial facility doctrine foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem*¹³⁶

Sobreleva, nessa medida, a intervenção regulatória ativa que possibilite condições materiais de acesso ao mercado, com manifesta repercussão nos interesses dos consumidores. Nesse sentido,

a outra face da regulação das situações de posição dominante está exatamente na estruturação da forma de atendimento ao consumidor. Se a rede é a única, o problema principal desse atendimento passa a ser a maneira pela qual é possível e/ou viável a organização do acesso de todos os consumidores à rede. A questão do acesso adquire, então, aqui, o codinome de problema da chamada universalização, aplicável a todos os setores regulados em que há dependência de uma canal principal de acesso.¹³⁷

Assim, dada a relevância do acesso ao mercado, não se pode opor, singelamente, à *essential facility doctrine* a tese do direito de propriedade, porquanto, em nosso ordenamento jurídico, esse direito não se apresenta de forma absoluta.

A propriedade, consoante art. 5º, XXIII, da Constituição da República, deve atender a sua função social. Destarte, "ao se falar em bens de acesso, a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 53.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 54.

¹³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 57.

propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso."¹³⁸

A regulação se orienta, nessa perspectiva, pela garantia de acesso dos vários concorrentes ao mercado, por intermédio da restrição do direito de propriedade do titular da rede. Essa restrição, por sua vez, deve ser mínima, na medida suficiente de garantia desse ambiente competitivo de mercado, ou, no dizer de Breyer,¹³⁹ uma *procompetitive/less restrictive alternative*.

7.1.3. A realidade nacional

Em nosso ordenamento, no plano federal, podemos apontar a criação das principais agências: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei n. 9.472, de 16/7/1997; Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei n. 9.984, de 17/7/2000; Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei n. 9.427, de 26/12/1996; Agência Nacional de Petróleo (ANP) – Lei n. 9.478, de 6/8/1997; Agência Nacional de Saúde (ANS) – Lei n. 9.961, de 28/1/2000; e, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Lei n. 9.782, de 26/1/1999.¹⁴⁰

Todos esses entes reguladores foram criados sob a forma jurídica de autarquia, mas todos – alguns com maior intensidade – com problemas estruturais que, entretanto, extrapolam o objeto do nosso trabalho.

A nomenclatura *agência* advém da infeliz tradução da denominação americana *regulatory agencies*. Infeliz, porque se contrapõe à nossa tradição

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. p. 61.

¹³⁹ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. p. 341.

¹⁴⁰ Oportuna é a observação do Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, segundo a qual o Banco Central do Brasil sempre teve funções de regulação e de controle (*Direito econômico*. p. 273).

de "conselhos",¹⁴¹ em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem os mínimos ajustes ao modelo nacional.

Interessante notar que a Carta da República não faz referência ao termo agência reguladora, e sim a *órgão regulador*. A propósito, cf. art. 21, XI, e 177, § 2º, III.

Ultrapassada, contudo, essa problemática sobre os entes de regulação, mister o enfoque da ação administrativa valendo-se do contrato como instrumento de gestão econômica, por exemplo, em relação aos setores de infra-estrutura de telecomunicações e energia.

Assim, no desenvolvimento e promoção da política nacional de telecomunicações, cumprirá à Agência Nacional de Telecomunicações celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, bem como controlar, acompanhar e proceder à revisão das tarifas, a teor do art. 19, VI e VI da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. O art. 93 do referido diploma determina, outrossim, o conteúdo desses contratos, que deverão ser implementados pela ação administrativa, assegurando-se ao regulador a possibilidade de intervenção nas empresas concessionárias que não promovam a adequada execução do acordado nos termos e hipótese do art. 110.

De igual forma, compete à ANEEL, no âmbito do desenvolvimento da política do setor elétrico, celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão e uso de bem público, bem como fiscalizar a sua execução, nos termos do art. 3º, IV, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Interessante a expressa previsão legislativa, no âmbito de alguns entes reguladores, do instrumento do *contrato de gestão*. Trata-se de mecanismo de controle, fiscalização e avaliação das ações administrativas das

¹⁴¹ Nesse sentido, não se furtou o ordenamento jurídico português à tradição de manutenção dos Conselhos. A propósito, SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*, p. 112.

autarquias, fundamentalmente, pelo Poder Executivo Federal e pelo Tribunal de Contas da União. Nesse contrato de gestão, objeto de discussão entre o ente regulador e o Poder Executivo, devem ser estabelecidos objetivos, prazos, enfim, o programa de execução das atividades pertinentes.

A propósito, é o disposto no art. 10 do Decreto Federal n. 3.692/2000, que dispõe sobre a estrutura da ANA;¹⁴² art. 7º da citada Lei n. 9.427/96;¹⁴³ art. 14 da Lei n. 9.961/2000, que trata da ANS;¹⁴⁴ e, por fim, é o conteúdo do art. 19 da Lei n. 9.782/99, que dispõe sobre a ANVISA.¹⁴⁵

Essa utilização do contrato, pela Administração Pública, na gestão da atividade econômica é denominada por Moncada de reflexo da "economia concertada":

A adesão às intervenções por via contratual deve-se ao fato de elas assegurarem uma muito maior eficácia da intervenção

¹⁴² "Art. 10. A administração da ANA será regida por contrato de gestão, negociado entre o seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado do Meio Ambiente, no prazo máximo de cento e vinte dias seguinte à nomeação do Diretor-Presidente da ANA. § 1º O contrato de gestão estabelecerá os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, o desempenho da ANA."

¹⁴³ "Art. 7º A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de 90 (noventa) dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional. § 1º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei."

¹⁴⁴ "Art. 14. A administração da ANS será regida por um contrato de gestão, negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias seguintes à designação do Diretor-Presidente da autarquia.

Parágrafo único. O contrato de gestão estabelecerá os parâmetros para a administração interna da ANS, bem assim os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho."

¹⁴⁵ "Art. 19. A administração da Agência será regida por um contrato de gestão, negociado entre o seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado de Saúde, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias seguintes à nomeação do Diretor-Presidente da autarquia.

Parágrafo único. O contrato de gestão é o instrumento de avaliação da atuação administrativa da autarquia e de seu desempenho, estabelecendo os parâmetros para a administração interna da autarquia bem como os indicadores que permitam quantificar, objetivamente, a sua avaliação periódica."

estatal, pois a contraparte está à partida comprometida, para além de garantirem um clima de paz social em todos o processo de intervenção do Estado. É a este fenómeno que é usual chamar-se 'economia concertada', sendo a 'economia contratual' o seu complemento natural, pois o melhor processo de institucionalizar a concertação é o recurso aos instrumentos contratuais.¹⁴⁶

Mas essa difusão do contrato, como mecanismo ordinário da moderna gestão administrativa da economia, não significa, como já sinalizamos, violação ao princípio da reserva legal ou, ainda, a absoluta e ultrapassada discricionariedade estatal no desenvolvimento de políticas de um governo e não de políticas de Estado. Trata-se, ainda que em síntese, de determinarmos os poderes desses entes reguladores.

7.1.4. Os poderes das agências

Sob essa epígrafe, o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁴⁷ nos coloca duas candentes indagações: sendo independentes, as agências se cingiriam à política governamental? Na esteira do poder normativo, poderiam editar normas e, por conseguinte, determinar sanções?

A resposta a essas indagações perpassa pela análise do ordenamento jurídico em que estão inseridas.

Em nosso caso, sobreleva o princípio da legalidade de extração constitucional, tão bem delineado pelos estudiosos.¹⁴⁸

Nesse diapasão, como resposta notadamente à segunda indagação, teríamos como limite ao poder normativo dos órgãos reguladores o conteúdo e o alcance da legislação. Com efeito, em que pese o declínio do princípio da generalidade da lei,¹⁴⁹ sobretudo em razão da complexidade e da celeridade

¹⁴⁶ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. p. 34.

¹⁴⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 260.

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 71-77; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. p. 67; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 61; e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 82.

¹⁴⁹ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. p. 25.

dos fenômenos econômicos, mister ressaltar a proibição desses atos normativos autônomos. Oportuna é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁵⁰ segundo a qual "a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; *nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros*" (Grifamos).

Destarte, os órgãos reguladores, valendo-se dos chamados contratos econômicos, podem editar normas e, por conseqüência, impor sanções, desde que presentes os fundamentos e limites constitucionais e legais. No mesmo sentido, Sundfeld¹⁵¹ e Breyer.¹⁵² E tais atos, de manifesta natureza administrativa, a teor do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se exime do *Judicial Review*.¹⁵³

Ainda que, por mera hipótese, se admitissem regulamentos autônomos, mister é a observação de Cuéllar:¹⁵⁴

[...] reconhece-se que os regulamentos não podem desprezar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo. Ainda que autônomos, os regulamentos são atos administrativos, hierarquicamente subordinados à lei e à Constituição – cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente.

Quanto à política governamental, percuciente é a conclusão de Neto.¹⁵⁵

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 75.

¹⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. p. 27.

¹⁵² BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. p. 350: *The agency could order private persons to act or to refrain from acting only as authorized by specific laws, through which Congress controlled agency action.*

¹⁵³ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. p. 351: *Judicial review had to be available to ensure that the agency did not overstep the bounds set out in its legislation. Agency procedures had to facilitate the exercise of this judicial review.*

¹⁵⁴ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. p. 124.

¹⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. p. 87.

A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.

Irretocável a observação. As ações do órgão regulador se cingem a decisões de ordem estritamente técnica, não se motivando por determinações de cunho político, em sua acepção mais negativa.

Segundo Cuéllar, "agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia."¹⁵⁶

E essa independência deve apresentar-se, outrossim, em relação aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, sob pena do conhecido fenômeno da captação. A propósito, diverso não é o entendimento sufragado por Marques Neto:

Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém em que pese a manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela, dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados.

[...]

Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes, ii) a autonomia de gestão do órgão, iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória, iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância do governo;

¹⁵⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. p. 65.

v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.¹⁵⁷

E o melhor exercício desse poder independente dos órgãos reguladores, a despeito do cuidado sublinhado, pressupõe, outrossim, a seleção de pessoal capacitado, mudanças nos procedimentos administrativos, sempre com a observância do devido processo legal e a possibilidade de controle jurisdicional, tudo como ressaltado por Breyer.¹⁵⁸

7.2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A função econômico-social dos contratos é implementada, também, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Com efeito, o CADE, a teor dos arts. 3º e 7º, XVII, 20, 21 e 54, da Lei n. 8.884/94, tem a atribuição de responder consultas sobre matéria de sua competência e, sobretudo, exercer função judicante, vale dizer, apreciar e julgar os efeitos concretos das práticas negociais no mercado; apreciar e julgar condutas e estruturas dos agentes econômicos públicos e privados.

Ao exercer essa função judicante, sobretudo mediante a assessoria concernente à instrução de procedimentos administrativos pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que também compõem o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE, na análise dos casos, busca concretizar a função econômico-social que se deve emprestar às estruturas e às relações negociais perpetradas por todos os agentes do mercado.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. p. 85.

¹⁵⁸ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. p. 341-368.

¹⁵⁹ Segundo o conteúdo e alcance do art. 15 da Lei n. 8.884/94, "esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de

Essa função econômico-social deve ser entendida como promoção da concorrência, concretização dos valores e princípios da ordem jurídico-econômica consagrados na Lei n. 8.884/94.

Dessarte, as relações que os agentes econômicos estabelecem entre si devem satisfazer os valores subjacentes, v.g., de igualdade material, boa-fé e lealdade recíprocas, e, de igual forma, devem realizar os valores e interesses difusos do art. 170, *caput*, da Constituição da República, nos quais se vislumbra a livre concorrência. A propósito, é a lição da então Conselheira do CADE, Neide Malard, que se extrai do julgamento do Ato de Concentração n. 08012.012242/99:¹⁶⁰

As mais corriqueiras atividades comerciais, como a simples celebração de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviço, muito embora regidas pelo direito privado quanto às relações que as partes estabeleçam entre si, podem transcender os interesses dos particulares ali regulados para repercutir no mercado, atingindo interesses difusos. É nesse momento que a supremacia do interesse público faz com que a prática comercial comum se torne relevante para a defesa da concorrência e nem mesmo a composição a que eventualmente cheguem as partes poderia afastar a conduta da apreciação do órgão competente [...].

Trata-se de atribuir às relações contratuais a realização da denominada ordem pública externa, consoante exposição do capítulo VI.

Nem se diga, nesse diapasão, que as atribuições do CADE se confundem, em uma relação de prejudicialidade ou de superposição de competências administrativas, com as dos entes reguladores.

Com efeito, ao CADE cumpre, notadamente, *julgar* condutas dos agentes do mercado à luz dos princípios e normas constitucionais e legais, e não *regular* determinado setor da atividade econômica, ainda que mediante produção normativa sobre aspectos concorrenciais.

entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

¹⁶⁰ Requerentes: Ford Brasil Ltda., Distribuidora Olsen de Veículos Ltda e Companhia Metropolitana de Automóveis.

A propósito da significativa diferenciação, afiguram-se relevantes tópicos dos votos dos Conselheiros do CADE, Celso Fernandes Campilongo e Ronaldo Porto Macedo Júnior, em sede do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09, envolvendo operação de transferência de controle acionário entre instituições financeiras, em que se afastou aparente conflito de atribuições administrativas entre a autoridade reguladora, o Banco Central do Brasil (BACEN), e aquela autoridade antitruste.

Segundo o Conselheiro Celso Campilongo, analisando o art. 18, § 2º, da Lei n. 4.595/64, cumpre ao BACEN

a tarefa de, no exercício de fiscalização que lhe compete, regular as condições de concorrência entre instituições, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena nos termos da referida Lei. Não há como confundir esta competência com a adjudicação de matéria concorrencial no caso de condutas dos agentes do mercado. Esta norma, como em outra ocasião já aludida (Santander-Patagon), atribui ao BACEN a competência para regulação do setor financeiro, ou seja, para a produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas prudenciais, ou seja, em busca da proteção da poupança popular, da mitigação do risco sistêmico e do aumento da eficiência no setor. [...] Ora, o CADE não estabelece, *a priori*, em que condições dar-se-á a concorrência dos mercados – apenas julga atos concretos das empresas à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Dito de outro modo: o CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência do setor financeiro. O CADE, apenas e tão-somente, aplica a Lei n. 8.884/94. Julga e não regula.

Na mesma esteira, o entendimento do Conselheiro Ronaldo Porto

Macedo Júnior:

Ao contrário dos órgãos reguladores, que são destinados a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, o órgão da concorrência possui natureza não normativa, mas sim adjudicativa. Ademais, a sua perspectiva é geral e não setorial, elas não formulam políticas públicas, mas sim aplicam a lei de defesa da concorrência e suas sanções *ex-post* e não *ex-ante* e fiscalizam a obediência às regras estabelecidas na legislação de defesa da concorrência e não na legislação específica do setor ao qual pertence o agente econômico.

Mas todos – entes de regulação e autoridade antitruste – no âmbito das atribuições administrativas que lhes são outorgadas, almejam que as condutas de mercado, concretizadas nas mais diversas relações negociais, amoldem-se aos princípios e valores da ordem jurídico-econômica.

Capítulo 8

CONTROLE PELO PODER ECONÔMICO PRIVADO

A ação dos particulares e do Estado, no desenvolvimento do processo econômico, na realização da política econômica, cujos princípios, fundamentos e objetivos são estabelecidos pela ordem jurídica, é de fundamental importância.

Com efeito, o poder econômico privado, no desenvolvimento de diversas atividades econômicas, deve emprestar às suas relações negociais, sob pena de invalidade, a funcionalidade estabelecida pelo ordenamento jurídico-econômico.

Assim, se no plano da microeconomia as relações contratuais, sejam de consumo ou não, devem promover o ideal da justiça substancial, é no plano externo ou macroeconômico que se afigura a relevância ou reflexo do comprometimento do poder econômico privado com a gestão do modelo capitalista socialmente regulado.

Sob essa concepção objetiva dos contratos, como fonte normativa de condução da atividade econômica, não mais se vislumbra a exclusiva tutela dos interesses das partes contratantes, e sim a tutela de interesses supraindividuais.

Interesses, segundo Cappelletti,¹⁶¹ decorrem das necessidades da sociedade contemporânea e tem por fundamento a questão social.

A Lei n. 8.078/90 estabelece, em seu art. 4º, III, como princípio das relações de consumo a harmonização de interesses, significando que a proteção dos interesses individuais de cada consumidor somente se procede

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. p. 16.

em conseqüência dos interesses difusos ou metaindividuais dos participantes das relações de mercado.

De igual forma, sobressai a importância que a Lei n. 8.884/94 empresta aos atos negociais dos agentes de mercado, os quais devem, igualmente, implementar os interesses da coletividade na expressão do parágrafo único do art. 1º: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

Com efeito, os particulares devem contribuir para a realização da política econômica, seja pelas relações contratuais estabelecidas entre eles, seja mediante adesão à ação administrativa do Estado na concepção desenvolvida e sublinhada de *economia concertada*.

Sublinhe-se, ainda, a natureza contratual da anuência da iniciativa privada ao instrumento jurídico-econômico do planejamento.

Com efeito, estabelece o art. 174, *caput*, da Constituição da República, que o planejamento público, instrumento de regulação da atividade econômica pelo Estado, é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A finalidade indicativa se resume, em síntese, na ausência de obrigatoriedade, facultando-se ao particular a possibilidade de aquiescência, ou não, à regulação econômica mediante planejamento.

Contudo, se esse sujeito de Direito Econômico adere ao plano, estabelece-se uma relação de natureza negocial, ou seja, o plano é executado em razão do contrato que se estabelece entre o particular e o Estado. Trata-se de mais uma expressão do contrato como instrumento de política econômica. A propósito do alcance dessa natureza indicativa do plano para o setor privado, é o magistério de Moncada, ao comentar a Constituição portuguesa:

Fora daí o plano é indicativo (sector público não estadual ou autárquico, sendo este último regido por um planeamento próprio, o planeamento regional elaborado por órgãos próprios), sector cooperativo e sector privado, mesmo que de interesse público (pessoas colectivas de direito privado e regime administrativo). O

*plano só pode ser executado mediante contrato-programa, ou seja, através da intervenção conformadora da vontade privada (ou pública). Nesse caso, a fonte jurídica da sua execução deixa de ser o plano em si e passa a ser o contrato.*¹⁶²

A despeito dessas formas individualmente levadas a cabo pelos particulares, objetivando a implementação do contrato como mecanismo de condução do fenômeno econômico, instrumento eficaz de política econômica, sobleva a possibilidade dos instrumentos de contratação coletiva.

A idéia de contratos coletivos parece limitada no direito positivo brasileiro, como técnica relacional de composição de conflitos, às relações de trabalho, consoante disciplina do art. 611 e seguintes da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e, recentemente, às relações de consumo, a teor do art. 107 e parágrafos da Lei n. 8.078/90.

A apontada novidade se cinge aos *contratos coletivos de consumo*, que, segundo Vicente de Paula Maciel Júnior,¹⁶³ é a melhor denominação a ser emprestada a esse instrumento de realização de interesses metaindividuais nas relações de mercado.

Segundo o autor, a configuração do contrato como espécie do gênero convenção é inegável, mas deve ser particularizada pela presença do elemento jurídico patrimonial ou obrigacional. Assim, a melhor denominação a ser emprestada ao instituto pela Lei n. 8.078/90 deveria ser contrato coletivo de consumo, e não convenção.

Esse contrato tem a natureza de um negócio jurídico que produz normas entre as partes,¹⁶⁴ disciplinando, em uma perspectiva metaindividual, condições de mercado referente ao preço, à qualidade, à quantidade, à

¹⁶² MONCADA, Luis S. Cabral. *Direito econômico*. p. 408.

¹⁶³ Cf. MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹⁶⁴ Segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, "a Convenção Coletiva de Consumo, dentro do sistema jurídico brasileiro, insere-se, no estudo da natureza jurídica, na teoria eclética, visto que mantém as características de ato jurídico contratual tendente à produção de efeitos jurídicos, além de ser norma entre as partes, como exsurge da confrontação e análise do Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor" (*Convenção coletiva de consumo*. p. 96).

garantia e às características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos de consumo, consoante dicção do art. 107, *caput*, do referido diploma legal.¹⁶⁵

Contudo, sufragando, de alguma forma, a crítica de Vicente de Paula Maciel Júnior de que a técnica legal de contratação coletiva de consumo é limitada a interesses coletivos, quando essas relações de mercado se ajustam a interesses difusos, e, ainda, limitada à sua titularidade a determinados agentes econômicos – entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica –, ousamos estender essa técnica de contratação coletiva (*pooling agreement*), como forma moderna de gestão econômica, a relações não somente de consumo com as suas limitações legais, mas a todas relações de natureza econômica.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, XXI, assegura a possibilidade de representação de interesses coletivos, não apresentando limitação de conteúdo. E a própria teoria contratual admite a tutela de interesses coletivos pelas partes contratantes.

Nesse sentido, ainda que se reconheça deficiente a imediata tutela, na relação jurídica de direito material, de interesses nitidamente difusos, é admissível e extremamente relevante a contratação coletiva como técnica de gestão de qualquer atividade econômica.

Trata-se de ampliar o alcance desses negócios jurídicos por excelência como forma de implementação e realização da ordem jurídico-econômica.

¹⁶⁵ "Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflito de consumo."

Capítulo 9

CONTROLE JURISDICIONAL

Evidentemente que a implementação do contrato como instrumento normativo e essencial na *gestão de uma economia de mercado socialmente controlada*, seja pelos agentes econômicos privados, seja pela reconhecida ação administrativa, não se apresenta sem oposição de tendências ou conflitos, pois, como assevera Lorenzetti,¹⁶⁶ na realidade há uma “proliferação de direitos e escassez de bens; direitos que colidem entre si e é necessário adjudicar”.

Nessa perspectiva, afigura-se, em última análise e instância, a importância do denominado controle jurisdicional na concretização da sublinhada função econômico-social dos negócios jurídicos, ou, noutro dizer, na análise da conformidade da política econômica realizada pelo agente econômico privado e pelo poder público ao determinado pela ordem jurídico-econômica.

Em interessante estudo intitulado *Judiciário e Economia no Brasil*, publicado pelo Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), sob a organização de Armando Castelar,¹⁶⁷ sobreleva a teoria da “economia institucional”, segundo a qual as instituições estão entre os principais determinantes do desenvolvimento econômico.

Dentre essas instituições, merece destaque o papel do Judiciário, a importância do sistema judicial na promoção do apontado desenvolvimento.

Segundo o estudo, os

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. p. 421.

¹⁶⁷ Cf. PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*, São Paulo: 2000.

problemas que afetam o Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. A proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala, desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.¹⁶⁸

Mas, antecedendo todas essas e outras relevantes questões estruturais e de formação dos juizes, o encaminhamento da problemática perpassa pela definição da função e dos limites do controle jurisdicional na apreciação dos conflitos econômicos.

A busca dessa definição, considerando notadamente a dificuldade anunciada das cláusulas gerais e dos princípios gerais da ordem jurídico-econômica, orienta-se por duas correntes de pensamento, a saber: a jurisprudência como fonte ativa de produção ou criação normativa ou, simplesmente, como fonte de interpretação e resolução de conflitos mediante uma hermenêutica puramente lógica.

De acordo com a segunda posição, ao magistrado, em um juízo de dedução silogística ou de mera interpretação cognoscitiva, aplica a norma legal ao caso concreto. Sustenta-se, nesse legalismo formal e juízo de abstração divorciado da realidade, a proeminência da norma, resultado de um processo legislativo como técnica perfeita e acabada de composição de conflitos, não se podendo atribuir ao julgador um poder-dever de interpretação autêntica.

¹⁶⁸ PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. p. 14-15. A conclusão do estudo é de que "um Judiciário disfuncional aumenta o custo e o risco de transações econômicas, distorcendo os preços e a alocação de recursos. Em razão de contar apenas com precários mecanismos judiciais para garantir o cumprimento dos contratos, as firmas podem fazer as seguintes opções: não entrar em negócios contratualmente complexos, combinar fatores de produção, distribuir suas vendas entre dos diferentes mercados de forma ineficiente ou, ainda, manter recursos ociosos. Ao lado disso, as firmas têm um incentivo a se integrarem verticalmente, desempenhando internamente atividades que poderiam ser processadas de forma mais eficiente por outras empresas. A eficiência econômica também é prejudicada pela necessidade de se alocar recursos escassos para administrar conflitos. Disputas judiciais longas e freqüentes consomem o tempo dos juizes, dos advogados e das partes. Os agentes econômicos também despendem recursos para se manterem atualizados em relação à legislação usualmente mais complexa que procura substituir um judiciário eficiente" (p. 184).

De sua vez, a jurisprudência, como fonte ativa de criação normativa, atribui ao juiz poder de inovar no ordenamento jurídico, podendo, inclusive, no dizer do Professor Joaquim Falcão, formular política econômica:

Pretendam ou não, sentenças, quando decidem conflitos econômicos, têm conseqüências para além das partes. Influem no dia-a-dia da economia brasileira. Sobretudo quando são sentenças de juízes federais. Analisar o que pensam esses juízes sobre política econômica e identificar a tendência das sentenças significa descobrir outra política econômica. Algumas vezes sintonizada com a do Executivo e do Legislativo; outras vezes, não.

[...].

Se assim é, se os juízes formulam direta ou indiretamente uma política econômica, o próximo passo é claro: Executivo e Legislativo deveriam ter informações sistematizadas das tendências judiciais.¹⁶⁹

Sublinhe-se que até mesmo Kelsen,¹⁷⁰ a quem muitos autores atribuem a pecha de formalista e antidemocrático, aproxima as normas jurídicas ao caráter de um *quadro* ou *moldura* a ser preenchida pela interpretação do órgão aplicador do Direito.

A interpretação, nessa perspectiva, é resultado de um ato de vontade, e não de um ato de conhecimento. A propósito,

a idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto de uma interpretação.

¹⁶⁹ FALCÃO, Joaquim. A política econômica dos juízes. *Folha de S. Paulo*, Seção Tendências e Debates, sexta-feira, 26 out. 2001. p. A-3.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 388. Em verdade, quando Kelsen determinou sua Teoria Pura do Direito, ele propôs o estudo do Direito sob a perspectiva da forma, mas não o vinculou essencialmente ao aspecto formal. Nesse sentido, suas observações, quando discursa sobre a relação do Direito e outras ciências: "Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto" (p. 1). Assim, propõe-se a Teoria Pura do Direito, e não a Teoria do Direito Puro. Da mesma forma, quando estudamos a relação mútua entre Direito e Economia, não sufragamos a tese de que o Direito é exclusivamente Economia, ou vice-versa.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.¹⁷¹

E prossegue Kelsen, em seu magistério da *jurisprudência* como fonte de criação normativa:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem carácter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.¹⁷²

Diverso, quanto ao poder criador da *jurisprudência*, não é o magistério do Professor Miguel Reale:

A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da *jurisprudência*, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador.¹⁷³

A despeito da complexidade do tema, ousamos afirmar que a função e os limites do controle jurisdicional não se explicam por essa rigorosa e candente dicotomia.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 392-393.

¹⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 394.

¹⁷³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 168.

Com efeito, considerando o princípio constitucional da reserva legal, e, de igual forma, a formulação, no mais das vezes, de comandos legais com termos ou expressões, a rigor, distantes da realidade do jurista, como os desenvolvidos pela Ciência Econômica, não se pode falar em absoluta autonomia da ciência jurídica justificadora de um legalismo formal e, menos ainda, em criação jurisprudencial normativa em manifestação de um absoluto e indesejável poder discricionário dos juízes.

Em verdade, se o nosso ordenamento jurídico, mediante o processo legislativo, acolhe valores éticos como boa-fé, bem como termos ou expressões de cunho econômico, tais como mercado relevante, poder de mercado, a sua aplicação pelo operador do direito, mediante interpretação e integração, não é resultado de um processo meramente lógico-formal, axiologicamente neutro, nem mesmo é criação de um direito novo; ao revés, é resultado de um processo de concretização de mandamentos que decorrem do próprio sistema jurídico que compreende a tutela de valores e institutos que pertencem, a princípio, a outras ciências do conhecimento.

Trata-se, no exercício de aplicação do direito, de sobrepor os ideais da denominada Jurisprudência dos Valores, associada à concreta experiência social e histórica, ao rigor e pureza da Escola de Exegese desenvolvida no transcurso do século XIX, sem que para tanto se adote a tese extrema da interpretação *contra legem*, tendo por pretense fundamento ou limite, unicamente, o sentimento subjetivo do julgador.

A propósito, merece destaque a síntese da Professora Judith Martins-Costa:

Nesta perspectiva – e afastada, aqui, a ideia de que o juiz possa ou deva julgar ‘em contraste’ com o direito, ou que o direito positivo deva ser rejeitado e substituído por uma espécie de ‘direito livre’ ou natural ancorado no sentimento subjetivo do julgador – parece-me possível sustentar que, no confronto da integralidade do corpus normativo o juiz tem uma margem de liberdade que lhe é conferida pelo próprio sistema jurídico, através de flexibilidade ou mobilidade permitida pela atividade de concreção dos princípios, a qual ele, juiz deve utilizar, aí o juiz não ‘cria’ mas concretiza um mandamento que decorre do

próprio sistema jurídico compreendido como um ordenamento normativo que rejeita a auto-integração porquanto preenchido também por princípios eficazes, axiologicamente orientados.¹⁷⁴

Destarte, se o juiz não é legislador, também não é um autômato, um aplicador cego da lei. Se não chega ao extremo de formular políticas econômicas, deve proceder a um rigoroso controle destas em conformidade com ordem jurídico-econômica.

Nesse mister, não se deve valer de uma hermenêutica puramente lógica, abstrata ou formalista, mas de todo o conteúdo do sistema jurídico que lhe é apresentado, sobrelevando, a propósito, a imperiosa concreção de valores e princípios que, somente aparentemente, são estranhos ao universo do jurista.

Nesse ponto, retorna a problemática referente à política legislativa de adoção das cláusulas gerais que, sublinhe-se, não traduzem conceitos indeterminados, mas indetermináveis pelos seus elementos descritivos abertos, cuja concreção pressupõe a utilização de diversos mecanismos, inclusive do instrumental econômico.

Assim, na determinação, por exemplo, do conceito de *mercado relevante* ou de *posição dominante*, em razão da imperiosa necessidade de concretização da função econômico-social que se deve emprestar aos atos negociais dos agentes econômicos, deve valer-se o magistrado da denominada teoria econômica, sem olvidar da sua missão de julgar à luz da ordem jurídico-econômica.

Enfim, se a teoria jurídica da economia não se confunde com a mera homologação dos postulados econômicos, a sua implementação, por seu lado, não prescinde desse instrumental. Repita-se, uma vez mais, a advertência de

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de direito civil*, n. 59, p. 27, jan./ mar. 1992.

Lorenzetti¹⁷⁵ sobre a intenção de muitos autores “de ignorar as leis de outras ciências, como se o Direito pudesse funcionar de uma forma autônoma. Esta é uma vã pretensão: escapa ao nosso poder ordenar que as ondas do mar se detenham; também não podemos derogar as leis científicas.”

Na verdade, se não pugnamos pelo ideal de uma *magistratura econômica e social* defendida por Maurice Byé, na Semana Social de Lyon de 1949, e, após, por Bloch-Lainé,¹⁷⁶ em que se propõe a institucionalização de órgãos jurisdicionais especializados na resolução dos temas suscitados pela economia contratual. Defendemos a necessária conscientização, pelos magistrados, da superação da clássica teoria dos contratos, da imperiosa necessidade da análise concreta, e não meramente formal, da conformidade da política econômica colocada em prática pelo agente econômico privado e pelo Poder Público ao determinado pela ordem jurídico-econômica, valendo-se, inclusive, do instrumental econômico.

Nessa medida, ao contrário de algumas críticas à política legislativa das cláusulas gerais, não vivenciamos o paradigma do Poder Judiciário como manifestação de poder absoluto na construção de modelos jurídicos, mas o sempre atual fundamento e limite da ordem jurídico-econômica.¹⁷⁷

Com efeito, o paradigma dos contratos como instrumento e objeto de política econômica não se realiza pela absoluta subjetividade de julgamento,

¹⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. p. 410. Confira, outrossim, sobre a mútua relação entre Direito e Economia a clássica obra de MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 29. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

¹⁷⁶ Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, jan./mar. 1964; JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, n. 3, jul./set. 1977.

¹⁷⁷ Segundo o Professor Antônio Junqueira de Azevedo, estamos, hoje, no paradigma do caso concreto e da Constituição, e não do paradigma dito do juiz, da criação de modelos jurídico hermenêuticos em razão das cláusulas gerais, com termos vagos e imprecisos. A observação do professor, a despeito de sua crítica a propósito da funcionalidade dessas cláusulas, é por nós compartilhada, quando não defendemos uma mera subjetividade de julgamento, mas a observância e concretização, em última análise, dos valores e princípios constitucionais (O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 9. p. 40-44, set./dez. 1999)

mas, em última análise, pela observância e concretização dos valores e princípios constitucionais.¹⁷⁸

Sublinhe-se que a percepção dessa realidade pela magistratura nacional se verifica com mais intensidade na resolução de conflitos próprios dos planos econômicos e da relação de consumo, em que há maior percepção da mudança do eixo contratual do exclusivo elemento subjetivo para o compartilhamento do elemento objetivo, consubstanciado em seu conteúdo econômico-social. Nesse sentido, sobleva a análise dos precedentes judiciais mais recentes.

Quanto aos planos econômicos, observa-se a interpretação jurisprudencial confrontando o seu conteúdo econômico com os valores do sistema jurídico constitucional brasileiro, fundamentalmente do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Não se questiona a possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico, inclusive mudando o padrão monetário, valendo-se dos contratos como mecanismos e objeto de política econômica, desde que respeitados os direitos já consolidados pelo tempo.

Com efeito, se pelo adotado princípio do nominalismo monetário, não se admite a determinação do valor da moeda sem autorização legal, não se admite, de igual forma, a incidência de alterações legislativas sobre relações jurídicas já cristalizadas pelo tempo.

Assim, na análise, tão-somente, do índice de correção dos ativos financeiros retidos por ocasião do questionado *Plano Collor*, em que os contratos de depósito foram mecanismos e objeto da ação estatal, sedimentou-se o entendimento de que o índice de correção do valor da moeda só não pode ser alterado durante o período de apuração em curso. Quanto ao futuro, alterações são admitidas, não se investindo o Judiciário na condição de legislador positivo, para determinar o real índice de desvalorização monetária.

¹⁷⁸ Segundo Tepedino, ao comentar a adoção da técnica das cláusulas gerais, "cabe ao intérprete, não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico; e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional" (*A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, p. XXI).

A propósito da controvérsia é a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

Constitucional. Direito Econômico. Caderneta de poupança. Correção monetária. Incidência de Plano Econômico (Plano Collor). Cisão da caderneta de poupança (MP 168/90). Parte do depósito foi mantido na conta de poupança junto à instituição financeira, disponível e atualizável pelo IPC. Outra parte – excedente de NCz\$ 50.000,00 – constituiu-se em uma conta individualizada junto ao BACEN, com liberação a iniciar-se em 15 de agosto de 1991 e atualizável pelo BTN Fiscal. A MP 168/90 observou os princípios da isonomia e do direito adquirido. Recurso conhecido e provido (STF, Pleno, maioria, vencido o Relator Min. Marco Aurélio, RE 238487/PR, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 31/10/2001. p. 20).

Sobre os limites do poder jurisdicional nessa interpretação do fenômeno econômico, relevante é o tópico do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos embargos de divergência no Recurso Especial n. 196.841/SP, em que se discutia o índice de correção dos saldos devedores dos contratos imobiliários do Sistema Financeiro Nacional em razão da mudança noticiada pelo Plano Collor:

Conforme salientei anteriormente, o Judiciário não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei. O que o juiz pode fazer é dar à lei uma interpretação valorativa, axiológica, teleológica, com base na lógica do razoável. Mas não pode, sob pena de fugir à sua função, julgar contra aquilo que está posto indubiosamente na lei, como no caso.

Dá a relevância também deste caso, porque, muito mais que analisar uma norma, na realidade, estamos em face de um tema que envolve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do controle de constitucionalidade no País e que também envolve os limites da criação do direito pelo juiz. Até onde pode ir um juiz na interpretação da lei? Será que podemos desconhecer uma legislação que o Supremo Tribunal Federal diz ser constitucional?

É cediço que o nosso sistema bancário é injusto e que atrita com a realidade de nosso povo. Contudo, sou juiz e, como tal, não posso descumprir o que está posto em nosso ordenamento jurídico, quando não há condições, sequer, de avançar em termos de interpretação (STJ. Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 196.841/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, julgamento em 1º de julho de 2002).

Destarte, no julgamento dos fenômenos e condutas de cunho econômico, não se defende o paradigma da mera subjetividade do órgão julgador, mas os fundamentos e os princípios da ordem jurídico-econômica.

Nas relações de consumo, afigura-se maior desenvolvimento da análise econômico-social na busca do real equilíbrio contratual, fundamentalmente, corrigindo-se a posição de desvantagem econômica, no mais das vezes, do consumidor.

Interessante, nesse sentido, interpretação econômica emprestada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul ao contrato de seguro:

Dano moral. Seguro automobilístico. Inclusão de danos extrapatrimoniais no item 'danos pessoais'. Responsabilidade da seguradora. [...] *O contrato nada mais é que o revestimento jurídico de uma operação econômica.* Dessarte, deve-se sopesar, na análise do contrato, a satisfação da necessidade, a obtenção do bem que levou as partes a contratarem, e a função econômica que o pacto exerce na vida de relação, e a escolha deverá se feita de modo a assegurar prevaleça o interesse. O interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social. E o custo social, no contrato de seguro, aponta a divisão dos prejuízos. Precedentes. Lições doutrinárias. Embargos Infringentes acolhidos (TARS, Rel. Juiz Roberto Expedito da Cunha Madrid, 4ª Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes n. 196032114, julgado em 17/03/1997) Grifamos.

E, mais recentemente, sobreleva a interpretação econômica dos contratos com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano, em virtude da súbita alteração na política cambial, para a distribuição, entre as partes, do ônus financeiro:

Direito do consumidor. *Leasing*. Contrato com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Revisão da cláusula que prevê a variação cambial. Onerosidade excessiva. Distribuição dos ônus da valorização cambial entre arrendantes e arrendatários. Recurso parcialmente acolhido.

[...];

IV – No caso dos contratos de *leasing* atrelados à variação cambial, os arrendatários, pela própria conveniência e a despeito do risco inerente, escolheram a forma contratual que

no momento da realização do negócio lhes garantiá prestações mais baixas, posto que o custo financeiro dos empréstimos em dólar era bem menor do que os custos em reais. A súbita alteração na política cambial, condensada na maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999, entretanto, criou a circunstância da onerosidade excessiva, a justificar a revisão judicial da cláusula que a instituiu.

V – Contendo o contrato opção entre outro indexador e a variação cambial e tendo sido consignado que os recursos a serem utilizados tinham sido captados no exterior, gerando para a arrendante a obrigação de pagamento em dólar, enseja-se a revisão da cláusula de variação cambial com base no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor para permitir a distribuição, entre arrendantes e arrendatários, dos ônus da modificação súbita da política cambial com a significativa valorização do dólar americano (STJ, REsp. 437660/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5/5/2003. p. 306).

Trata-se de implementar essa interpretação jurídico-econômica, outrossim, na análise de condutas dos agentes econômicos sob a perspectiva do direito da concorrência.

Contudo, essa propugnada e reconhecida mudança de mentalidade e formação dos juízes deve ser acompanhada de um sistema judicial estruturado, de forma a responder, a tempo e modo, as exigências da sociedade contemporânea, sob pena, no dizer do Professor Dalmo de Abreu Dallari,¹⁷⁹ da acolhida de bons juízes sem um bom Judiciário.

Com efeito, no referido estudo levado a cabo pelo Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), sob a organização de Armando Castelar,¹⁸⁰ constatou-se a morosidade do Judiciário brasileiro, diante de todos os problemas, como o principal entrave ao desempenho econômico do País.

¹⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. p. 79-81.

¹⁸⁰ Cf. PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

Trata-se, sobretudo, de problemas estruturais do sistema judicial a demandar a atenção de todos que almejam a plena realização dos princípios e normas da ordem jurídico-econômica brasileira.

CONCLUSÃO

Atualmente, o contrato não se cinge a uma concepção meramente subjetiva. Impõe-se, em sua análise, o estudo do aspecto objetivo, de sua função de instrumento normativo e concreto de efetiva e mais justa circulação de bens e serviços, mecanismo de política econômica.

Trata-se de compreender o contrato como fenômeno social e economicamente situado.

Na perspectiva de nosso ordenamento, esse negócio jurídico por excelência extrapola o âmbito das relações interindividuais, para ser objeto de tutela e promoção da ordem jurídico-econômica.

Esse direito de contratar, contudo e como equivocadamente traduz a redação do citado art. 421 do atual Código Civil, não se realiza ou não tem como razão primordial ou fundamental a sociedade ou o mercado. Na verdade, existem limitações e, sobretudo, exigências, em uma análise positiva, que se apresentam ao direito de contratar, mas tudo em proveito da finalidade ou fundamento maior que é, segundo o art. 170, *caput*, da Constituição da República, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Enfim, a mais razoável leitura do referido disposto é o sentido de que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função econômico-social do contrato, em razão da dignidade da pessoa humana, fundamento da própria República brasileira, a teor do art. 1º, III, da Constituição.

Na implementação dessa apontada função socioeconômica é imprescindível a ação do Estado, dos agentes econômicos privados e, de igual forma, do Poder Judiciário.

A consecução desse objetivo, em razão última das necessidades e carências da pessoa humana, perpassa pelo instrumental de conteúdo econômico, que, se não condiciona ou limita o universo jurídico, é um elemento de interesse crescente nessa complexa sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Autonomia privada. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 9, p. 25-30, set./ dez. 1999.

ATYAH, P.S. *An Introduction to the law of contract*. 3. ed. Oxford: Clarendon Paperbaks, 1981.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 9, p. 40-44, set./ dez. 1999.

BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, 1968. p.169.

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOUCKAERT, Boudewijn, GEEST, Gerrit De. *Encyclopedia of Law and Economics*. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, v. II, 1999.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Story, 1988.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

- CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4. p. 499-553, 1961.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 53-63, 1990.
- _____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Law and economics: l'analisi economica del diritto negli stati uniti*. Torino: G. Giappichelli, 1992.
- COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chigago and London: The University of Chigago Press, 1998.
- CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- COURI, Sérgio. *Ensaio sobre a evolução do capitalismo e do marxismo*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUSHMANN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. Nova York: Octagon Books, 1972.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo, 1997.

DUTRA, Pedro. O novo estado regulador brasileiro. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, 12, ano 4, p. 11-18.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

FALCÃO, Joaquim. A política econômica dos juizes. *Folha de São Paulo*, Seção Tendências e Debates, sexta-feira, 26 out. 2001, p. A-3.

FARJAT, Gerard. *Droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

FERNANDES, Milton. *Problemas e limites do dirigismo contratual*. 1969. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1969.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direito econômico: políticas econômicas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

_____. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Paris, 119, jan./ fev. 2001.

GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981.

JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, n. 3, jul./ set. 1977.

JACQUEMIN, Alex., SCHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Press Universitaires de France, 1974.

JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1937.

KRONMAN, Anthony T., POSNER, Richard A. *The economics of contract law*. 6. ed. Boston: Little, Brown, 1979.

LEAL, Rosemiro Pereira. Atos e fatos econômicos no direito econômico. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v.12, n. 3, p. 133-137, jul./ set. 1994.

_____. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito Ltda., 1999.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 52, p. 65/78, abr./ jun. 1990.

_____. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr/jun. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Portc. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANDELBAUM, Renata. *As condições gerais de contratação e os contratos de adesão: contratos de consumo, sob a ótica do código do consumidor*. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 59, p.19-38,1992.

MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

- MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, João Manoel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. 2. ed. São Paulo: Braziliense, 1982.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, t. IV, 1985.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.
- MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 29. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.
- NEVARES, Maria Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 251-289.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVO Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília: Senado Federal e Universidade de Brasília, 1978.
- PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, t. III, 1954.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard. Wealth maximization and judicial decision-making. *International Review of Law and Economics*, n. 4, p. 131-135, dez. 1984.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivo e a declaração*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Visão geral do novo código civil*. In: Novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ...

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Antônio Carlos dos et al. *Direito econômico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, n. 10, p. 9-37, abr./jun. 2000.

STAMMLER, Rudolf. *Economia e direito*. Madri: Reus, 1929.

STIGLITZ, Rubén S. Autonomía de la voluntad y revisión del contrato. Buenos Aires: Depalma, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, jan./mar. 1964.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In: Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255-266.

_____. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p.27-35, 1978.

VINCENT-JONES, Peter. Contractual governance: institutional and organizational analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 20, n. 3, p. 317-351, 2000.