

## As Obrigações no Código Civil em oposição à Análise Econômica do Direito

Obligations in the Civil Code in opposition to the Economic Analysis of Law

Las Obligaciones en el Código Civil frente al Análisis Económica del Derecho

Recebido: 11/09/2022 | Revisado: 21/09/2022 | Aceitado: 22/09/2022 | Publicado: 29/09/2022

**Pedro Paulo Fernandes de Aguiar Tonetto**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1244-320X>

Universidade de São Paulo, Brasil

E-mail: [pedrotonetto@usp.br](mailto:pedrotonetto@usp.br)

### Resumo

**Introdução:** A maneira como as legislações brasileiras vieram à tona (principalmente com o advento da Constituição de 1988) nos mostra que o individualismo de tradição liberal-libertária não tem espaço em nosso ordenamento jurídico. A exegese dos dispositivos legais e as decisões dos Tribunais ao longo das décadas provaram que definitivamente se incorporou no Brasil o princípio da solidariedade nas relações privadas. **Objetivos:** Analisar o papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito, nas mudanças socioeconômicas para este novo período pós-moderno e de consolidação. Expondo assim a maneira com que a legislação brasileira foi escrita, num sistema chamado de semiaberto, será estudado o poder ao julgador para interpretação conforme sua melhor convicção. **Metodologia:** Seguindo o disposto por Mezzaroba e Monteiro, será estudado a partir de colisões argumentativas, que o Direito em si não possui a função de dar melhor previsibilidade aos negócios ou de servir a uma lógica de mercado. Novamente em oposição à análise econômica do Direito, serão utilizados os princípios fundantes do Direito das Obrigações. **Resultados e Conclusão:** O Código Civil atual quebrou com uma tradição técnico-jurídica que existia até então e tem, recorrentemente, atendido aos fins sociais previstos na Constituição Federal. Por fim, partindo de uma breve evolução histórica, foi visto que o Direito tem atuado de forma mais ativa do que nunca para consolidar o orçamento do Estado em favor de um viés mercadológico. Foram analisados os três momentos do Estado quanto a sua diretriz orçamentária, segundo os conceitos do sociólogo-economista alemão Wolfgang Streeck.

**Palavras-chave:** Obrigações; Direito civil; Economia; Estado consolidado; Democracia.

### Abstract

**Introduction:** The way in which Brazilian legislation came to light (mainly with the advent of the 1988 Constitution) shows us that individualism in the liberal-libertarian tradition has no place in our legal system. The exegesis of legal provisions and the decisions of the Courts over the decades proved that the principle of solidarity in private relations was definitely incorporated in Brazil. **Objectives:** To analyze the role of the State and, consequently, of Law, in the socioeconomic changes for this new post-modern and consolidation period. Thus exposing the way in which Brazilian legislation was written, in a so-called semi-open system, the power of the judge to interpret according to his best conviction will be studied. **Methodology:** Following the provisions of Mezzaroba and Monteiro, it will be studied from argumentative collisions, that the Law itself does not have the function of giving better predictability to business or serving a market logic. Again in opposition to the economic analysis of Law, the founding principles of the Law of Obligations will be used. **Results and Conclusion:** The current Civil Code broke with a technical-legal tradition that existed until then and has, recurrently, served the social purposes provided for in the Federal Constitution. Finally, starting from a brief historical evolution, it was seen that the Law has acted more actively than ever to consolidate the State budget in favor of a marketing bias. The three moments of the State were analyzed in terms of its budgetary guideline, according to the concepts of the German sociologist-economist Wolfgang Streeck

**Keywords:** Obligations; Civil law; Economy; Consolidation state; Democracy.

### Resumen

**Introducción:** La forma en que la legislación brasileña salió a la luz (principalmente con el advenimiento de la Constitución de 1988) nos muestra que el individualismo en la tradición liberal-libertaria no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. La exégesis de las disposiciones legales y de las decisiones de los Tribunales a lo largo de las décadas demostró que el principio de la solidaridad en las relaciones privadas fue definitivamente incorporado en Brasil. **Objetivos:** Analizar el papel del Estado y, en consecuencia, del Derecho, en los cambios socioeconómicos para este nuevo período posmoderno y de consolidación. Exponiendo así la forma en que fue redactada la legislación brasileña, en un sistema denominado semiabierto, se estudiará la potestad del juez de interpretar según su mejor convicción. **Metodología:** Siguiendo las disposiciones de Mezzaroba y Monteiro, se estudiará a partir de colisiones argumentativas, que la Ley en sí misma no tiene la función de dar mejor previsibilidad a los negocios o atender una lógica de mercado. De nuevo en oposición al análisis económico del Derecho, se utilizarán los principios fundacionales del Derecho de las

Obligaciones. Resultados y Conclusión: El Código Civil vigente rompió con una tradición técnico-jurídica existente hasta entonces y ha servido, recurrentemente, a los fines sociales previstos en la Constitución Federal. Finalmente, partiendo de una breve evolución histórica, se vio que la Ley ha actuado más activamente que nunca para consolidar el presupuesto del Estado a favor de un sesgo de marketing. Se analizaron los tres momentos del Estado en términos de su directriz presupuestaria, según los conceptos del sociólogo-economista alemán Wolfgang Streeck  
**Palabras clave:** Obligaciones; Derecho civil; Economía; Estado consolidado; Democracia.

## 1. Introdução

### 1.1 Conceito e atual interpretação

A disposição legal que rege sobre a função social do contrato é o art. 421 do Código Civil, qual seja, *in verbis*, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”. Exemplo clássico de texto legal contendo cláusula geral (cujo conceito será futuramente explicitado), a função social do contrato é a plena liberdade de contratar, desde que não haja interferência em direito de qualquer outra pessoa.

Como ensinava Pontes de Miranda, mesmo antes do Código Civil de 2002:

“Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais, o acordo ou a concordância pode atender a conveniência dos figurantes, mas ferir interesses gerais. O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve, ou não, ofensa a interesses gerais ou a interesse de outrem.”. (Miranda, 1984, p. 39)

Exemplo claro disso é a própria existência do Direito Ambiental, positivado na Constituição Federal em seu art. 225, com o dever do Poder Público e da coletividade em defendê-lo e preservá-lo, pois é de interesse coletivo.

Mais recentemente, nos fala Carlos Roberto Gonçalves:

“É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.” (Gonçalves, 2012, p. 26)

Essa atual interpretação vem de acordo com os princípios presentes na Constituição Federal, que são os mesmos que fundaram o conceito de Estado Social com o qual estamos acostumados. Um Estado a certa medida grande, porém essencialmente provedor, não em sentido literal, mas naquele equalizador das relações sociais.

Não apenas no universo doutrinário e da ciência jurídica ficam estes pensamentos. O avanço da interpretação conforme da Constituição está nos Tribunais Superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. MICROEMPRESA COM APENAS TRÊS BENEFICIÁRIOS. RESCISÃO UNILATERAL E IMOTIVADA. CONDUTA ABUSIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É válida a cláusula que prevê rescisão unilateral de contrato de plano de saúde coletivo empresarial com menos de trinta beneficiários, condicionada a motivação idônea. Precedentes. 2. Na hipótese, impõe-se a manutenção do contrato, diante da constatação, pelas instâncias ordinárias, de que o contrato coletivo empresarial conta com apenas três beneficiários e a rescisão unilateral, fundada em suposto aumento de sinistralidade, não apresentou nenhum esclarecimento ou motivação, em desrespeito aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: 1132794 SP 2017/0166804-0. Publicação DJe 12/03/2019 – Relator: Min. Raul Araújo.)

Em posição contrária, Luciano Benetti Timm diz que a análise econômica da "função social do contrato" permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos (Timm, 2006).

Os exemplos acima são fundamentais para que se entenda a evolução da exegese dos dispositivos legais após 1988. Os julgadores acima falaram em boa-fé objetiva e função social do contrato, porém sem explicitar o que são tais conceitos, abrindo diretamente para o diálogo doutrinário e jurisprudencial. As decisões judiciais passaram a ter a mesma base principiológica da Constituição Federal e principalmente aquilo que a sociedade valora em determinado recorte temporal.

## 1.2 Dos sistemas legislativos

Anteriormente, quando surgiram os primeiros *códex* (essencialmente após o *Códe de Napoleón* em 1804), existia a literal subsunção do fato à norma. Não haveria caso que o código não pudesse resolver, cabendo o juiz encontrar a solução jurídica naquilo que lhe era apresentado como arcabouço normativo, descrito como Sistema Fechado.

Inspirados pelo pioneirismo francês, logo surgiram outros exemplos, como o Código Civil do Chile de 1855, o primeiro Código Civil de Portugal de 1867, o primeiro Código Civil da Itália de 1895, o Código Civil da Alemanha de 1900, o Código Civil e o Código das Obrigações da Suíça de 1904 e mesmo o primeiro Código Civil brasileiro em 1916.

Este momento foi definido por Henrique Garbellini Carnio como o advento da Escola da Exegese, conforme segue:

“A Escola da Exegese revelou significativos estudiosos do Direito, como Demolombe, Troplong, Laurent e Marcadé. O posicionamento fundamental da Escola é o de que o Direito revela-se pelas leis. Portanto, para os seus pensadores a interpretação parte unicamente do direito positivo, desnecessária a utilização de elementos que lhe são extrínsecos, como exposto no texto acima. Foi uma fase de inovações na ciência jurídica, como em matéria de sucessão a supressão do direito de primogenitura, no direito de família a admissão do divórcio em caso de adultério, no direito das coisas a abolição dos direitos feudais ainda remanescentes. Por isso, serviu de modelo para as legislações de diversos países, a começar pela Europa, depois América Latina e em seguida Ásia e África.” (Carnio, 2011).

Entretanto a situação mundial ainda se mostrava instável. O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe incertezas sobre o lícito e ilícito. As transformações sociais apresentaram um dinamismo muito grande e a previsão dos fatos para posterior criação das leis era tarefa praticamente impossível para os legisladores.

Citando apenas o exemplo brasileiro, o grande avanço legislativo após a Constituição de 1988 foi sem dúvida o Novo Código Civil de 2002. A quebra de paradigma se deu não só pela modernização do texto em si, mas da utilização de técnicas para que a letra da lei não se perdesse no tempo, mas sim se adaptasse às constantes mudanças sociais. São estas as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados.

Estudos nacionais mostraram que, por exemplo, da análise das ideias de Rousseau, o poder legislativo exerce muito mais do que apenas uma função legislativa. Sua função política é tão grande quanto seu poder de fazer leis e esta característica está intimamente imbuída na redação dos dispositivos legais (Reis, 2022).

Imbuídas de densidade semântica propositalmente aberta e vaga, as cláusulas gerais são normas que permitem ao julgador preenche-las com valores a serem empregados em cada caso concreto. Conforme fora dito anteriormente, este é o caso do art. 421 do Código Civil, ao falar sobre a função social do contrato ou mesmo do §1º do art. 1228 da mesma lei ao aderir o direito de propriedade exercício em consonância com as finalidades econômicas, sociais, etc.

Por sua vez, os conceitos legais indeterminados também possuem característica vaga e possuem vocábulos abertos, passíveis de interpretação por parte do julgador, entretanto em menor escala. Cabe a quem julga, quando de frente a estes dispositivos, a escolha de valores sociais, ou seja, uma interpretação a depender daquilo que se tem por direito em determinado

tempo. Exemplo claro é o art. 122 do Código Civil, ao falar das condições para o negócio jurídico, sendo lícitas todas as não contrárias à lei, à *ordem pública* ou aos *bons costumes*.

Não é consenso a separação entre cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Porém para melhor entendimento, segue o que ensinam Nelson e Rosa Nery:

[...] à primeira vista poderia haver confusão entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Ocorre que em ambos há a extrema vagueza e generalidade, que tem de ser preenchida com valores pelo juiz. Quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado: a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto. O juiz pode dar uma solução em um determinado caso, e outra solução diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. (Junior & Nery, 2004)

Os críticos a este sistema dizem reiteradamente que não há liberdade plena para o juiz julgar, visto que, por mais que as decisões partam de sua consciência, estas devem estar embasadas em princípios prevalentes na consciência social. Esta é a definição do Sistema Semiaberto que as leis brasileiras da pós-modernidade adotaram.

A abertura de certos dispositivos (não só) constitucionais, por exemplo, decorre de movimento (em tese) natural do Direito, pois este ruma conjuntamente com a sociedade. As cláusulas abertas e um Sistema Semiaberto é um clamor por amplitude e principalmente operatividade (Carvalho, 2022).

Estes dispositivos que adotam cláusulas gerais ou conceitos legais indeterminados não pretendem resolver todos os problemas enfrentados pela sociedade, pelo contrário, essas são respostas progressivamente construídas pela jurisprudência (Martins-Costa, 2018).

Visto que nossa legislação se encaixa no sistema semiaberto, o advento da nova legislação civil trouxe consigo os três princípios chamados de “fundantes” do direito das obrigações: o da socialidade, da eticidade e da operabilidade. Para fins deste trabalho, apenas o primeiro será detalhado.

### 1.3 Por um Individualismo Democrático

O Brasil de 2002 é claramente distinto daquele longínquo 1916. Nossa sociedade pós-moderna, predominantemente urbana, projetou uma teia de relações mais complexas. O indivíduo está cada vez mais presente em sociedade a todo momento. Passa-se de um individualismo formal para um socializante, mais atento às mudanças sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade (Reale, 2002).

De maneira ainda mais clara, nos ensina Norberto Bobbio:

“Há individualismo e individualismo. Há individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo de tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve se cuidar de si mesmo, em luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano *bellum omnium contra omnes* (a luta do homem contra o homem). O segundo agrupa-o a outros indivíduos semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a se compor não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes.” (Bobbio, 2000)

Não poderia ser diferente, pois afastou-se, à época, um entendimento de que as obrigações individuais não teriam quaisquer reflexos na sociedade em que estão inseridas. A consciência coletiva é de ser deixada em mais alto padrão, pois é ela quem mostra os valores nos quais as obrigações devem se embasar, dado determinado recorte temporal.

Veja que, conforme explicitado anteriormente, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados estão intimamente ligados com o princípio da socialidade, justamente por trazerem consigo a ideia de que nenhuma relação jurídica produz efeitos apenas para as partes. No Código Civil, ao falar em *função social do contrato* (art. 421), ao responsabilizar o gestor de negócio por danos causados por caso fortuito, quando realizar *operações arriscadas* (art. 868) ou mesmo no parágrafo único do art. 926 ao falar em responsabilidade civil objetiva decorrente de *atividade de risco*, o legislador nos mostra que para aquele tempo, a tradição brasileira havia mudado. A interligação entre o individual e o social estava cada vez mais evidente.

Para que isso ocorresse, era sempre necessário que o Estado fosse demandado juridicamente. O contencioso, conforme previsto inicialmente, formou com base nas cláusulas gerais um sólido entendimento jurisprudencial. Os conceitos baseados no princípio da socialidade, já citados acima, estão presentes em diversas decisões recentes dos principais Tribunais.

Entende dessa forma o TJ-SP:

Associação – Loteamento – Ação de cobrança – Procedência – Inconformismo - Não acolhimento – Discussão que abrange diversos fundamentos constitucionais – Princípio da socialidade, da função da propriedade sob o aspecto coletivo, estímulo ao associativismo e diretrizes da ordem econômica e social que confrontam com a garantia de liberdade de associação – Julgador que não pode estar alheio à realidade social (art. 5º, da LINDB) – Benefícios auferidos pelos moradores e pela comunidade ao entorno que não podem ser esquecidos – O conjunto probatório demonstra que os réus adquiriram o lote já cientes da necessidade de rateio das despesas comuns, portanto, anuíram com a cobrança – Caso está de acordo com o entendimento firmado pelo C. STJ no Representativo n. 1.439.163/SP - Sentença mantida – Recurso desprovido. (Processo: 1008434-33.2015.8.26.0099 SP - Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 21/02/2018. Relator: Des. Grava Brazil).

Com máxima atenção ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) que é um decreto-lei de 1942. Já naquela época havia a preocupação com os fins sociais da lei e principalmente com as exigências do bem comum. O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que se satisfaça interesse próprio, desde que as expectativas coletivas do vínculo social não sejam lesadas (Farias & Rosendal, 2011).

Assim se conclui que o individualismo democrático gravita em torno de tudo o que o princípio da socialidade representa. A prevalência do interesse coletivo e dos direitos humanos é aquela que pretende retirar o indivíduo de uma tradição liberal-libertária, excessivamente perversa, e colocá-lo frente a um todo maior, sem jamais despersonalizá-lo.

Conforme apresentado na disciplina, o Superior Tribunal de Justiça em 2015 já estava aplicando a análise econômica do Direito, optando por não priorizar o princípio da socialidade. No Recurso Especial Nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6) com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, resumidamente, ficou decidido que a parte deveria pagar os juros e juros compostos exatamente conforme assinado no contrato com o Banco do Brasil.

Isso pois, segundo o STJ, uma interferência estatal naquele contrato em particular quebraria a autonomia da vontade. Se o Judiciário corrigisse os valores das parcelas (especificamente pela não aplicação da Tabela Price), isso poderia encorajar os mutuários de forma geral a contestarem seus próprios contratos.

Como se pretende explicar neste breve estudo, as decisões judiciais estão cada vez mais se baseando friamente nos números dos parques recursos estatais que ainda possuímos. Com medo de que haja um “efeito dominó” para as contas públicas, a análise econômica do Direito segue uma tendência mundial de mitigação gradual dos direitos dos cidadãos frente ao mercado e ao sistema financeiro de forma mais ampla.

A importância destes fatos se torna cada vez mais emergente no sentido de que os mercados nacionais se encontram sob domínio cada vez maior de oligopólios. Como estudos nacionais abordaram, existe a emergência de uma “teoria da ação coletiva de tipo econômico” (Santos & Onto, 2021).

Assim sendo, como objetivo geral do estudo traz-se primariamente um paralelo entre o Estado moderno (ou consolidado) e seu papel diante do contexto histórico. Posteriormente, a pretendeu-se de maneira exploratória analisar o papel do Direito diante desta mudança que sofre o Estado e, conseqüentemente, seus efeitos mais diretos na sociedade.

## 2. Metodologia

Este presente trabalho segue o disposto por Mezzaroba e Monteiro na obra “Manual de Metodologia da pesquisa no Direito” em que, para se chegar a um determinado objetivo ou resultado a partir das fontes do Direito, cria-se um sistema de oposições críticas em que determinados tópicos mais abrangentes colidem com outros tópicos específicos e esta contraposição acaba por fazer com que ambos sejam aceitos, através de retórica dialética (Monteiro & Mezzaroba, 2018).

Ademais, o estudo também se utilizou de doutra pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em especial às citações diretas de julgados específicos, como também da letra da lei da apresentação da opinião de estudiosos em seus periódicos.

## 3. Resultados e Discussão

### 3.1 Estado orçamental, Estado endividado e Estado consolidado

Brevemente, após pesquisa literária, consegue-se explicar o que são esses três modelos de Estado, ou melhor, quais seriam essas três situações em que o Estado se encontrou ao longo da história. Esses conceitos são melhor explicados na obra de Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus* (em português, Tempo Comprado. A Crise adiada do capitalismo democrático).

Em linhas gerais, o Estado orçamental foi aquele concebido desde o “retrato” da Europa após o Tratado de Vestfália de 1648. Um Estado largo e garantidor na medida do possível da lei, da ordem e do bem viver para os seus cidadãos. Isto pois, justamente com o fim da Guerra dos Trinta Anos, pela primeira vez era possível que os Estados minimamente organizados pudessem arrecadar de seus cidadãos sem excessivos gastos militares.

O mote do Estado orçamental é o controle da dívida pública para que os entes públicos possam honrar com seus compromissos (estabelecidos no que estudamos ser o Estado social) sem que haja comprometimento das finanças de forma geral. Isso foi possível até mesmo num período pós-1945, em que os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos se alargaram de maneira geral em todo o mundo.

Ocorre que a democratização desses direitos trouxe uma sobrecarga ao Estado. A população, cada vez mais numerosa, exige naturalmente do poder público medidas que tornem sua vida melhor, despreocupadamente com a finita reserva de recursos estatais. Isto, na metade do século XX em que a sociedade se apresenta cada vez mais individualista e organizada segundo o princípio da propriedade privada.

O que tornou o Estado orçamental no Estado endividado foi justamente uma crise de arrecadação ao mesmo tempo em que havia demandas cada vez maiores pela atuação estatal em todos os sentidos. Como exemplo toma-se a pressão que o governo dos Estados Unidos sofreu nos anos de 1970 pela redução dos impostos, com o fim mediato de cessar programas sociais. A arrecadação estatal caiu, porém as despesas de maneira alguma se retraíram.

Os grandes déficits orçamentários começaram a ter efeitos mais amplos a partir da década de 1980, citando como exemplo a Inglaterra, com embate direto contra os sindicatos que demandavam maiores salários. A desorganização laboral seguida de largo desemprego forçaram a sociedade de maneira geral a rever aquilo que havia sido “acordado” num pós-1945.

Começavam as primeiras ondas neoliberais, consequências do Estado endividado. Até o fim da década de 80, grandes centros europeus e os Estados Unidos já haviam reformado seus sistemas de seguridade social e flexibilizado normas trabalhistas e instituições reguladoras de mercado, principalmente do financeiro.

Para melhor entender esse momento, segue excerto da obra de Streeck:

“A formação do Estado endividado pode ser compreendida não só como um momento retardador na crise do Estado fiscal, mas também como o surgimento de uma configuração política nova, com uma lógica própria. Nas páginas que se seguem recorrerei sobretudo à segunda perspectiva. No entanto, quero observar, desde já, que o surgimento do Estado endividado também foi travado por uma causa com efeito contrário: a reforma neoliberal do Estado, levada a cabo nos anos 90 e na primeira década deste milénio. Esta esforçou-se por consolidar as finanças públicas através da privatização das tarefas do Estado que haviam sido atribuídas a este último ao longo do século XX, de acordo com a perspectiva de Wagner. Esta foi a outra evolução histórica inimaginável para as teorias da crise dos anos 70. No fundo, esta evolução consistiu na devolução total ou parcial de cada vez mais funções estatais à sociedade, em especial à economia de mercado – desde sistemas de pensões, passando pelos cuidados de saúde e pela formação, até à responsabilidade pelo nível de emprego. Tal como referido, a melhor forma de conseguir tudo isto consiste na abertura simultânea de novos espaços de manobra aos agregados familiares para se endividarem por conta própria. A desestatização de amplas áreas de serviços de interesse geral tornou-se possível e justificou-se, em parte, pelo aumento do nível de bem-estar e de consumo das sociedades ricas. A substituição dos direitos sociais do pós-guerra pela privatização e mercantilização decorreu paralelamente à constituição de uma nova forma de democracia, designada por Crouch como «pós-democracia», na qual a participação política é redefinida como entretenimento e desligada das decisões políticas, especialmente das decisões político económicas.” (Streeck, 2013, p. 90).

Em perspectiva, estudo recente do mesmo sociólogo acima citado, Colin Crouch, mostra-se que existe o constante embate neste mundo pós-moderno entre duas democracias, uma liberal em que possui apenas expressões da vontade popular e que as mitigará eventualmente no futuro e a democracia populista que denota a vontade mais imediata da população (Crouch, 2019).

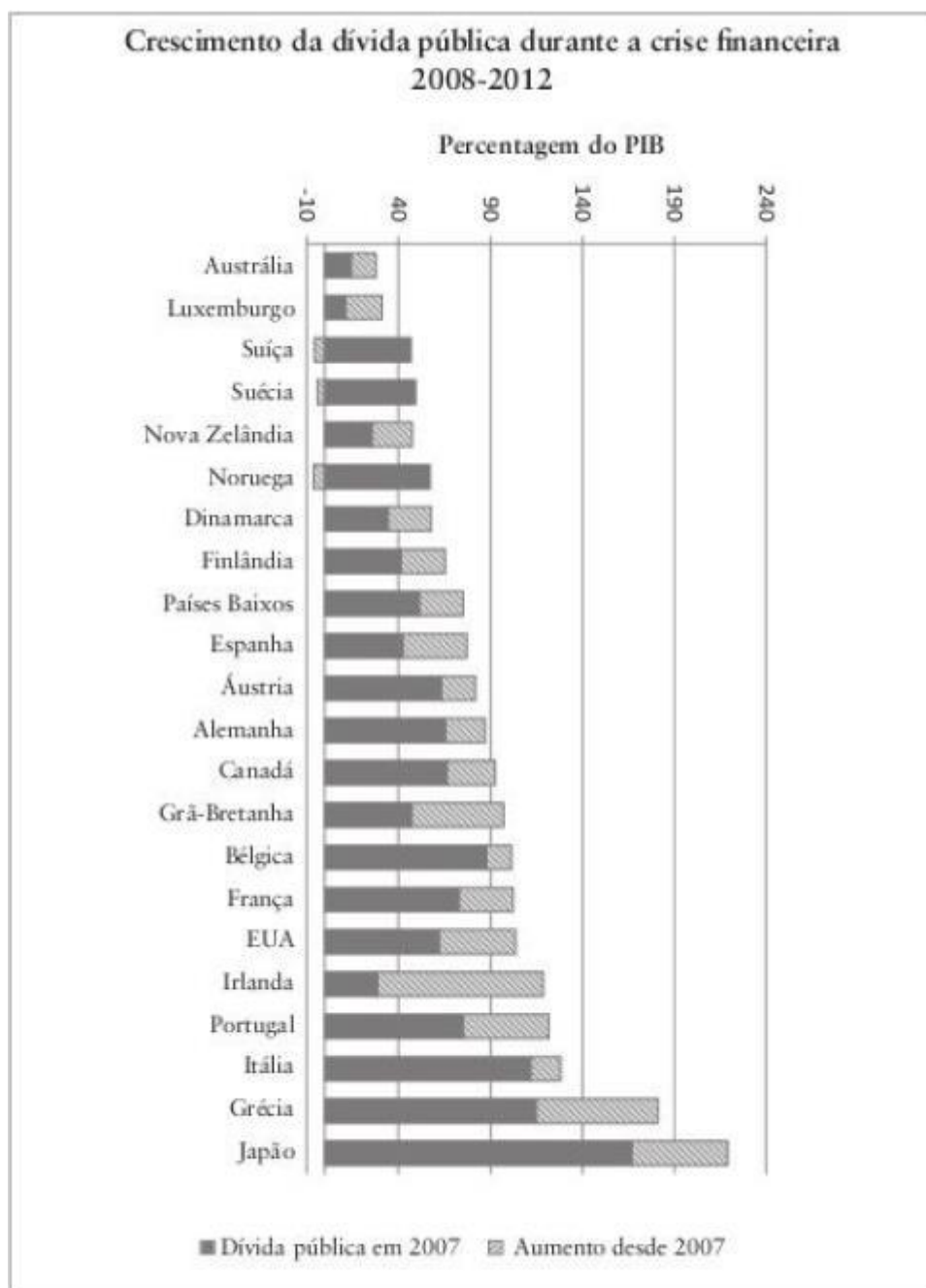
Uma vez que estudo nacional mostra a direta influência da ação estatal no bem-estar da população de maneira geral, os tomadores de decisão tem pouco interesse em instituições participativas e programas sociais, ao menos atualmente (Touchton et al., 2020). Vítimas da consolidação orçamentária, o direto conflito dos interesses do capital com a vontade democrática é mais do que evidente.

Assim, não poderia ser diferente. A participação mais direta da população nas decisões políticas tornou-se menor no mesmo momento em que o capitalismo se agigantou. Vide a situação dos países periféricos europeus, que elegem seus representantes no Parlamento da União Europeia, porém suas decisões estão ligadas intimamente a políticas monetárias no Banco Central Europeu.

Este cenário se agravou após a crise de 2008 que, sem entrar em detalhes, forçou os Estados a se endividarem de maneira abrupta para conter o colapso do sistema financeiro que sustenta todo o mundo. Isso num momento em que o próprio poder público havia perdido também grandes quantidades de dinheiro por si só com a crise.

A Figura 1 abaixo, também extraída da obra de Wolfgang Streeck mostra, em escuro, a dívida pública dos Estados durante toda sua história e, em listrado, o aumento somente no período em que se sucedeu à crise.

**Figura 1** – Dívida pública dos Estados.



OECD Economic Outlook: Statistics and Projections, publicações em curso

Fonte: Recuperado de “*Tempo comprado – A crise adiada do capitalismo democrático*” de W. Streeck, (2013, p.70).

Assim, conforme pode se observar pelos números acima descritos, chegamos ao Estado consolidado. Uma terrível evolução do Estado endividado (a se confirmar pelo exposto da figura na porcentagem de endividamento crescente), porém desta vez com políticas antidemocráticas cada vez mais permanentes. Isto pois, segundo o que fora apresentado, o excesso de democracia fez com que o Estado literalmente falisse por sua própria existência. As pressões populares não resultaram efetivamente em distribuição de renda e a modernização dos mecanismos de captação de ativos financeiros globais agravaram por demais esta situação.

O que acima chamamos de ondas neoliberais foram nada menos do que uma primeira tentativa de consolidação dos orçamentos estatais à nova realidade global. Elas vieram conjuntamente com a desregulamentação do mercado financeiro,



permitindo o intenso fluxo de capitais entre os países.

Leia-se, portanto, que esta sustentabilidade orçamentária e financeira já era estudada no contexto europeu de moeda única por anos. Diversos planos foram assinados entre os Estados membros, notadamente o Plano de Estabilidade e Crescimento de 1997 que obrigou os países a se adequarem a limites de déficits fiscais, coordenação das políticas econômicas e, conseqüentemente, consolidação orçamental (Catarino & Fonseca, 2013).

Atualmente, a consolidação vem no sentido de mudar permanentemente o panorama orçamentário dos Estados. Para isso, como estamos vendo acontecer atualmente no próprio Brasil, reformas trabalhistas, previdenciárias, administrativas e tributárias em curso pretendem diminuir a participação estatal na vida da sociedade. Paralelamente ocorrem também cortes nos gastos e extinção de cargos públicos.

A consolidação também traz consigo um arrocho nas ofertas de crédito, principalmente pelos bancos públicos. E aqueles contraídos, são sempre a custos mais elevados com condições de pagamento cada vez menos favoráveis. O efeito é claro: levar a obrigação ao setor privado e, caso ela permaneça com o Estado, que a ele seja o mais vantajoso possível, suprimindo-lhe o insano desejo pela consolidação orçamentária.

Em pesquisas recentes, observou-se que, nesta figura de estado consolidado (ou em consolidação), o Brasil expõe mais drasticamente suas heterogeneidades quando na nova perspectiva, capitalismo e democracia parecem antagônicos. Surge um modelo de “neobonapartismo” em que existe uma classe trabalhadora politicamente inerte, uma pequena burguesia vinculada ao neoliberalismo e um líder de massas populista, de esquerda ou direita (Riley, 2022).

Ainda, outros estudiosos mostraram que estamos caminhando a um “gerencialismo democrático” que manterá muitas das características do atual sistema capitalista. Entretanto, ao invés da tóxica tradição libertária (cujos problemas estão sendo apresentados), este novo modelo traria uma coordenação econômica visando o desenvolvimento nacional e a representatividade, afastando da política os interesses mais diretos e imediatos do capital (Bresser-Pereira, 2021).

Entretanto, os desafios ao se combater o Estado consolidado e suas conseqüentes políticas neoliberais não tem se demonstrado fácil. A globalização econômica não trouxe consigo um reforço de instituições plurinacionais e principalmente supranacionais. O que se vê é o oposto, com episódios de nacionalismos e xenofobia crescentes, a integração social para uma democracia pós-nacional torna-se uma reação viável porém ainda distante (Lubenow, 2020).

### **3.2 A participação do Direito no Estado consolidado**

Chegando finalmente à participação mais incisiva do Direito na consolidação do Estado, teóricos como Richard Posner desenvolveram técnicas interpretativas para as legislações que permitissem maior vantagem ao ente econômico frente à sociedade. É a chamada *law and economics*, aclamada pela obra do autor do ano de 2007 (Posner, 2007).

No Brasil, estudiosos como Luciano Timm (já citado acima) tem ganhado notoriedade neste período de consolidação do Estado brasileiro em que vivemos. Os gastos públicos foram congelados para não ultrapassar o limite inflacionário e o arrocho das contas públicas está cada vez mais evidente. Ocorre que o arcabouço jurídico brasileiro, e as interpretações dos Tribunais, se mostram extremamente garantidores à sociedade e à parte mais vulnerável das obrigações.

Ocorre que num conjunto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, a interpretação de certos dispositivos legais pode facilmente ser modificada conforme o que é entendido pelo julgador em determinado recorte temporal, conforme já fora dito. A análise econômica do direito nada mais é do que um movimento dos interesses mercadológicos em reestruturar certos conceitos aparentemente já solidificados em favor de entes econômicos sob a falsa ótica de que se está defendendo o interesse coletivo.

Um exemplo claro é o estudo de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo sobre preços abusivos. Numa análise econômica do Direito Concorrencial e Consumerista, o autor, em síntese, diz que a existência do conceito de preço abusivo é ineficaz, tanto

por sua sanção (multa que seria repassada aos consumidores) quanto por sua natureza (segundo ele, inexistente critério jurídico-econômico para definir abusividade de preços). É um claro ditame para que o Estado deixe de regulamentar os entes privados (Ragazzo, 2012).

Subindo ainda mais um degrau, existem artigos segundo a análise econômica do Direito que simplesmente arrebatam o Código de Defesa do Consumidor. Cito aqui o estudo de Bruno Bodart no trecho sobre venda casada:

“A ‘venda casada’ também pode ser uma forma de beneficiar consumidores de renda mais baixa pelo subsídio cruzado daqueles de classe superior. Isso ocorre, exemplificativamente, na venda de itens de *bombonière* e acessórios por lojas exclusivas situadas em casas de show, estádios e cinemas. É comum a restrição ao ingresso de expectadores com bebidas e alimentos externos, o que fomenta acusações de prejuízo a consumidores mais humildes, os quais não poderiam trazer sua refeição de casa. Porém, é a vedação da prática que realmente causa dano aos mais pobres. A receita decorrente dessas vendas acessórias se destina a cobrir os custos fixos da atividade, permitindo a cobrança de ingressos mais baratos em razão desse financiamento adicional. O expectador com mais recursos subsidiará, comprando seu lanche, o ingresso daquele que não assistiria ao espetáculo se o tíquete fosse mais caro. Para economizar, basta que este satisfaça sua fome antes do evento. Nada disso é possível com a proibição paternalista do ingresso de produtos externos.” (Bodart, 2016).

Numa análise meramente pessoal, inexistente qualquer garantia de que os ingressos seriam mais baratos se houvesse uma maior venda dos produtos acessórios dentro dos cinemas. Na ADPF nº 398 cujo relator é o Ministro Edson Fachin, a ABRAPLEX - Associação Brasileira Das Empresas Exibidoras Cinematográficas Operadoras de Multiplex literalmente alegou que a proibição de acesso com alimentos e bebidas não comprados no interior dos cinemas, por fazer elevar o preço dos ingressos, estaria mitigando o acesso à cultura da população.

Relembrando o que fora dito sobre o Direito das Obrigações, é este tipo de individualismo que o legislador, à época da promulgação do Código Civil de 2002, pensava em extirpar das relações entre particulares.

O contrato é mero instrumento que diz que reciprocamente uma parte é credora e devedora da outra de sua respectiva obrigação, nos termos acordados. Se uma parte claramente está em posição de maior vantagem, é mais do que justo que haja interferência para que o Estado, invocando os princípios fundantes das Obrigações, equilibre as relações.

Apenas tratando-se do caso acima, não é necessário muito esforço lógico para entender que os preços praticados pelas *bombonières* em cinemas e estádios é maior inclusive do que aqueles praticados em varejos. Restringir o direito de se alimentar com produtos externos ao cinema é, em termos práticos, a inserção de obrigação acessória na compra do ingresso.

Num contexto de consolidação, que visa a mitigação da atuação estatal na ordem econômica, as consequências são estas. O mercado impõe obrigações com as quais a outra parte não tem condições de suportar, caso necessite da obrigação principal, relembrando aqui os já mencionados juros abusivos no contrato de mútuo para financiamento imobiliário.

De certo, para o ideal estabelecido, a análise econômica do Direito é a ferramenta mais adequada para o Estado de consolidação. Este é menos demandado judicialmente (reduzindo gastos da máquina pública) enquanto desregula o setor privado para que este avance ainda mais sobre áreas de atuação que anteriormente eram do poder público

#### 4. Considerações Finais

Embora no Brasil a análise econômica do Direito esteja tomando mais espaço a cada dia, a Justiça de forma geral ainda é uma garantia de que os direitos dos cidadãos serão respeitados quando em confronto com entes econômicos mais poderosos. Isto pois, conforme o próprio nome diz, existem princípios fundantes do nosso ordenamento jurídico. Estes são os que dão o formato para as relações jurídicas.

Ainda que tenhamos as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, sujeitos à interpretação pelo julgador, estes têm em sua maioria dado forças à sociedade em tempos de consolidação. A boa-fé objetiva, a função social do contrato, a não onerosidade e o preço abusivo são exemplos citados neste trabalho.

Conforme analisamos ao longo do estudo, não podemos saber exatamente quando os tempos mudaram, quando houve uma “virada”, assim como quando houve o exato fim do feudalismo para o sistema que se tornou posteriormente hegemônico. Marco aqui como opinião que estamos numa transição que pode ser severa, caso o Estado de consolidação chegue a tomar ainda mais direitos da sociedade em nome simplesmente da estabilidade orçamentária.

A análise econômica do Direito é a ferramenta que mais claramente se mostrou efetiva. A abertura de precedentes jurisprudenciais é um dos fatores que leva a ressignificação das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados. Quanto mais pesquisadores utilizarem desta análise para beneficiar tão somente um viés mercadológico, mais difícil será retornar ao caminho de um Estado garantidor pleno.

Como limitação a este estudo é possível colocar as soluções para a consolidação. Wolfgang Streeck que inicialmente formou os conceitos poucos também conseguiu trabalhar neste solo. O Estado uma vez que põe em prática a desregulamentação econômica, o corte severo de gastos e reforma a estrutura trabalhista e de seguridade, se compromete também a nunca mais retornar ao antigo modelo de gastos.

Ao operador do Direito deve ficar a mensagem para sempre insistir nos princípios que fundaram o Direito das Obrigações. Ainda em se tratando de Direito Privado, o Estado não deverá permanentemente fechar os olhos à sociedade e aos mais vulneráveis como um todo. Que ainda haja o triunfo da socialidade.

Em futuros trabalhos, espera-se que seja estudado mais profundamente o conflito entre a democracia e o capitalismo com o viés das “big techs” que, segundo análises mais recentes, tem transformado o capitalismo que conhecíamos num novo modelo de mercado, baseado na servidão e mercantilização de dados pessoais.

## Referências

- Bobbio, N. (2000). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Campus.
- Bodart, B. V. D. Rr. (2016). Uma Análise Econômica Do Direito Do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam Os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores (An Economic Analysis of Consumer Law: How Legislation Harms the Poor without Protecting the Consumers). *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2870931>
- Bresser-Pereira, L. C. (2021). Depois do Capitalismo, o Gerencialismo Democrático. *Revista de Administração de Empresas*, 61(3). <https://doi.org/10.1590/s0034-759020210304>
- Carnio, H. G. (2011). *Curso De Sociologia Jurídica* (1st ed.). Revista dos Tribunais.
- Carvalho, O. F. de. (2022). O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, 9(1), 137. <https://doi.org/10.5380/rinc.v9i1.83825>
- Catarino, J. R., & Fonseca, J. (2013). Sustentabilidade Financeira e Orçamental em Contexto de Crise Global Numa Europa de Moeda Única. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 34(67), 21–51. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p21>
- Crouch, C. (2019). 10. Post-Democracy and Populism. *The Political Quarterly*, 90, 124–137. <https://doi.org/10.1111/1467-923X.12575>
- Emmanuel, C., & Ragazzo, J. (2011). A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. *Revista Do IBRAC*, 18(19), 21–44. [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR07-08\\_-\\_Carlos\\_Emmanuel\\_Joppert\\_Ragazzo.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR07-08_-_Carlos_Emmanuel_Joppert_Ragazzo.pdf)
- Farias, C. C. de, & Rosenvald, N. (2011). *Direito das obrigações* (5th ed.). Lumen Juris.
- Gonçalves, C. R. (2012). *Direito Civil Brasileiro Parte Geral* (10th ed., Vol. 1).
- Junior, N. N., & Nery, R. M. de A. (2004). *Código civil anotado e legislação extravagante* (2nd ed.). Revista dos Tribunais.
- Lubnow, J. A. (2020). Globalização econômica, desmonte do estado social e déficit político transnacional: uma análise crítica a partir de Jürgen Habermas. *Trans/Form/Ação*, 43(2), 99–126. <https://doi.org/10.1590/0101-3173.2020.v43n2.06.p99>
- Martins-Costa, J. (2018). *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação* (2nd ed.). Saraiva.
- Miranda, P. de. (1984). Direito das Obrigações - Tomo XXXII. In *Tratado de Direito Privado* (pp. 155–164). Revista dos Tribunais.
- Monteiro, C. S., & Mezzaroba, O. (2018). *Manual de metodologia da pesquisa no direito* (8th ed.). Saraiva Jus.
- Posner, R. A. (2007). *Economic Analysis of Law* (1st ed.). Aspen Pub.
- Reale, M. (2002). *Sentido do Novo Código Civil*. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>

Reis, C. A. (2022). Cooperação, Competição e o Processo Legislativo: Sobre a Proibição das Facções em Rousseau. *Kriterion: Revista de Filosofia*, 63(151), 169–189. <https://doi.org/10.1590/0100-512x2021n15108car>

Riley, D. (2022). CAPITALISM AND DEMOCRACY. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 1(116), 111–138.

Streeck, W. (2013). *Tempo comprado – A crise adiada do capitalismo democrático* (1st ed.). Editora Actual.

Santos, R. S. P. dos, & Onto, G. G. (2021). Capitalismo, Democracia e Teoria Social em Karl Polanyi: uma entrevista com Gareth Dale. *Sociologia & Antropologia*, 11(1), 15–40. <https://doi.org/10.1590/2238-38752021v11111>

Timm, L. B. (2006). Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. *Revista de Direito Bancário e Do Mercado de Capitais*, 9(33), 15–31. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/86907>

Touchton, M., Borges Sugiyama, N., & Wampler, B. (2020). Democracia em Ação: indo além das eleições para melhorar o bem-estar. *Caderno CRH*, 33, 020006. <https://doi.org/10.9771/ccrh.v33i0.33273>