

INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRIVADOS SOB A ÓTICA DO BIOPODER

STATE INTERVENTION IN PRIVATE LEGAL BUSINESSES FROM THE VIEWPOINT OF BIOPOWER

*Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento (Universidad Pablo de Olavide, UPO/Sevilha-ES).

Mestre em Teoria do Direito e do Estado (Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM/SP).

Graduado em Direito (Instituição Toledo de Ensino, ITE/SP).

E-mail: jeffersondias@unimar.br.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3101-1621>.

**Mestrando em Direito, com Bolsa PROSUP/CAPEs (Universidade de Marília, UNIMAR/SP).

Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: jhtsadv@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0484-7922>.

***Doutor em Direito das Relações Sociais (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).

Doutor em Cidadania, Direitos Humanos - Ética, Filosofia e Política (Universidade de Barcelona, UB/Espanha).

Mestre em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: artur.souza@trf4.jus.br.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2968-0663>.

Jefferson Aparecido Dias*

João Henrique Tatibana de Souza**

Artur César de Souza***

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; SOUZA, Artur César de; SOUZA, João Henrique Tatibana de. Intervenção do estado nos negócios jurídicos privados sob a ótica do biopoder. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 78-93, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p78. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo, que se utiliza do método analítico-crítico e de uma pesquisa e revisão bibliográfica e documental, de cunho exploratório, visa demonstrar que o biopoder, na perspectiva de Michael Foucault, se prolifera entre indivíduos e é aplicado nos negócios jurídicos privados decorrentes da autonomia privada, sendo necessária a intervenção do Estado em algumas situações, notadamente para resguardar a função social dos negócios jurídicos, a boa-fé e a defesa das garantias individuais da outra parte contratante. Os princípios da autonomia privada e da livre concorrência serão ponderados com os preceitos constitucionais da boa-fé e da função social.

Palavras-chave: Biopoder. Negócios jurídicos. Autonomia privada. Boa-fé. Função social. Intervenção do Estado.

Abstract: This article, which uses the analytical-critical method and a bibliographic and documentary research and review, of an exploratory nature, aims to demonstrate that biopower, from the perspective of Michael Foucault, proliferates among individuals and is applied in private legal transactions arising from the private autonomy, being necessary the intervention of the State in some situations, notably to protect the social function of the legal business, the good faith and the defense of the individual guarantees of the other contracting party. The principles of private autonomy and free competition will be balanced with the constitutional precepts of good faith and social function.

Keywords: Biopower. Legal business. Private autonomy. Good faith. Social role. State intervention.

INTRODUÇÃO

O artigo, por meio do método analítico-crítico e de uma pesquisa e revisão bibliográfica e documental, de cunho exploratório propõe uma análise do biopoder exercido entre indivíduos por meio de negócios jurídicos privados e a necessidade de intervenção do Estado em algumas situações. Como o exercício do poder transita por todos os indivíduos e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder.

Portanto, é possível que o biopoder seja exercido entre os próprios particulares, cabendo também ao Estado intervir sobre a autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam sob risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais da boa-fé, função social, etc., pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada pelos princípios constitucionais.

A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado. Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em consonância com a função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos. Os princípios da autonomia privada e da livre concorrência serão ponderados com os preceitos constitucionais da boa-fé e da função social.

Assim, o problema que se pretende responder no presente artigo é em que condições é necessária e legítima a intervenção do Estado nos negócios jurídicos privados, sob a ótica do biopoder, na busca de garantir o equilíbrio entre os princípios consagrados pela Constituição brasileira como regentes da ordem econômica.

1 BIOPODER E BIOPOLÍTICA

Utilizando-se como parâmetro o começo do século XXI, se constata uma perspectiva de assunção da vida pelo poder, ou seja, uma apropriação do ser humano como ser vivo, o que, nas palavras de Michael Foucault, significa uma espécie de nacionalização do biológico. Essa transformação (nacionalização dos biológicos), contudo, não é recente e se origina no século XVII e principalmente no século XVIII, quando se contrai no nível do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se unem para constituir um soberano, no intuito de delegar um poder absoluto sobre eles a um soberano. Fazem isso porque são pressionados pelo perigo ou pela necessidade (FOUCAULT, 2005, p. 285).

Em meados do século XVIII, na visão de Michael Foucault, aparece algo novo, outra tecnologia de poder, não disciplinar. Uma tecnologia de poder que, por óbvio, não exclui a primeira, que não refuta de sua análise a técnica disciplinar, mas a incorpora, integra e modifica parcialmente. A partir desse momento, o Ocidente passa a ter uma profunda transformação nos mecanismos de poder. O poder de soberania, o direito de causar a morte ou de deixar viver tão característico desse poder é agora substituído por “um poder que gera a vida e a faz se ordenar em função de seus reclamos.” (MEDICI, 2011, p. 65).

Esta nova tecnologia de poder tem por alvo o corpo, a vida do ser humano, o bom e o mau, o incluído e o excluído, o europeu, o americano, o asiático e o africano. Essa nova tecnologia, ao contrário da disciplina, que trata do corpo, da vida humana, está voltada para o ser humano vivo, a espécie humana, o ser humano cultural. Essa nova tecnologia que surge no Ocidente aborda a multiplicidade dos seres humanos, não na medida em que se resumem em corpos, mas na medida em que formam, ao contrário, uma massa global, afetada por um processo comum característico da vida. Processos como nascimento, morte, produção, doença (FOUCAULT, 2005, p. 286).

Esse controle social e vigilância da cidadania moldam o que Michel Foucault chama de “biopolítica” ou “biopoder”¹. Não se trata de modo algum de considerar o cidadão ao nível do detalhe, mas, pelo contrário, através de mecanismos globais, de agir de forma a obter estados globais de equilíbrio, de regularidade. Em suma, controlar a vida, ter em conta os processos biológicos da espécie humana e assegurar-lhes não uma disciplina, mas um regulamento (FOUCAULT, 2005, p. 287).

A biopolítica, portanto, possui duas faces. De um lado, a promoção da expansão da vida e da saúde da população, uma face amiga que atingirá a sua máxima expansão com a concretização da “governamentalidade social” através do Estado de bem-estar e que terá impacto na diminuição da mortalidade e no aumento da expectativa de vida. Por outro lado, quando as explicações das nascentes ciências sociais descobriram que a vida da população era ressentida, gerando resistência social e a extensão do imaginário socialista sobre um fundo de expansão da pobreza, degradação da saúde, superlotação urbana, etc, descobriram os limites da face negativa do *laissez faire* (MEDICI, 2011, p. 66).

Se a eficácia e a continuidade do poder fossem mantidas, era necessário ampliar os domínios da regulação biopolítica. A governamentalidade social nasceu com um conjunto muito variado de técnicas: da seguridade social bismarkiana, passando pelo *new deal* e o estado de bem-estar, à eugenia. A subjetividade se modifica à medida que a noção de “cidadania social” avança, o indivíduo não era mais uma realidade natural como o *homo oeconomicus*, mas um sujeito de necessidades a serem atendidas mediante a provisão dos bens correspondentes (saúde, educação, velhice segura, habitação). Enquanto no liberalismo o autocuidado correspondia ao indivíduo, cabia ao próprio *homo oeconomicus*, na governamentalidade os mecanismos previdenciários contavam com laços de solidariedade ou de mútua dependência com grande visibilidade do Estado

1 Em suas obras, Michel Foucault não diferencia biopoder e biopolítica, razão pela qual o presente artigo adotará as duas palavras como sinônimas.

na gestão. O indivíduo foi governado por meio de seu vínculo ou dependência com o conjunto da sociedade (MEDICI, 2011, p. 67).

Como o exercício do poder transita por todos os setores sociais e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder (SILVA; FERRER; DIAS, 2022).

Portanto é possível que o biopoder seja aplicado não somente por instituições, mas também pelos próprios indivíduos particulares, podendo também ao Estado intervir na autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam em risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais, pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada pelos princípios constitucionais (SILVA; FERRER; DIAS, 2022).

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos possuem diversas definições, todavia, a grande maioria delas se refere à *gênese do negócio jurídico*, ou seja, a vontade. Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes (AZEVEDO, 2002, p. 4).

Na concepção de Manuel A. Domingues de Andrade, pode-se definir negócio jurídico como um fato voluntário lícito cujo núcleo negocial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a **produção** de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (econômica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito, isto é, obtenham a sanção de ordem jurídica e a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes (ANDRADE, 1992, p. 25).

Parte da doutrina, criticando tal posição prefere definir o ato jurídico através de sua função, qual seja, a de criar efeitos jurídicos, de forma que o considera: “um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos do que um ato de vontade” (BUSSATTA, 2005, p. 170).

No caso concreto, o negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica sobre o qual ele incide (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Ao contrário do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade, segundo parte da doutrina, é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha,

visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados livremente a cada um. Assim, é que, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem. (MELLO, 1988, p. 167).

Segundo afirma Gerson Luiz Carlos Branco, a expressão autodeterminação e autonomia de vontade são utilizadas pela civilística como sinônimos ou como conceitos cuja distinção é ignorada ou relegada para um segundo plano. Essa constatação deriva da circunstância de que os ‘direitos de liberdade’ são tratados pela tradição como atos de “autonomia privada ou como exercício de direitos subjetivos” (BRANCO, 2013, p.239).

Diante disso alguns eventos ocorridos no Direito brasileiro nos últimos anos fazem com que se volte a debater o negócio jurídico como categoria geral e unitária dos atos de autorregulamentação. Exemplos: a) regulamentação extensa de direitos civis no plano constitucional, com a elevação dos direitos da personalidade à categoria de direitos fundamentais, o que é incrementado por uma construção dogmática; (SARLET, 2007, p. 111-147); b) regulamentação no Código Civil, editado em 2003, de atos relativos aos Direitos de Personalidade, matéria tratada nos artigos 11 a 21 em capítulos sistematicamente anteriores à regulamentação do Negócio Jurídico como principiologia construída em um momento histórico no qual o centro valorativo é a pessoa e sua dignidade; c) uma tendência doutrinária e jurisprudencial de recurso direto a mecanismos constitucionais para resolução de problemas típicos de Direito Privado, pondo em discussão o debate a respeito da substituição de direito civil pelo direito constitucional (PINTO, 2006, p. 370-371); d) a necessidade de que a distinção seja enfrentada para que se compreendam os efeitos de uma série de novas modalidades de atos, em especial nas hipóteses de consentimento informado, testamento genético, contratos para a realização de pesquisas médicas ou para o uso de medicamentos experimentais (BRANCO, 2013).

Portanto, nesse cenário, ganha importância a eventual necessidade de intervenção do Estado, a fim de manter o equilíbrio dos princípios que devem ser observados nos negócios jurídicos privados.

3 AUTONOMIA DA VONTADE NEGOCIAL

A autodeterminação ou os espaços de liberdade não se constitui em matéria nova no Direito Privado, pois se trata de debate que emergiu da tríade liberdade, segurança e propriedade. Neste sentido:

[...] tanto a liberdade quanto a propriedade visavam a proteger fundamentalmente a liberdade “mercantil e negocial” [...] para tais fins, tanto o direito subjetivo como “poder de vontade” e o negócio jurídico como “ato de vontade dirigido à

produção de efeitos jurídicos”, ou mesmo as concepções objetivas destes modelos jurídicos, forjadas no século XX, são suficientes para instrumentalizar o exercício da autodeterminação no âmbito das relações econômicas, em um espaço que se tem denominado de “autonomia privada” (BRANCO, 2013, p. 241).

A partir da Segunda Guerra Mundial, constata-se profundas transformações nas concepções de vida e nos padrões sociais, especialmente em razão do desenvolvimento tecnológico e da explosão demográfica. Na perspectiva de Marcos Bernardes Mello (1988, p. 189):

Dentro do mundo massificado em que hoje se vive, as relações negociais perderam, em muito, o caráter individual, que antes tinham, passando a se estabelecerem de um modo impessoal, muitas vezes, até por intermédio de máquinas. Essas transformações sociais impuseram a necessidade da intromissão do Estado na regulação do relacionamento individual, reduzindo e abrandando a liberdade contratual tal como concebida pelo individualismo do estado liberal. A intervenção estatal na economia e na direção de certos aspectos da vida social, como as relações de trabalho, de produção e de utilização de bens, especialmente a moradia e o fundo rural, mudaram a fisionomia das próprias relações jurídicas, desde quando estas não são mais do que aquelas regidas pelo Direito.

Em decorrência de tal circunstância, constata-se que os padrões jurídicos estão sendo modificados pelas necessidades do tráfico comercial, alterando as condições até então vigentes. Por exemplo, *actio redhibitoria* – com a qual o comprador do objeto com defeito oculto que o torne impróprio para seu fim, obtém a rescisão do contrato de compra-e-venda – e a *actio quanti minoris* – para na mesma situação, haver o abatimento do preço – perderam sentido com a adoção da *garantia* de bom funcionamento, que o fabricante assegura ao consumidor de seus produtos. Na realidade:

A massificação da produção e do consumo tornou completamente inviável a solução de questões sobre defeito dos objetos vendidos, através de procedimentos concebidos ainda pelos romanos. Tal fato levaria a uma situação de calamidade se os consumidores de aparelhos eletrodomésticos, por exemplo, tivessem que recorrer ao Judiciário para dirimir as suas questões com os fabricantes, ou mesmo os comerciantes, por vício redibitório, em face da impossibilidade de se dar pronto atendimento às demandas, em razão de seu excessivo número (MELLO, 1988, p. 189).

Certas situações, bastante comuns, fazem ressaltar problemas que, na verdade, não têm explicação convincente dentro da conceituação clássica de negócio jurídico como ato de autonomia do indivíduo em poder regular os seus próprios interesses. Senão, vejamos: a) no contrato de adesão, no contrato administrativo, como no contrato-tipo e em outros dessa espécie, um dos contratantes estabelece as cláusulas, o conteúdo do negócio e, de modo padronizado, o oferece aos outros, que não têm outra alternativa senão aceitar ou não aceitar aquele contrato, tal qual está expresso, sem possibilidade de qualquer alteração de conteúdo; diz-se que nesses negócios não existiria poder de autorregramento (autonomia) da vontade, nem mesmo vontade de negócio

da parte daquele que adere ou aceita o contrato; b) no chamado contrato necessário alguém, por força de determinação de autoridade pública, é obrigado a praticar certos atos ou realizar certos negócios; como exemplo costuma-se citar o seguro obrigatório para licenciamento de veículos automotores e a obrigatoriedade de algumas indústrias venderem seus produtos, exclusivamente, a um determinado órgão (MELLO, 1988, p. 189-190).

Entende Marcos Bernardes Mello que essas situações geradas pela massificação nas relações negociais, de um modo ou de outro, são fatores determinantes da intervenção estatal cada vez mais intensa na vida econômica e na vida das pessoas. Se, no entanto, apreciamos as espécies considerando o verdadeiro conceito de negócio jurídico, escoimado dos excessos voluntaristas, tal como propomos, veremos que o elemento fundamental caracterizador do negócio jurídico consiste, precisamente, na circunstância de que a liberdade das pessoas (autonomia da vontade) na escolha da categoria jurídica respectiva, varia em amplitude, conforme as normas do sistema jurídico, desde o ponto no qual inexistente escolha – quando há *numerus clausus* e apenas um tipo a escolher – até o infinito, quando se permite, até, a criação de espécies novas (*numerus opertus*). A vontade negocial, assim, somente tem poderes de escolha dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, livre e muito menos absoluta. A partir de uma tal concepção, não vemos a dificuldade para explicar, como negócio jurídico, o contrato de adesão, o contrato tipo, o contrato administrativo e até os contratos ditos necessários (MELLO, 1988, p. 190-191).

4 BOA-FÉ NOS CONTRATOS

Segundo Francesco Carnelutti, a boa-fé, juridicamente concebida, é a vontade conforme o direito, em termos mais sintético, a vontade do direito e não apenas, portanto, *opinio iuris*. Por isso se entende que não constitui boa-fé a convicção de direito devida a uma vontade deficiente, em razão da qual procede a conhecida equiparação de má-fé com culpa grave. Indicada pelo direito, a boa-fé é também por ele premiada, no sentido de que dentro de certos limites pode suprir as deficiências de forma do ato. Aquele que desejar conformar-se com os seus preceitos pode ser tratado, dentro de certos limites, como se de fato com eles se houvesse conformado, mesmo que fisicamente assim não tenha acontecido. A boa vontade sobre esse aspecto faz milagres no campo do direito, segundo Carnelutti; e assim se compreende seja esta uma das zonas em que o direito mais se aproxima da moral; se a *poena merae cogitationis* está excluída do direito, o mesmo não acontece com o *praemium*. (CARNELUTTI, 1942, p. 409).

Afirma Vicente Rao (1961), que vem de longe o debate relativo ao conceito de boa-fé nos atos jurídicos. É a boa-fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro? Deve ser concebida positivamente, como ausência de má-fé? A solução que normalmente se apresenta a define como sendo um estado ético: a boa-fé é um momento proporcionado pela ética social e não alterado pelo direito, que o adota. Segundo Vicente Rao (1961) é a boa-fé normal, humana, medida pela prática cotidiana da vida e remetida, caso a caso, à apreciação do juiz,

partícipe e intérprete desse sentimento. Cabe, porém, perguntar: existe, realmente, um contraste entre o conceito ético e o conceito psicológico de boa-fé? Os próprios autores que, como Bonfante, adotam a solução acenada, nenhum contraste enxergam entre um conceito e outro. Alberto Montel (*in novíssimo Digesto Italiano*, 1957, 'vb' *buona fede*) assim também opina e, aludindo à conhecida divergência entre, de um lado Bruns e de outro lado Wachter e Pernice, entende que apesar da diversidade de suas expressões, esses autores concebem a boa-fé do mesmo modo e apenas suscitam uma questão de graus. Sem dúvida, diz o mesmo autor, pode o legislador escolher um conceito mais ou menos rigoroso de boa-fé e, em consequência, reclamar, de quem a invoque, ora uma crença positiva e fundada em erro escusável, ora um simples estado de ignorância, sem se preocupar se este estado é ou não devido a um erro mais ou menos grosseiro e culposos; mas, acrescenta, não se trata num caso de um ponto de vista ético e noutra caso de um ponto de vista psicológico, trata-se, sim, de dois casos da mesma natureza, dos quais um é mais e outro é menos (RAO, 1961, p. 225).

Sabe-se que a boa-fé, desde seu reconhecimento, tem sido objeto de análise doutrinária, especialmente no que concerne à averiguação de seu conteúdo e de seus meios de concretização. Postulado ético, ela sofreu, sofre e sofrerá inúmeras alterações na esteira dos anos, vez que a ética se altera juntamente com a mutação das épocas e espaços sociais, razão pela qual, ainda que amplamente estudado e difundido o conceito de boa-fé, seu conteúdo, suas funções e irradiações e a sua aplicação na práxis social, tem lugar a sua apreciação no ambiente negocial hoje esculpido (LEDO, 2017).

A primeira função da boa-fé objetiva, seguindo a linha topológica traçada pelo legislador civilista brasileiro, é a função interpretativa, disposta no art. 113 do Código Civil pela qual a interpretação das relações negociais levadas à apreciação pelo magistrado deverá se ater aos ditames da boa-fé. No direito comparado, igualmente se assenta a função de interpretação conforme a boa-fé (LEDO, 2017).

É importante ressaltar que a função de interpretação em relação à boa-fé e à confiança dos interessados na relação jurídica negocial diz respeito em especial às intenções declaradas nas cláusulas contratuais e não nas intenções internas dos autos (ESPÍNOLA, 1929, p. 186).

A segunda função importante da boa-fé objetiva é a função limitadora do exercício dos direitos subjetivos, conforme preconiza o art. 187 do Código Civil brasileiro. Trata-se de uma verdadeira limitação da vontade das partes na relação jurídica negocial, com fundamento no dever de agir dentro das delimitações impostas pela boa-fé. O abuso de direito é entendido como a prática do direito subjetivo que manifestamente excede os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes (LEDO, 2017).

5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 29).

Derivada indiscutivelmente do princípio da boa-fé, a figura reconhece deveres de comportamento ou de conduta, deveres de confiança ou deveres de proteção a terceiros que possuam uma relação de proximidade com o vínculo contratual, sendo que “a sua função traduz em auxiliar a realização do fim contratual, justamente a matriz da sua determinação, e em impedir resultados secundários indesejáveis” (PINTO, 2003, p. 264).

Conforme afirma Judith Costa-Martins, na realidade, se a liberdade de contratar referida no art. 421 do Código Civil é uma liberdade situada, forçoso é buscar situá-la, averiguando qual é o seu entorno, o meio ambiente no qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota. O ambiente da liberdade de contratar é, na realidade, a própria comunidade. A comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados. Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes (COSTA-MARTINS, 2005, p. 45).

Em razão disso, para se chegar a um significado sobre a racionalidade do princípio da função social do contrato, é necessário examiná-lo no quadro dos valores nos quais está o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio ambiente ou “quadro normativo” (COSTA-MARTINS, 2005, p. 45). Numa perspectiva constitucional:

[...] a liberdade de contratar vem, por vezes, confundida ou correlacionada exclusivamente com o princípio constitucional da livre iniciativa. Esse é, concomitantemente, princípio fundamental da República (CF, art. 1.º, IV) e princípio geral da atividade econômica (art. 170), em relação a qual o papel do Estado é de agente normativo e fiscalizador (art. 174). Por isso é a todos assegurado “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Estabelecido esse cunho instrumental da liberdade de contratar, perceberemos que o seu perfil será traçado num quadro amplo e flexível, mas cuidadosamente delineado por certos pontos que dão fisionomia e identidade à ordem econômica numa ordem jurídico-social que valoriza, antes de mais nada a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade (COSTA-MARTINS, 2005, p. 46).

Interessante é a seguinte lição de Pietro Perlingieri, quando ao tratar da ‘situação jurídica’, aduz que a teoria das obrigações, juntamente com a teoria da propriedade e dos direitos de fruição dos bens, não é neutra em relação aos valores que caracterizam, de vez em vez, o sistema jurídico, mas ressentido do enfoque e das escolhas de fundo do ordenamento. Este último só reconhece a fruição de um bem (crédito, coisa etc) se essa fruição de um bem realizar escopos sociais e for

útil, ainda que indiretamente, à coletividade. Trata-se do enfoque funcional da situação jurídica (PERLINGIERI, 2008, p. 671).

Em suma, a norma jurídica não se limita a obrigar, como também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades, ou seja, a interferência do Estado na autonomia contratual não é apenas restritiva, pois deve ser estabelecida como necessária para a promoção da dignidade e da solidariedade (HAZAN, 2013, p. 51).

6 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

A livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, pois todos possuem o direito de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. No mercado, todavia, se verifica que em muitos segmentos ocorre a concentração do poder econômico, ocasionando na cooptação do mercado nas mãos de poucos, ofendendo assim a livre iniciativa e ocasionando dessa maneira a necessidade de tutela e intervenção do Estado.

A intervenção do Estado no domínio econômico, antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, busca, em verdade, preservá-la (PETTER, 2005, p. 162). A Constituição brasileira de 1988 possui um conjunto normativo positivado que interfere na atividade econômica e a isso se dá o nome de constituição econômica, pois exclusivamente ou não, regula fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade. Trata-se de uma regulação jurídica da Economia em sentido amplo (PETTER, 2005, p. 149).

O art. 170 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) garante a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Como nenhum princípio é absoluto, utilizando-se dos métodos de adequação, necessidade e proporcionalidade dos princípios Constitucionais, o abuso do poder econômico nos contratos entre particulares deve ser combatido não somente em face dos direitos do indivíduo atingido de maneira direta, mas num contexto social. O § 4º do Art. 173 da Constituição de 1988 dispõe que: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Percebe-se que a Constituição é taxativa ao impedir que o abuso econômico seja tolerado. Desta leitura se pressupõe que a Constituição elege como ideal o mercado que vise a promoção da competitividade que leve ao aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços, a redução de preços ao consumidor, a livre concorrência, dentre outros.

O art. 174 da Constituição (BRASIL, 1988) preceitua que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado, portanto, promove a normação e a regulação da atividade econômica, que reclamam fiscalização. Esta atividade é desenvolvida em torno de um objeto, pois fiscalizar significa

verificar se algo ocorre, sob motivação de efetivamente se fazer com que ocorra ou não. Portanto, fiscalizar, no contexto do art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, isso é evidente, devem necessariamente permitir a concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Portanto, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configuram intervenção sobre a autonomia contratual (GRAU, 2017, p. 299).

A fiscalização como incentivo e planejamento, conforme o art. 174 da Constituição, será exercida na forma da lei, ou seja, sob a forma de princípio da legalidade em termos relativos. Tal artigo ainda menciona as funções de incentivo e planejamento, sendo o incentivo uma intervenção por indução. O planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o privado, cuidando-se de função, poder-dever, onde o Estado deve exercer não apenas atividade fiscalização e incentivo, como também de planejamento. O §1º do art. 174 dispõe que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, que incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Tal planejamento é o do desenvolvimento nacional, não o planejamento da economia ou planejamento da atividade econômica (GRAU, 2017, p. 300).

Pela análise das disposições estabelecidas no título da ordem econômica, percebe-se a opção do constituinte pelo modelo capitalista de produção, sendo que os agentes econômicos exercem uma disputa livre numa economia de mercado. Porém, ultrapassada a concepção estritamente liberal de Estado, atualmente, o capitalismo possui variados graus de intervencionismo estatal. Os limites para tais intervenções são parte essencial do estudo direcionado ao regramento jurídico da economia. O legislador foi cuidadoso ao estabelecer no mesmo artigo constitucional (art. 170), princípios que são espontâneos da realidade, por exemplo, livre iniciativa e propriedade privada, com outros menos espontâneos tais quais a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais, etc, que somente são passíveis de concretização por meio de uma necessária interferência estatal. O sistema jurídico é estruturado por meio dos princípios que são alicerce básico para a determinação de sentido e alcance das expressões jurídicas, pois são responsáveis pela conjunção de diferentes partes do ordenamento jurídico, se estabelecendo como vetores reguladores da exegese das normas estritas, se difundindo por todo o sistema normativo (PETTER, 2005, p. 188).

Sendo explícitos ou implícitos, os princípios possuem eficácia suficiente para sua aplicação direta, reconhecendo-se uma eficácia plena, pois são normas que permeiam todo o ordenamento jurídico. Na leitura do art. 170 da Constituição Federal, os princípios podem parecer contraditórios, portanto, devem ser lidos de uma maneira sistemática e não individualizada para que possuam sentido. É da natureza dos princípios que exista um aparente conflito entre si, mas se trata tão somente de uma polaridade estrutural, tendo em vista que a existência simultânea desses opostos é inerente ao mundo da vida e estão essencialmente ligados entre si. A coexistência de valores e princípios em uma Constituição de vertente pluralista como a brasileira acarreta a necessidade de não existir princípio absoluto, pois devem coexistir em harmonia. A escolha de um

deles é própria de um Estado Democrático de Direito, a unidade, num caso concreto, é obtida a partir da ponderação devida, implicando na incidência do princípio da hierarquia axiológica, guia e orientador da busca da devida resposta jurídica tópico – sistemática (PETTER, 2005, p. 189).

A própria força dos princípios só é conhecida por meio da sua capacidade de ler outros princípios, liberando pelo contraste, a energia axiológica de seus opostos. Portanto, nenhum princípio ou norma é um princípio ou uma norma sem a recíproca influência dos demais princípios e normas. É pelo vigor da mistura que se descobre a real identidade, a real interpretação ocasiona em vivificar a superior identidade que se encontra latente no todo sistemático, ultrapassando o inferior patamar das diferenças. As ligações mais profundas nos liames principiológicos são mesmo ligações éticas e por representarem valores teleológicos é na manifestação desta ética que uma Constituição pode ser adjetivada como democrática. Não é pelo motivo de conter um ou outro princípio, mas porque são expostos num conjunto, estabelecidos ao sujeito, constituindo uma ética de responsabilidade solidária da humanidade, que ocasionará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será passível de conduzir à materialização de ideias sociais e democráticas (PETTER, 2005, p. 189).

Assim, da mesma forma que inexitem princípios absolutos, também inexitem poderes absolutos num ambiente no qual prevalece a biopolítica, pois, como já vimos, todos acabam atuando, concomitantemente, como sujeitos ativos e passivos do poder, ora como destinatários, ora como detentores do poder. Além disso, tal qual os princípios que, apesar de poderem trazer conceitos opostos, precisam ser aplicados de forma consonante, também os poderes precisam ser harmonizados a fim de garantir o equilíbrio entre eles.

Nesse cenário, existindo desequilíbrio nos negócios jurídicos privados, seja em razão da concentração de força nas mãos de uma das partes em detrimento da outra, seja em razão do prestígio indevido de um princípio com violação do outro, cabe ao Estado promover a sua intervenção, utilizando-se não apenas da lei, mas de todos os mecanismos de controle admitidos pela biopolítica.

CONCLUSÃO

A Constituição brasileira de 1988 possui um conjunto normativo positivado que interfere na atividade econômica e a isso se dá o nome de constituição econômica pois, exclusivamente ou não, regula fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade.

Em seu art. 170, a Constituição não protege somente a propriedade privada, mas também impõe a necessidade de cumprimento da sua função social. Estabelece também que a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, pois todos possuem o direito de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Nas relações negociais entre particulares, verifica-se que muitas vezes ocorrem abusos por parte dos próprios particulares, ocasionando dessa maneira a necessidade de tutela e intervenção do Estado.

A intervenção do Estado no domínio econômico, antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, busca em verdade, preservá-la, ao entender que os negócios jurídicos devem possuir uma função social. Ressalte-se que o grau de intervenção estatal não é estático, mas sim variável mediante uma análise de riscos implicados na autorregulação dos processos de análise. As ciências sociais e humanas se entrelaçam com o liberalismo nesse intuito de analisar tais riscos.

A Constituição de 1988, em seu art. 170, estabelece a observação de alguns princípios sociais, tais quais a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, etc, que somente são passíveis de implementação por meio de uma necessária interferência estatal. Percebe-se, portanto a utilização da biopolítica inserida no âmbito da nossa Constituição.

A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado. Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos.

Como o exercício do poder transita por todos os indivíduos e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder.

Portanto é possível que o biopoder seja aplicado não somente por instituições, mas também pelos próprios indivíduos particulares, cabendo também ao Estado intervir na autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam em risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais, pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada.

Os princípios da propriedade privada e da livre concorrência devem ser ponderados com os princípios da função social da propriedade, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, todos relacionados no art. 170 da CF, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, princípios e poderes não são absolutos e precisam ser concretizados de forma harmônica, com equilíbrio, em especial sob a ótica da biopolítica, que admite que todos podem ser fonte e objeto de poderes, de forma multicêntrica, cabendo ao Estado atuar justamente para garantir essa harmonia e equilíbrio.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Editora Almedina, 1992. v. 2.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, v. 49, 1990, jan./jun. 2013. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20(13).pdf). Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=CON&numero=&ano=1988&ato=b79QTWE1EeFpWTb1a>. Acesso em: 13 dez. 2022.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Teoria da ineficácia do negócio jurídico. *In*: CATALAN, Marcos Jorge. **Negócio jurídico: aspectos controvertidos à luz do novo código civil**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942.
- COSTA-MARTINS, Judith. Reflexões sobre os princípios da função social do contrato. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2005.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Dos fatos jurídicos: das nulidades. *In*: LACEDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1929.
- FOUCAULT, Michael. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HAZAN, Bruno Ferraz; POLI, Luciana Costa. A função social dos contratos como instrumento para o desenvolvimento econômico sustentável. **Revista Argumentum**, Marília, n. 14, p. 43-60, 2013. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/976/596>. Acesso em: 17 nov. 2022.
- LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000214445>. Acesso em: 17 nov. 2022
- MEDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Almedina, 2003.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. *In*: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

SARLET, Ingo. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In*: PINTO MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra, Almedina, 2007.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. **Revista Argumentum**. Marília, v. 17, p. 413-433, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 16 nov. 2022.

SILVA, Rafael Bueno da; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; DIAS, Jefferson Aparecido. A transferência do biopoder do estado às empresas por meio da reforma trabalhista e seus reflexos no meio ambiente do trabalho. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 21, n. 46, p. 141-165, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/56436/35251>. Acesso em: 17 nov. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A função social do contrato**. São Paulo: Editora Forense, 2014.

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; SOUZA, Artur César de; SOUZA, João Henrique Tatibana de. Intervenção do estado nos negócios jurídicos privados sob a ótica do biopoder. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 78-93, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p78. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 16/04/2022.

Aprovado em: 23/11/2022.