

Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica

“Advogados preocupam-se com casos individualizados, enquanto que economistas preocupam-se com estatísticas. Estatisticamente, a proteção paternalista da Sra. Williams, pela imposição de restrições legais ao mercado de crédito, inflige elevados custos aos consumidores pobres, vistos enquanto classe.” (COOTER & ULEN)

“Juristas enxergam as ações judiciais, não as atividades. (...) Ele não está treinado para entender o que seja uma estrutura: então, ele está mais capacitado para perceber a árvore do que a floresta.” (JOSÉ REINALDO LOPES)

Luciano Benetti Timm¹

Resumo: O objetivo deste artigo é descrever o estado atual da doutrina e da jurisprudência nacionais sobre a interpretação do artigo 421 do novo Código Civil brasileiro, que dispõe sobre a função social dos contratos – a qual é geralmente associada pela doutrina jurídica ao modelo paternalista de Direito Contratual e à idéia de justiça distributiva, inerente ao Estado Social. O presente ensaio propõe uma sugestão de leitura crítica a um certo consenso que vem se formando entre os juristas e os juízes brasileiros sobre o tema da função social, a partir da ótica da escola da análise econômica do Direito e sua ênfase na eficiência e nas conseqüências do modelo paternalista. A discussão no Brasil é contextualizada pelo debate sobre paternalismo *versus* eficiência no Direito Contratual nos Estados Unidos.

PALAVRAS-CHAVE: FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – PATERNALISMO – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – JUSTIÇA DISTRIBUTIVA – EFICIÊNCIA ECONÔMICA

ABSTRACT: The purpose of this paper is to describe the current status in Brazilian legal scholarship with regard to the interpretation of Section 421 of the new Civil Code that provides for respect of the social function of contracts. This is normally identified with the paternalist model of contract law and its idea of distributive justice, typical from the Welfare State legislation and policy. Second, the paper suggests a critical reading of this quasi consensus that is coming up among Brazilian jurists through an economic analysis of law and its emphasis on efficiency and the consequences of paternalism. The discussion in Brazil is contextualized with the debate of paternalism *versus* efficiency in contract law in the United States.

KEY WORDS: SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS – PATERNALISM – ECONOMIC ANALYSIS OF LAW – DISTRIBUTIVE JUSTICE – ECONOMIC EFFICIENCY

¹ Pós Doutor U.C., Berkeley, USA. Doutor em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito (LLM) na Universidade de Warwick, Inglaterra Professor Adjunto na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Primeiramente, gostaria de agradecer a ULBRA, pelo apoio financeiro do pós-doutoramento em Berkeley. Gostaria de agradecer, também, ao Prof. Dr. Robert Cooter pela orientação na U.C., Berkely, no *Center of Law, Business and the Economy*. Por fim, gostaria de agradecer aos Professores Melvin Eisenberg, Gillian Lester e Rachel Moran, de Berkeley, pelos comentários à primeira versão. E-mail: lucianotimm@berkeley.edu and ltimm@cmted.com.br Essa é uma versão de original escrito em inglês feita pelo acadêmico Renato Caovilla, do Grupo de Pesquisas em Direito e Economia da PUCRS.

Sumário:

Introdução; 1. Premissas Metodológicas: A Trilogia Direito, “Ciência” Jurídica E Fatos; 2. O Paradigma Paternalista ou Distributivo: o quase-consenso acerca da Função Social do Direito Contratual; 3. O Paradigma Rival: a Função Social do Contrato a partir de uma perspectiva de Direito e Economia; 4. Conclusão

INTRODUÇÃO

O novo Código Civil brasileiro (NCC), que foi publicado em 2002 e entrou em vigor em 2003, introduziu significativas inovações no Direito Privado no Brasil². Inovações não do ponto de vista quantitativo (número de artigos), mas, sim, modificações qualitativas (no conteúdo das normas)³. Sem dúvida, a cláusula mais controvertida é a que consta no artigo 421, que assim dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato”.

Dadas as premissas metodológicas assentadas na primeira parte desse artigo, objetiva-se demonstrar os dois paradigmas conflitantes no que toca à função social do direito contratual no Brasil, os quais emergem da disputa em torno da interpretação do disposto no supracitado artigo 421. Este embate não é apenas dogmático, tampouco versa apenas sobre a “revelação” do Direito pelos juristas. Na verdade, o conflito paradigmático verdadeiro somente será bem compreendido ao se comparar as diferentes visões de sociedade e a função nela dos contratos (a função social dos contratos) inerentes a cada um dos paradigmas. O primeiro paradigma, que chamarei de modelo solidarista (ou paternalista⁴, como preferem os americanos) do direito contratual, está embasado em

² É importante mencionar aqui que o Brasil é a única ex-colônia de Portugal, diferente do resto da América Latina, o que faz a sua história jurídica muito peculiar e um tanto quanto distinta. Provavelmente, uma das mais agudas diferenças é a influência do Direito Civil alemão.

³ Em comparação com o Código Civil brasileiro anterior, de 1916 – que foi baseado no Código Civil alemão e teve a contribuição de romanistas brasileiros, como Teixeira de Freitas – há, pelo menos, cinco novos artigos: 1) o artigo 157, que trata da lesão, prevê a possibilidade de anulação do contrato em caso de manifesta desproporcionalidade entre as prestações assumidas por cada uma das partes, em consequência de premente necessidade ou inexperiência de um dos contratantes (o que poderia ser traduzido nos Estados Unidos pela expressão *substantial unconsciousness*, ou, em francês, por *lesion*, ou, ainda, do Latin *lesio*); 2) artigo 187, que proíbe o abuso de direito, ou o *abus du droit*, configurado quando uma parte, titular de um direito, o exerce de forma a prejudicar a outra (nos EUA, o exemplo é a *doctrine of material breach* ou *substantial performance*, que protege uma das partes contra o abuso do direito de terminar um contrato, exercido pela outra parte, em caso de um descumprimento secundário da parte protegida); 3) a boa-fé ou *bona fides* (conhecida dos americanos porque prevista no *Uniform Commercial Code* - UCC); 4) a proteção da parte hipossuficiente nos contratos de adesão; 5) a função social dos contratos.

⁴ Como evidenciado por KRONNAM, citado *infra*, existem, pelo menos, três tipos de paternalismo. O tipo considerado aqui refere-se à proteção da parte mais fraca, contra sua própria vontade, via normas

uma visão coletivista sociológica da sociedade e, por conseguinte, dos contratos. O segundo, eu chamarei de modelo de direito e economia do direito contratual – que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade.

O paradigma paternalista será analisado na segunda parte do presente ensaio – que normalmente identifica a função social do contrato com o propósito de equilibrar os poderes econômico e fático entre as partes, sob a ótica da justiça distributiva inerente ao Estado Social. Esse paradigma contém um equívoco teórico, como se verá, já que parte de uma concepção desvirtuada do que seja o contrato, como fato, na sociedade atual. E por não perceber corretamente o que o contrato é, o modelo falha ao constatar o que o direito contratual deve ser (a funcionalidade social do direito contratual).

Na terceira parte deste trabalho, será discutido o paradigma individualista, o qual vem sendo construído, recentemente, sobre o que são o contrato e a sociedade: o ponto de vista de direito e economia, que é baseado nas obras organizadas pelos Professores Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn⁵, por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁶, mas, também, nas pesquisas introdutórias realizadas nos últimos dois anos no Grupo de Estudos de Direito e Economia (*Law and Economics*) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)⁷. Os argumentos encontram fundamento em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸.

cogentes que visam readequar o desnível de poder entre os contratantes, como constatado em contratos de locação.

⁵ SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e Economia*. São Paulo, Campus, 2005.

⁶ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo, Campus, 2005.

⁷ MACHADO, Rafael Bicca & TIMM, Luciano Benetti. *Direito, Mercado e Função Social*. Revista da Ajuris. , v.103, p.197, 2006; TIMM, Luciano (org.). *Direito e Economia*. São Paulo, THOMSON/IOB, 2005; TIMM, Luciano Benetti. *Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. , v.33, p.15 - 31, 2006.

⁸ No Brasil, com a Constituição democrática de 1988, em função da sobrecarga de julgamentos no Supremo Tribunal Federal (STF) – que fora criado pela Constituição Federal de 1891, baseado na Suprema Corte dos Estados Unidos – criou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, sucessor direto do Tribunal Federal de Recursos (TFR), viria a ser a última instância das leis infraconstitucionais do país, deixando para o STF a prerrogativa exclusiva de controlar a constitucionalidade. É função do STJ harmonizar a interpretação da legislação federal entre os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, quando se pronunciam sobre a mesma. Ao contrário do que ocorre nos EUA, os tribunais federais não exercem jurisdição sobre qualquer questão, mas tão-somente as referentes aos interesses da União Federal (tais como tributos federais, responsabilidade civil da União, etc). Os Tribunais de Justiça, com sede na capital dos Estados, têm competência residual e, geralmente, aplicam as leis federais, como os Códigos, nos casos que julgam.

Será demonstrado, ao final do ensaio, que o quase-consenso encaminhado pela doutrina nacional é falho ao sustentar a função social do contrato com base na idéia de justiça distributiva e ao buscar, pela via contratual, fazer “justiça social”.⁹ Será argumentado que este modelo resulta frustrado quando se opõe às elementares hipóteses normativas do Teorema de Coase, ao defender a interferência estatal no acordo estabelecido entre as partes, o que gera crescentes custos de transação e obstaculiza, conseqüentemente, uma melhor alocação de recursos pela sociedade.

De acordo com o modelo de Direito e Economia do direito contratual, a proteção dos interesses sociais nem sempre é entendida como interferência em favor da parte mais fraca nos casos em que haja desnível de poder de barganha entre os contratantes. Pelo contrário, exemplos recentes demonstram que a interferência estatal no espaço privado do contrato tem o condão de favorecer os interesses da parte mais fraca no litígio e prejudicar os interesses coletivos, ao desarranjar o espaço público do mercado, que é estruturado sobre as expectativas dos agentes econômicos. Outrossim, o benefício da redistribuição via contrato é todo destinado à parte protegida no litígio sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais. Ademais, não se pode olvidar que há sempre a possibilidade da ocorrência de repasse dos crescentes custos e da retirada de operações do mercado trazida por esta política pública para os consumidores como um todo.

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

⁹ A fim de evitar generalizações, o presente estudo aborda somente o direito contratual no Novo Código Civil, excluindo-se o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que são regulados por distintos corpos de leis. O Código Civil aplica-se residualmente a estas legislações específicas.

O debate irá se valer da literatura do direito contratual dos Estados Unidos por, basicamente, três motivos: a) este debate compõe a pauta da literatura contratual norte-americana há pelos menos 30 anos, sendo dirigido de forma mais pragmática, analítica e intelectualmente mais rica do que na Europa, podendo surgir daí lições para o Brasil (país em que este debate é recente); b) a análise econômica do Direito nasceu nas faculdades norte-americanas; c) os contratos são ferramentas jurídicas destinadas a facilitar as transações no mercado¹⁰, podendo-se assumir que quanto mais desenvolvido for o mercado em uma sociedade, mais complexo e melhor será o direito contratual – dessa forma, os Estados Unidos não são, tão-somente, um paradigma, mas, um bom paradigma¹¹. Não se desconhecem as diferenças existentes entre o direito contratual norte-americano e o brasileiro, o que requer cautela no transplante do debate acadêmico. Entretanto, as discrepâncias entre os sistemas jurídicos (pelo menos, no que tange ao direito dos contratos) não deveria ser sobrevalorizada, especialmente quando se está tratando de questões genéricas, como é o caso da função social do direito contratual.

Antes de encaminhar os argumentos mais relevantes, irei referir, na primeira parte, algumas premissas metodológicas. Estas não são essenciais, mas contribuem para aclarar a minha argumentação, pelo menos da perspectiva da Teoria Geral do Direito (ou *jurisprudence*, para os versados em *common law*).¹²

1. PREMISSAS METODOLÓGICAS: A TRILOGIA DIREITO, “CIÊNCIA” JURÍDICA E FATOS

A ciência evolui a partir do conflito de teorias e paradigmas. Um paradigma é substituído quando uma nova maneira dominante de pensar os problemas, não

¹⁰ De acordo com Roppo, os contratos são a vestimenta jurídica de uma transação econômica nua. ROPPO. *Il contratto*. Trad. Português. Coimbra, Almedina, 1988, p. 10-11.

¹¹ Por essa mesma razão, o direito dos contratos no Direito Romano era mais complexo e desenvolvido do que o Código de Hamurabi, vez que foi elaborado para lidar com mais transações comerciais do que no Oriente Médio antigo e, ainda, era muito mais desenvolvido que os costumes das tribos germânicas, tais como, francos, saxões, lombardos, visigodos, etc. Da mesma forma, percebe-se o desenvolvimento do direito contratual romano seguindo as necessidades do mercado no Império, passando dos contratos excessivamente formais aos contratos orais, como acordos de prestação de serviços, locação, compra e venda. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999; Wolfgang Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, second edition (Oxford: Clarendon 1973); SCHULTZ, Fritz. *History of Roman Legal Science* Oxford: Clarendon 1946; SCHULTZ, Fritz *Classical Roman Law* Oxford: Clarendon 1951.

¹² Para a intersecção entre Direito e Economia, ver POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990; and *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

resolvidos pelo paradigma vigente, e um novo método para solucioná-los superam outros.¹³ Este processo também ocorre na “Ciência” do Direito (ou doutrina jurídica). Quando passa a existir uma confluência de idéias sobre os conceitos e os problemas a serem abordados pelo Direito, bem como a melhor forma de lidar com os mesmos, pode-se dizer que houve a consolidação de um paradigma jurídico. Frequentemente, diferentes paradigmas jurídicos colidirão e, então, um deles tornar-se-á o dominante; pequenas mudanças e ajustes aperfeiçoarão o paradigma. Quando as respostas para os problemas surgidos não são encontradas dentro do paradigma vigente, paradigmas alternativos surgirão e desafiarão os paradigmas predominantes. Há quem denomine esse processo de conflito de “ideologias”¹⁴, outros o descrevem como um “choque de discursos”¹⁵, ou, ainda, disputas de poder entre os *players* de um “campo”¹⁶. Isso não interessa aqui, vez que não é o propósito desse artigo.

O presente ensaio versa sobre os paradigmas da doutrina jurídica, ou seja, disputas internas da “Ciência” Jurídica ou conflitos acerca de como os juristas caracterizam e interpretam o Direito. Para aclarar a minha posição, assume-se que haja diferença entre o Direito (como sinônimo de Sistema Jurídico, i.e., conjunto de princípios e regras originados da legislação e da jurisprudência) e a “Ciência” do Direito (a maneira pela qual os princípios e as regras são interpretados e caracterizados pela doutrina jurídica).¹⁷

¹³ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva, 1982.

¹⁴ DUMONT, Louis. “Essais sur l’individualisme – une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne”. Paris, Éditions du Seuil, 1983, p. 263. “Ideologias”, segundo Dumont, são um corpo de idéias e valores compartilhados em uma sociedade, conforme a sua representação no pensamento expresso de alguns autores e que poderia ser exposto por tipos ideais”.

¹⁵ LACLAU, Ernesto. *New reflections on the revolution of our time*. Londres: Verso, 1990.

¹⁶ Particularmente neste ponto, interessante é a obra de Dezalay & Garth, no tocante à globalização e a dominação de escritórios de advocacia norte-americanos no direito comercial internacional e, no Brasil, o trabalho de Engelman. Ver DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility. In *Law and Social Inquiry*, vol. 29. 2004, p. 615; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes. In *Law and Social Inquiry*, vol. 29. 1995, p. 27; DEZALAY, Yves et al. Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. In *Case Western Reserve Law Review*, vol. 44, 1994, p. 407. **ENGELMANN, Fabiano. Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.**

¹⁷ Isso é muito bem observado por Luhmann, em sua Teoria dos Sistemas. O Direito é um subsistema da sociedade e a Ciência é outro, não se podendo confundir estes dois subsistemas sociais. O Direito é o subsistema que tem por código o lícito/ilícito ou o permitido/proibido, ao passo que a Ciência é a esfera do verdadeiro ou falso. A doutrina jurídica não compõe o corpo legal. Vale dizer, os juristas não legislam. O Parlamento, os juízes e, às vezes, a própria sociedade, pelos usos e costumes, produzem leis. Niklas Luhmann, *The Unity of the Legal System*. In “Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society”. Org. Gunther Teubner. Florença, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 242 e ss. Evito aqui a infundável discussão sobre se, em última análise, as doutrinas são, de fato, ciência ou não, em razão da falta de objeto ou de leis para respaldá-las. Vamos assumir que o Direito é uma ciência normativa, tal como proposto por Kelsen, em KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Berkeley: UC Berkeley press, 1967. Caso algum leitor tenha qualquer problema em digerir isto, o uso de vírgulas entre a palavra ciência poderá facilitar.

O que se discute neste trabalho é a doutrina brasileira e não mudanças no Direito propriamente dito (*i.e.*, “mudanças legais”). O Direito é passível de mudança por uma séria de motivos, mas isto não compõe a pauta deste ensaio. Apenas se assumirá que os princípios e as regras modificam-se de tempos em tempos e a doutrina jurídica deve explicar tais mudanças ocorridas no Sistema Jurídico.

Naturalmente, a aludida separação entre Direito e “Ciência” é, tão-somente, metodológica, de forma a perceber melhor e mais precisamente o objeto de estudo. No mundo real do “campo jurídico”, pode-se observar interconexões entre a Ciência do Direito e o Direito (Sistema Jurídico), uma vez que as teorias jurídicas dominantes têm o condão de influenciar as decisões judiciais. Quando se tem os problemas distributivos e sociais resolvidos de acordo com o Direito posto, e não pela via da autotutela, é de se esperar que as disputas políticas e econômicas sejam transmudadas em disputas jurídicas. Por essa razão, a doutrina jurídica pode ser encarregada de tarefa muito mais ambiciosa do que simplesmente reproduzir ou proscrever o Direito com neutralidade. Entretanto, não se debaterá aqui questões de neutralidade, interesses pessoais e disputas de poder no “campo jurídico”. Nesse sentido, admitir-se-á que a modificação nas regras jurídicas e nos princípios, via Poder Legislativo, enseja o conflito de paradigmas, vez que haverá disputas doutrinárias acerca da maneira pela qual as normas devem ser interpretadas e construídas pelos tribunais (pelo menos no sistema da *Civil Law*, como é o caso brasileiro).

Ainda, assumir-se-á que o Direito, entendido como conjunto de regras e princípios (lei no papel – *law on the books*), distingue-se da lei vista como um fenômeno social ou como um artefato social (*law in action*).¹⁸ Tendo em vista este último sentido, as *hard social sciences*¹⁹ estão melhor equipadas, metodologicamente, do que a “Ciência” do Direito para constatar o que é o Direito como um fato.²⁰ A “Ciência” do Direito e os juristas são mais treinados e precisos para a análise das normas jurídicas e tendem a valer-se das *hard social sciences* (a descrição e observância dos fatos).²¹ A separação

¹⁸ TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; SCHAEFER, B. O problema da desconfiança recíproca. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1. 2006, Berkeley Electronic Press, <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>. Access in November, the 15th. of 2007.

¹⁹ Trata-se de um neologismo por mim criado a fim de separar as ciências normativas, como é o Direito, das ciências descritivas, como a Economia, a Política e a Sociologia. Há quem não acredite que o Direito seja uma ciência; outros não acreditam que as ciências humanas não sejam descritivas. Inobstante, tal discussão não é relevante para o meu argumento.

²⁰ Isso é tão verdadeiro que em qualquer grande tradição jurídica é possível obter um título de pós-graduação em Direito sem ter de estudar metodologia científica em profundidade.

²¹ Ver, por exemplo, Kelsen, citado *supra*, e HART, H.L.A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

entre Direito e fatos traz vantagens metodológicas para a melhor compreensão dos paradigmas em conflito. No entanto, asseverar que o Direito difere dos simples fatos não significa dizer que aquele seja independente destes. O mesmo vale para a “Ciência” do Direito e as *hard social sciences*. Os diversos campos do conhecimento devem aprender uns com os outros (embora a Biologia seja diferente da Química, ambas devem interagir para que a Medicina possa superar as doenças) –, este é o ensejo para a interdisciplinaridade (assim como Direito e Sociedade, Direito e Economia, História do Direito, Direito e Antropologia, Filosofia Jurídica).

O mesmo se aplica ao direito dos contratos. Já propus em outra ocasião a distinção metodológica entre o contrato (como um fato, uma troca econômica) e o direito dos contratos (como um conjunto de regras e princípios), com base na conhecida obra de Roppo.²² Agora, adiciono uma terceira distinção (para formar a trilogia), qual seja, a “Ciência” do direito contratual (ou doutrina do direito contratual), que busca estabelecer modelos e paradigmas de fundamentos e, também, interpretar o direito contratual, dadas algumas premissas do que seja, de fato, um contrato – conforme proporcionado pelo estudo interdisciplinar. Justamente pelo contrato ser uma troca, pode ser juridicamente regulado de diferentes formas, variando de lugar para lugar, de país para país.

O direito contratual varia segundo os valores e a ideologia de cada período e de cada sociedade²³. Adquirir uma arma de fogo nos Estados Unidos é permitido, mas em Taiwan não. Além disso, em ambos os países a transação poderia ocorrer, a despeito das cláusulas referentes ao direito dos contratos (*law on the books*). Nesta esteira, a compra de *marijuana* nas favelas do Rio de Janeiro e a sua exportação para a cidade de Los Angeles são contratos, porque as transações existem, embora sejam ilícitos e impassíveis de cumprimento forçado.

Não é outra a função da “Ciência” do direito contratual (ou doutrina do direito contratual) senão sistematizar, explicar e confrontar os diferentes modelos e paradigmas considerados na lei no papel e compará-los com o Direito em ação (ainda que, neste

²² Por óbvio, o contrato pode ter um significado vulgar e um significado jurídico; este, quando a transação (fato) preenche os requisitos legais definidos pelo direito contratual. In ROPPO. *Il contratto*. Trad. Português. Coimbra, Almedina, 1988, p. 10-11. Pode-se, também, encontrar tal distinção na doutrina norte-americana de direito contratual, em KRONMAN, Anthony. *Contract law and distributive justice*, 1980, citado *infra*. Ele define o contrato como “o grupo de regras jurídicas que regulam o processo de trocas privadas.” (p. 472). Na literatura de Direito e Economia, o Professor Shavell também parece admitir esta diferença. in SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 322.

²³ Mesmo nos países ocidentais e nos países da Ásia ocidentalizada as idéias básicas continuam similares (formado por proposta e aceitação, rescisão por fraude, erro, etc., extinção em caso de descumprimento).

último caso, os juristas tenham de se valer de outras ciências sociais). Os juristas podem consentir ou discordar acerca do que seja o contrato em nossa sociedade (Direito em ação) e o que são ou devem ser as regras de direito contratual, seu real significado e sua sustentação política ou teórica (questões morais, como a autonomia privada; valores econômicos, como a eficiência; ou questões éticas, como distribuição de riqueza) – lei no papel. Isso é o que consolida e desenvolve paradigmas contratuais (ou modelos, alternativamente).

Em termos de *Civil Law*, as querelas doutrinárias acerca dos significados e valores de um dado texto de lei relativo ao direito dos contratos ocorrem há mais de 2000 anos (glosadores *versus* pós-glosadores e *versus* humanistas; *more gallicus versus more geometricus*, na modernidade; jurisprudência de conceitos *versus* jurisprudência de interesses, na Alemanha do Século XIX). Historicamente, o tipo de norma jurídica que os juristas da *Civil Law* estão acostumados a estudar são as estruturais, i.e., as normas estabelecidas dogmaticamente de acordo com os direitos e deveres das partes (tal como o *Code Civil Français* ou, na Alemanha, o *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). Em tal modelo, a função da “Ciência” do Direito era interpretar o texto gramaticalmente, sistematicamente e segundo a sua teleologia, de sorte a orientar as cortes em sua tarefa de dirimir contendas conforme o sistema do Direito. Os grandes “civilistas”, como Domat e Pothier, em França, e Savigny e Windscheid, na Alemanha, formaram-se estribados em tal tradição e desenvolveram o que se convencionou chamar de modelo clássico de direito contratual.²⁴ Nesta doutrina, não há muito espaço para discutir questões fáticas (o que é o contrato, i.e., *law in action*) e a doutrina do direito contratual partia da teoria geral do Direito.²⁵

A ascensão e consolidação das Ciências Sociais no Século XIX (como a Economia e a Sociologia) e a maturidade democrática alcançada pelos países do Ocidente, no Século XX, introduziram inovações legislativas e doutrinárias. Provavelmente uma das mais interessantes modificações foi o gradual deslocamento, a partir do Século XX, em

²⁴ O direito contratual clássico é aquele que tem o foco na liberdade de escolha (de acordo com a vontade das partes) e no princípio do *pacta sunt servanda*, desenvolvido no Século XIX pelos tribunais, no sistema da *Common Law*, e por juristas, no sistema da *Civil Law*. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução de Antônio M. B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. DAVID, R. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1995; LOPES, José Reinaldo de Lima. “O Direito na história”. São Paulo, Max Limonad, 2000; HESPANHA, Antônio Manuel. “Panorama histórico da cultura jurídica européia”. Portugal, Publicações Europa-América, 1997.

²⁵ SCALISE JR., Ronald. Why no ‘efficient breach’ in the civil law: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *In American Journal of Comparative Law*. Vol. 55, 2007, p. 756-65.

direção a regras “funcionais” e “promocionais”, principalmente depois das leis welfaristas (tais como, a lei de locações; as leis trabalhistas; a Constituição programática portuguesa de 1976; o Código Civil italiano, de 1942; as convenções internacionais de direitos humanos), o que ensejou o debate entre os juristas de formação romano-germânica concernente ao próprio sentido do Direito, vale dizer, à sua função na sociedade.²⁶ Devido a isso, mesmo para a dogmática jurídica, o estudo interdisciplinar tornou-se um ponto fulcral. Isso se aplica especialmente para os contratos (e a propriedade, que não é o objeto deste ensaio) no Brasil, conforme resultará demonstrado.

Não estando premida pela dogmática e pela tradição da teoria geral do Direito, nem pelos textos dos códigos ou pelo formalismo (devido à jurisprudência sociológica e o realismo jurídico²⁷), e com função e tradição diferentes, a doutrina jurídica norte-americana tem agasalhado discussões muito profícuas acerca dos contratos e do direito contratual, estribadas em substanciais estudos interdisciplinares.²⁸ Nos Estados Unidos, o denominado modelo clássico de direito contratual tem sido alvo de críticas nos últimos 30 anos, pelo menos. Este modelo, como dito, define o contrato como sendo a expressão da vontade das partes, assumindo que cada contratante tenha consciência de que seja melhor para si e, por isso, deve livremente barganhar. Sustenta, ainda, que os tribunais (leia-se o Estado) devem interferir na relação contratual tão-somente se o acordo entabulado não foi o resultado da vontade das partes (em razão de fraude, coerção, erro, etc.) ou na ocorrência de descumprimento. O direito contratual clássico tende a ser dogmático e mais focado no momento da formação do contrato, não em sua função.²⁹

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del Diritto*. Roma: Laterza, 2007. In Brazil, GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Na *Common Law*, pode-se encontrar a discussão de formalismo versus funcionalismo em GORDON, Robert. Critical Legal Histories. In *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36, p. 57. WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 01 a 08.

²⁷ f. HOLMES, Oliver. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991; POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. In *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, p. 605.

²⁸ Para uma comparação detalhada, neste ponto, entre *Civil Law* e *Common Law*, ver SCALISE JR., Ronald. Why no ‘efficient breach’ in the civil law: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. In *American Journal of Comparative Law*. Vol. 55, 2007, p. 721.

²⁹ O que Prof. Eisenberg chama de modelo estático de direito contratual. Cf. EISENBERG, Melvin. *The emergence of dynamic contract law*. In *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, p. 01 (2 THEORILAW 1).

O Professor Farnsworth³⁰ classificou a recente evolução da doutrina do direito dos contratos norte-americano (Ciência do Direito) em, pelo menos, cinco modelos (ou paradigmas, como denominei):

- 1) O paradigma de Direito e Economia: aplicação de conceitos nucleares de Economia ao direito contratual, inaugurado por Coase³¹ e desenvolvido por Posner³², Cooter³³, Polinsky³⁴, Shavell³⁵, e outros;
- 2) O paradigma histórico ou evolutivo de Horwitz³⁶, Atiyah³⁷ e, talvez, Gilmore³⁸: tentativa de identificar o direito contratual com a resposta às transformações políticas e econômicas na sociedade;
- 3) O paradigma paternalista: busca aplicar as noções de justiça distributiva e proteção estatal à seara dos contratos, de que é exemplo a obra de Ackerman³⁹ e Kronman⁴⁰ e dos fundadores do movimento denominado *Critical Legal Studies*, Kennedy⁴¹ e Unger⁴²;
- 4) O paradigma sociológico de Macneil⁴³ e Macauley⁴⁴: vale-se de ferramentas sociológicas empíricas e teóricas a fim de investigar quanto tempo realmente duram os contratos de negócios a termo (distante do acordo escrito e próximo às relações);

³⁰ FARNSWORTH, Alan. *Contracts*. 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 29.

³¹ COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago, University of Chicago Press, 1988.

³² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7th ed. New York: Aspen, 2007.

³³ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston, Addison Wesley, 2003.

³⁴ POLINSKY, Mitchell. *Analisis Economica del Derecho*. Madrid: Ariel Ponz, 1994.

³⁵ SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

³⁶ HORWITZ, Morton. *The historical foundations of modern contract law*. In Harvard Law Review, vol. 87, p. 917 (87 Harv. L. Rev. 917); HORWITZ, Morton. *The transformation of American Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. SIMPSON, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*. In University of Chicago Law Review, vol. 46, p. 533.

³⁷ ATIYAH, P. *The rise and fall of the freedom of the contract*. Oxford, Clarendon Press, 1979.

³⁸ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus, Ohio State University Press, 1995.

³⁹ ACKERMAN, Bruce. Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy. In *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, p. 1093.

⁴⁰ KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. In *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 472 (89 Yale L. J. 472); também, Paternalism and the law of contracts. In *Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, p. 1983.

⁴¹ KENNEDY, Duncan. "Form and substance in Private Law adjudication". In Harvard Law Review, vol. 89, p. 1685.

⁴² UNGER, Roberto. "The critical legal studies movement, In Harvard Law Review, vol. 96, p. 563 (1983).

⁴³ MACNEIL, Ian. *Reflections on Relational Contract theory after neo-classical seminar*. In *Implicit dimensions of contract*. Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 207-218; seguido por SPEIDEL, Richard. *The characteristics and challenges of relational contracts*. In *Northwestern Law Review*, 2000, p. 823; MACNEIL, Ian. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*. In *Northwestern University Law Review*, vol. 72, nº 06, 1978, p. 854

⁴⁴ MACAULAY, Stewart. *The use and non-use of contracts in the manufacturing industry*. In *The Practical Lawyer*, vol. 09, nº 07, p. 13; MACAULAY, Stewart. *Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein*. In *Northwestern University Law*

5) Os paradigmas morais de Fried⁴⁵ e de Eisenberg⁴⁶: referente à vontade das partes e torna o direito dos contratos a manifestação de sua real e verdadeira intenção;

Segundo o Professor Farnsworth, um dos elaboradores do esboço do *Restatement Second of Contracts*, dos aludidos métodos, o mais difundido e influente nos Estados Unidos, referente à abordagem do direito contratual, foi o paradigma de Direito e Economia.⁴⁷ O significado de tal assertiva é que os problemas teóricos do direito contratual levantados pelos aludidos professores e a sua maneira de solucioná-los tornou-se predominante nas Faculdades de Direito dos Estados Unidos. Isso foi admitido, também, por um dos opositores do paradigma de Direito e Economia, o Professor Unger⁴⁸, em um artigo de 1984.

No Brasil, pode-se deparar com o mesmo debate concernente à função social do direito contratual, realizado de forma muito dramática que na Europa, e mais próxima dos Estados Unidos, por duas razões. Primeiro, pelo advento da Constituição de 1988, com a criação de direitos positivos (direitos sociais e econômicos), e pela entrada em vigor do Novo Código Civil, ensejando intensos debates e disputas de paradigmas de direito contratual. Segundo, porque os cursos de pós-graduação no Brasil somente passaram a ser bem-estruturados a partir do início da década de 90 do século passado, tendo a possibilidade de admitir professores em tempo integral e com remuneração adequada para que pudessem pensar na academia como uma profissão, não como um *hobby* ou uma via de acesso a posições estratégicas na burocracia estatal.⁴⁹

De fato, o Novo Código Civil brasileiro (NCC), conforme mencionado na introdução, trouxe significativas alterações ao direito dos contratos, especialmente a disposta no artigo 421, que prevê a necessidade de observar a função social dos contratos no âmbito da autonomia privada. Em face de cláusula tão genérica, não causa surpresa a

Review, vol. 94, 2000, p. 775; MACAULAY, Stewart. *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. In "Implicit dimensions of contract". Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 51-102

⁴⁵ FRIED, Charles. *Contract as promise*. Cambridge, Harvard University Press, 1981.

⁴⁶ O que Prof. Eisenberg chama de modelo estático de direito contratual. Cf. EISENBERG, Melvin. *The emergence of dynamic contract law*. In *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, p. 01 (2 THEORILAW 1).

⁴⁷ FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 31. Aceitando, porém com menos suavidade, POSNER, Eric. *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: success or failure*. In *Yale Law Journal*, vol. 112, p. 829 (112 Yale L. J. 829).

⁴⁸ UNGER, Roberto. *The critical legal studies movement*. In *Harvard Law Review*, vol. 96, p. 563 (1983).

⁴⁹ ENGELMANN, Fabiano. *Études à l' étranger et médiation des modèles institutionnelles: le cas des juristes brésiliens*. Cahiers de la recherche sur l' éducation et les savoirs" n. 7, Paris (no prelo)

ocorrência de disputas de paradigmas afetas ao significado da chamada função social do contrato.

Para fins de elucidação, deve-se tratar diferentemente as diferentes funções em questão. A primeira é a função social do contrato (*tout court*) na sociedade, que é fática e compreendida pela observância do Direito em ação, valendo-se da interdisciplinaridade científica. A descrição deste fato é o objeto daquilo que denominei *hard social sciences* (Sociologia, Economia). A outra é a função social do direito contratual. Esta é objeto típico de análise da doutrina jurídica, na tentativa de orientar os tribunais, dadas algumas premissas fáticas transplantadas de outras ciências - e sua natureza é essencialmente normativa. Em assim sendo, constitui-se tarefa por demais artificial evitar o estudo interdisciplinar a respeito de uma cláusula tão genérica como demonstrar a função social ainda que a precisão metodológica exija a divisão entre cada um dos objetos e campos de estudo.

2. O PARADIGMA PATERNALISTA OU DISTRIBUTIVO: O QUASE- CONSENSO ACERCA DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO CONTRATUAL

Estamos nos aproximando de um certo consenso na doutrina jurídica nacional referente ao sentido da função social do contrato prevista no novo Código Civil brasileiro (NCC). Essa opinião quase⁵⁰ comum deduz-se do levantamento de artigos publicados nos principais periódicos nacionais, entre os anos de 2003 e 2006.⁵¹ Parte significativa dos

⁵⁰ Diz-se “quase”, porque foram encontrados quatro artigos com posicionamentos (mais ou menos) diferentes dos demais: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (...). *RT*, São Paulo, vol. 750, abr. 1998, pp. 113-120; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”. *In* Revista dos Tribunais, vol. 821, março/2004, p. 81; LEONARDO, Rodrigo Xavier. “A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça”. *In* Revista dos Tribunais, vol. 832, fev/ 2005, p. 100; AMARAL, Pedro Eichin. “Função social dos contratos de transferência de tecnologia”, *In* Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 66, set.out/2003, p. 37.

⁵¹ Citam-se apenas as principais autoridades, a fim de evitar uma lista muito extensa: WALD, Arnaldo. “O Novo Código Civil e o solidarismo contratual”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, vol. 21, p. 35; NERY, Rosa Maria Andrade. “Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado”. *Revista de Direito Privado*, vol. 17, p. 70; DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. “Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil”. *In* “O Novo Código Civil e a Constituição”. SARLET, Ingo (org.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 99; PENTEADO JR, Cássio M.C. “O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, vol. 21, p. 211; GOGLIANO, Daisy. “A função social do contrato (causa ou motivo)”. *In* Revista Jurídica, nº 334, agosto/2005, p. 09;

autores pesquisados entende a função social como a expressão, no âmbito contratual, dos ditames da “justiça social”, próprios do Welfare State constitucional. Trata-se do fenômeno referido como a “publicização”, “socialização”, ou mesmo a “constitucionalização” do Direito Privado, em razão do qual institutos tradicionalmente pertencentes ao Direito Civil – como o contrato, a propriedade – passam a ser orientados por critérios distributivistas inerentes ao Direito Público.⁵²

O princípio da função social do contrato é visto, nesse quase-consenso, como uma limitação ao princípio da liberdade contratual (autonomia privada) – de índole tipicamente libertária e burguesa e consagrado nos códigos civis do Século XIX, como o *Code Civil* francês e o *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB) -, o qual é considerado individualista e em descompasso com o Estado do Bem-Estar Social. Nesse sentido, a função social do direito contratual garantiria a predominância dos interesses coletivos (ou sociais) sobre os interesses individuais, no âmbito do contrato. Porque a sociedade apresenta enormes desigualdades, os acordos privados as refletiriam. Então, a distribuição de riqueza, através dos contratos, seria injusta se a barganha não fosse regulada de fora do âmbito das partes. Com o propósito de restabelecer a condição de igualdade na sociedade, o Estado deveria proteger a parte mais fraca na relação privada, fazendo-o por meio da regulação dos pactos.

MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”. *In* Revista DireitoGV, vol. 01, p. 41; PACHECO, José da Silva. “Da função social do contrato”, *In* Revista Advocacia Dinâmica, informativo mensal, nº 34, 2003, p. 496; SANTOS, Eduardo Sens. “A função social do contrato”. *In* Revista de Direito Privado, vol. 13, p. 99; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Uma reflexão sobre as ‘cláusulas gerais’ do Código Civil de 2002 – a função social do contrato”. *In* Revista dos Tribunais, vol. 831, janeiro/2005, p. 59; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. “A função social do contrato e o princípio da boa fé no Novo Código Civil Brasileiro”. *In* Revista dos Tribunais, vol. 801, julho/2002, p. 11. Under a little different viewpoint, but reaching practically the same results, SALOMÃO FILHO, Calixto. “Função social do contrato: primeiras anotações”. *In* Revista dos Tribunais, vol. 823, mai/2004, p. 67. Salomão Filho enxerga, na função social do contrato, a integração dos interesses difusos e coletivos (teoria dita “institucionalista”). Publicações mais antigas já prenunciavam esse modelo social de contrato. Ver MACEDO, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais”. São Paulo, Max Limonad, 1999; LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo : Saraiva, 1986; GRAU, Eros. “Um novo paradigma de contratos?”. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 96, p. 423 e ss. MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro”, *in* “Revista Direito do Consumidor”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 3, pp. 127 a 154; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica”. *In* Revista de Direito Civil, vol. 47, p. 07. No Direito Comparado, conferir GILMORE, Grant. “The death of contract”. Columbus, Ohio State University Press, 1995. ATIYAH, P. “The rise and fall of the freedom of the contract”. Oxford, Clarendon Press, 1979.

⁵² Esta é também a opinião expressa nos principais manuais e tratados, tais como as obras de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro : Forense, 2003; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Com efeito, em essência, o aludido modelo implicaria a proteção da parte mais fraca na relação contratual - que, às vezes, não manifestaria sua vontade livremente, mas sucumbiria ao maior poder de barganha da parte economicamente mais forte. Assim, o resultado de tal proteção viria a ser uma distribuição mais justa dos benefícios do contrato entre os contratantes. Portanto, trata-se de um modelo que supõe fictícia a liberdade contratual, vez que não há falar em liberdade de contratar se há, de fato, aguda disparidade de poder de barganha entre as partes, sendo mais correto, então, falar em submissão da parte mais fraca. Daí a necessidade de intervenção do Estado objetivando reequilibrar tal relação (seja pelo legislador, seja pelo juiz). Por óbvio, isso requer maior abrangência da supervisão judicial dos pactos, em nome de sua função social.

Nesse sentido, as palavras de Judith Martins Costa são paradigmáticas:

“O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, *in fine*). [...] o princípio da função social, [...] indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório”.⁵³

A difundida opinião sobre a “publicização” do direito privado no Brasil permite ser explicada pelo transplante de modelos europeus trazidos por professores de Direito, cujas teses de doutoramento foram realizadas em países welfaristas da Europa, principalmente em França e Itália, mas, também, na Alemanha, em Espanha e em Portugal, o que supera em muito o número de professores brasileiros que procuram, com o mesmo objetivo, os Estados Unidos (JSD – *Doctor of Juridical Science*).⁵⁴ Sem qualquer prejuízo, a referida “publicização” pode ser explicada, também, pelo projeto político esquerdista derivado da tradição dos direitos humanos formada durante o período ditatorial ocorrido no Brasil, e que se tornou a visão predominante nos cursos de pós-graduação nacionais.⁵⁵

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”. In Revista DireitoGV, vol. 01, p. 41.

⁵⁴ ENGELMANN, Fabiano. *Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: O caso dos juristas brasileiros*. [S. n. t.]: 2007. (Inédito). Na Europa, o debate sobre o paternalismo no direito contratual prossegue aberto, como evidencia o estudo de CARUSO, Daniela. Contract law and distribution in the age of welfare reform. In *Arizona Law Review*, vol. 49, 2007, p. 665. Para a mesma discussão na Alemanha, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971. No Direito italiano, PERLINGIERI, Pietro. *Profili Del Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 1994. No Direito francês, JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”. In *Le contrat au début du XXIe siècle*. Org. Christophe Jamin et alli. Paris, LGDJ, 2001, p. 441 e ss.

⁵⁵ ENGELMANN, Fabiano. “*Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*”. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.

O contexto intelectual fundante de tal espécie de paternalismo no direito dos contratos – por mim pesquisado em outro artigo – pode ser identificado com o Marxismo, com a doutrina social-cristã e, acima de tudo, com a sociologia coletivista e solidarista de Comte, Durkheim e Tonnies.⁵⁶ Conforme já mencionado, em razão de a “Ciência” do Direito centrar-se em normas (no caso, de direito contratual) e se expressar através do discurso dogmático, as suposições básicas dos modelos quedam-se subjacentes. Não obstante, para fins de efetiva compreensão, as pressuposições do paradigma - estribadas nas conclusões das *hard social sciences* sobre fatos (o que o contrato é) – devem ser desveladas. O modelo paternalista do direito contratual brasileiro, dessa forma, é embasado na visão coletivista dos contratos. Como defendido por Durkheim, o contrato não é o resultado da vontade das partes, mas um fato social orgânico e a coesão do tecido social nas situações de complexidade e acentuadas diferenças entre indivíduos da mesma comunidade (como meio de “solidariedade orgânica”) – tal como o corpo humano, o indivíduo é uma função do sistema social da mesma forma que o contrato é uma função da sociedade.⁵⁷

Quando a solidariedade não brota espontaneamente na sociedade, tem-se a anomia, uma situação a ser corrigida pelo Estado. Assim, o direito contratual identifica-se com a imposição de tal solidariedade, realizada pelo Estado quando ela não se encontrar espontaneamente praticada na ordem social. Não é outra senão esta a razão da existência de direitos sociais no Estado Social, uma vez que nele a cooperação é um dever legal, não moral. O espaço público do mercado, de acordo com este pensamento, é a anarquia, e não a coordenação dos comportamentos sociais.⁵⁸ Forte em uma noção ultrapassada da interação entre sociedade e mercado (corrigida posteriormente pela obra de economistas e sociólogos como Parsons⁵⁹, Swedberg⁶⁰, Granoveter⁶¹, etc.), tal paradigma paternalista entende a função social do direito contratual de modo a colocar o contrato e o mercado em rota de colisão (como se o contrato fosse diferente do mercado; o contrato como um ato de solidariedade e o mercado como a sobrevivência do mais apto). Nesse modelo paternalista, portanto, a função social do contrato significaria promover a solidariedade,

⁵⁶ TIMM, Luciano. *As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual*. In Revista dos Tribunais. , v.844, p.85 - 95, 2006.

⁵⁷ DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. V. 1. 2ª ed. Lisboa, Editorial Presença, 1980, p. 60.

⁵⁸ LUKES, Steven. *Bases para a interpretação de Durkheim*. In *Sociologia: para ler os clássicos*. Organizado por COHN, Gabriel. São Paulo, Editora Livros Técnicos e Científicos S.A., 1977, p. 38.

⁵⁹ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo, Editora Pioneira, p. 15 e ss. Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a Sociologia Americana*. São Paulo, Editora Francisco Alves, s/d, p. 30.

⁶⁰ SWEDBERG, Richard. *Economics and Sociology*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

⁶¹ GRANOVETTER, Mark. *Economic action and social structure: the problem of social embeddedness*. In *American Journal of Sociology*. Vol. 91, nº 03, 1985, p. 481.

i.e., corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, que não lograra êxito através da livre barganha, processo em que a parte mais fraca sucumbe diante do mais forte (“justiça social”).

Esta é a função típica do Estado Social, isto é, atenuar a linha limítrofe existente entre o Direito Público e o Privado, com o intuito de promover justiça redistributiva, até mesmo no espaço do contrato. Na esteira do paradigma “solidarista” – tendo em vista sua desconfiança no processo de barganha – substitui-se a regulação do contrato feita pelos próprios sujeitos contratuais (autonomia) pela regulação interventiva do Estado (heteronomia), reformulando a divisão do benefício econômico criado pelo pacto. A intervenção estatal na vontade das partes se dá pela via de normas cogentes e pela revisão judicial dos contratos.⁶²

Nessa esteira, a legislação própria do Estado Social é caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas, com linguagem ampla, cujo intento é abarcar imprevistas situações a serem resolvidas na análise de cada caso pelos tribunais.⁶³ Em vista disso, uma das mais equivocadas e, com frequência, repetidas assertivas diz sobre a maior liberdade e o livre arbítrio dos juízes da *Common Law*, para criar o Direito, do que os juízes da *Civil Law*. Os juízes brasileiros são controlados apenas pelos recursos às instâncias superiores, sendo impassíveis de vinculação aos julgados anteriores. Provavelmente seja esta a razão pela qual o diagnóstico (ou mesmo o prognóstico) elaborado por alguns juristas americanos, concernente à morte e à queda do contrato, encontraria mais acolhida no Brasil.⁶⁴ Entretanto, esta não é a única semelhança com o debate acadêmico norte-americano. O paradigma paternalista do direito contratual no Brasil ampara algumas asserções básicas do movimento denominado *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos. Em primeiro lugar, coligam-se na descrição da contemporânea ininteligibilidade da fronteira entre o Direito Público e o Privado.⁶⁵ Ademais, coadunam-se ao defender uma racionalidade essencialmente material e não

⁶² CAPELETTI, M. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffré, 1984.

⁶³ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Malheiros, 1998. No mesmo livro, ver também LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e reforma do judiciário. 1998, p. 68 e ss.

⁶⁴ GILMORE, citado *supra*.

⁶⁵ Ver KENNEDY, Duncan. The stages of the decline of the public-private distinction. In *Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, p. 1349.

formal. Finalmente, e o mais importante, assemelham-se ao atacar o individualismo.⁶⁶ É o que assevera Kennedy, por exemplo:

“Estes são os pontos mais importantes: primeiro, os motivos distributivistas e paternalistas exercem um papel central na explicação das normas dos sistemas do contrato e da responsabilidade contratual no que tange aos pactos. (...) Terceiro, a noção segundo a qual a intervenção paternalista pode ser justificada somente pela “incapacidade” da pessoa a quem o Estado está tentando proteger é equivocada – a base do paternalismo é empatia e amor (...)”.⁶⁷

Contudo, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, os argumentos dos paternalistas no Brasil não são claramente apresentados no que toca à ideologia subjacente. Ao reverso, os argumentos são ainda endereçados de forma dogmática, como se possível fosse descrever a função social do direito contratual somente referindo-se à interpretação do Código Civil combinada com o texto constitucional.⁶⁸ A clareza do movimento do *Critical Legal Studies* é solar quanto ao que propõe:

“As idéias e as atividades do movimento reagem a uma situação familiar de restrição sobre o viés teórico e o esforço transformador. Esta situação é exemplar: os seus perigos e oportunidades reaparecem em diversas áreas da política e do pensamento contemporâneos. A nossa reação poderá ter, da mesma forma, um caráter exemplar. Um dos mais importantes deveres que qualquer indivíduo tem em relação ao movimento de que participa é identificar o que deveria representar a sua mais alta auto-imagem coletiva. A minha versão desta imagem do movimento do *Critical Legal Studies* é mais propositiva do que descritiva. Pode ser destoante da posição dos outros membros do movimento. Mas eu prefiro, inequivocamente, o risco do repúdio àquele da indefinição. É nisto, se em nenhum outro ponto, que a minha assertiva vai definir o espírito do nosso movimento. Torna-se mais fácil começar identificando o movimento da *Critical Legal Studies* com a tradição esquerdista do pensamento e da prática jurídica moderna. Duas preocupações centrais marcam tal tradição. A primeira tem sido a crítica ao formalismo e ao objetivismo.”⁶⁹

Poder-se-ia argumentar que o modelo paternalista do direito contratual estaria também ligado ao conjunto de idéias acerca do paternalismo e de justiça distributiva e eficiência de Kronman⁷⁰ e Ackerman⁷¹, ao invés do coletivismo do *Critical Legal Studies*.

Entretanto, não se pode afirmar que tal proposição estaria correta, vez que Ackerman argumentaria que apenas em algumas situações específicas a aplicação literal das regras

⁶⁶ KENNEDY, Duncan. “Form and substance in Private Law adjudication”. In *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1685.

⁶⁷ KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist motives in contract and tort law. In *Maryland Law Review*, vol 41, 1982, p. 563.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. “Teoria Crítica do Direito Civil.”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

⁶⁹ UNGER, op. cit., p. 642.

⁷⁰ KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. In *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 472 (89 *Yale L. J.* 472); do mesmo autor, Paternalism and the law of contracts. In *Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, p. 1983.

⁷¹ ACKERMAN, Bruce. Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy. In *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, p. 1093.

dos códigos de habitação que favorecem a parte mais fraca pudesse ser, a um só tempo, eficiente e distributiva. Kronman, por outro lado, argúi que a justiça distributiva é um valor do Direito Privado e, como tal, deveria ser aplicada via contratos, sempre que se mostrasse mais eficiente do que a via tributária. Com efeito, ao que parece, os defensores do modelo paternalista no Brasil não aceitariam o resultados dessas análises com base na eficiência na sociedade. A razão é simples, para que pudessem admitir os argumentos de Kronman e Ackerman, os paternalistas brasileiros teriam de se render à análise econômica e às suas pressuposições.⁷²

E quanto à jurisprudência? No Brasil, tal como nos países de tradição romano-germânica em geral, os juízes são fortemente influenciados pela doutrina, que joga papel fundamental na práxis jurídica (especialmente sobre os julgadores do 1º Grau).⁷³ Portanto, esses ensinamentos doutrinários acabam refluindo para os acórdãos dos tribunais. Cabe ressaltar, por oportuno, que os julgados dos tribunais superiores não são dotados de força vinculante (doutrina do *stare decisis*) no Brasil. Nem mesmo têm o condão de exercer persuasão, como ocorre em alguns países da Europa.

Em um acurado estudo, Pinheiro⁷⁴ evidencia que uma das principais preocupações dos magistrados do 1º Grau é com a “justiça social”. Segundo a sua pesquisa, mais de 70% dos juízes entrevistados preferem fazer “justiça social” a aplicar a “letra fria” da lei e do contrato. Isso resulta demonstrado na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que concluiu: “A função social do contrato tem por objetivo evitar a imposição de cláusulas onerosas e danosas aos contratantes economicamente mais fracos”.⁷⁵

Nesse sentido, com base na função social dos contratos, alguns juízes têm revisado os pactos sob o argumento político de proteger o fraco contra o forte, a coletividade (por exemplo, o mutuário) contra a individualidade (por exemplo, a instituição financeira). Veja-se, exemplificativamente, a ementa de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

⁷² POSNER, Eric. Contract Law in the Welfare State: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws and related limitations on the freedom to contract. *In Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1995, p. 283.

⁷³ Os magistrados no Brasil não são indicados. A seleção é feita por meio de concurso público, somente podendo participar os bacharéis em Direito, como em muitos países europeus.

⁷⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia*. São Paulo: Thomson/IOB, 2005, p. 248.

⁷⁵ Apelação Cível nº 70011602091, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), julgado em 08.06.2005.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. SEGURO.

Possibilidade de revisão e adequação do contrato, estabelecendo o equilíbrio nas relações negociais existentes entre as partes, dentro daqueles parâmetros que confere o Estado de Direito e a função precípua do Poder Judiciário.

(...)6. Afasta-se a incidência iníqua da TABELA PRICE, adotando-se o método de cálculo de juros simples, com o intuito de evitar o anatocismo e a progressão geométrica e exponencial dos juros.⁷⁶

No caso em comento, como de praxe em literalmente milhares de outros ocorridos na Justiça gaúcha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul revisou o contrato de financiamento habitacional firmado entre a instituição financeira e o mutuário, para gerar um equilíbrio no contrato. Entendeu o Tribunal que a Tabela Price (método de cálculo de juros próprio da matemática financeira), utilizada para calcular os juros, era abusiva, porque geraria a incidência da cobrança de juros sobre juros, isto é, anatocismo, o que, conforme o referido Tribunal, é legalmente vedado.

Nesta esteira, o aludido Tribunal tem proibido a interrupção do fornecimento de água e energia elétrica, bem como todo o relacionado à dignidade da pessoa humana, mesmo que o corte do serviço esteja expressamente permitido nas leis de água e eletricidade e, ainda, nos contratos entabulados pelas partes.⁷⁷

No próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), resultou enfraquecido o direito real de hipoteca de bancos que operavam linhas de crédito em favor de construtoras. Preferiu o STJ, em mais de uma ocasião, proteger os interesses do adquirente do imóvel.⁷⁸ Nesses casos, a construtora havia feito financiamento bancário para a construção do prédio (garantido por hipoteca sobre o bem construído), concomitante ao compromisso de compra e venda do futuro apartamento ao adquirente final (o que não é proibido por lei, diga-se de passagem). Assim, a construtora recebia recursos do banco e dos adquirentes do imóvel, tornando-se mais capitalizada. Ocorre que, nos casos citados, a construtora não efetuou o pagamento ao banco, que acabou por executar a hipoteca imobiliária, que incidia sobre os imóveis comprometidos aos adquirentes.

3. O PARADIGMA RIVAL: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA

⁷⁶ Apelação Cível nº 70.010.372.027, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), julgado em 10.08.2005.

⁷⁷ Apelação e Reexame Necessário Nº 70005790837, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 25.11.2003.

⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 187.940, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., e Recurso Especial nº 316.640, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Entende-se aqui que o paradigma conflitante ao solidarismo do direito contratual seja o ponto de vista da análise econômica do Direito, como no debate em voga nos Estados Unidos – entre os paradigmas da *Critical Legal Studies* e de *Law and Economics*. A razão para tanto é que o paradigma de Direito e Economia defende uma noção antagônica, na comparação com a visão paternalista, do que o contrato é e do que o direito contratual (e a sua função) deve ser, vez que parte do individualismo. Além disso, ambos os movimentos são escolas funcionalistas do pensamento e o problema está em interpretar o que vem a ser a função social do direito contratual.⁷⁹

Em uma perspectiva de direito e economia, o contrato, de fato (ou como um fato), não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo armando as suas estratégias (individualismo). Dessa forma, como evidenciado pela teoria dos jogos, uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado pelo jogo (a menos que o direito contratual ou a moral ditem as regras e estabeleçam o contrário). Esta é uma tradição que começa com o desbravador estudo de Adam Smith, sobre a riqueza das nações.⁸⁰

A existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais não é desconsiderada pelo paradigma do Direito e Economia. No entanto, o bem-estar social, em uma relação contratual individualizada, somente pode ser identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente. Vale dizer, a sociedade ou a “igualdade” não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado. Como diz o Professor Cooter, comentando o *leading case* nos EUA sobre abusividade:⁸¹ “os advogados preocupam-se com o caso individualizado, ao passo que os economistas preocupam-se com as estatísticas. Estatisticamente, a proteção

⁷⁹ Sobre o funcionalismo, ver GORDON e WEINRIB, citados *supra*.

⁸⁰ SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2 v., 1989.

⁸¹ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F2d 445 (DC Cir. 1965). *In casu*, a Corte decidiu que é abusiva a cláusula permitindo a utilização de garantia cruzada em diferentes contratos de execução diferida, firmados entre o consumidor e o fornecedor, significando que diferentes produtos comprados em períodos distintos, parceladamente, serviriam de garantia para qualquer descumprimento de qualquer prestação de qualquer contrato firmado com o fornecedor. Ver o *Uniform Commercial Code*, p.2-302 e o *Restatement (Second) of Contracts*, par. 208.

paternalista da Mrs. Williams (consumidora autora da demanda), pela imposição de restrições legais ao mercado de crédito, inflige elevados custos aos consumidores pobres, vistos enquanto classe”.⁸²

Metaforicamente, o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto de interações sociais) é a floresta.⁸³ Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa.⁸⁴ Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (fincando sem recursos e terminando por pagar um juro maior). Até mesmo porque, conceitualmente e mesmo na vida real, os bancos não emprestam o seu dinheiro, mas a moeda captada no mercado.

Esse entendimento, da mesma forma, aplica-se aos contratos de seguro. Nesse particular, feliz é a percepção cunhada pelo jurista Ovídio Batista da Silva, a propósito das relações contratuais securitárias e previdenciárias onde subjaz, assim como no sistema financeiro habitacional, uma “relação comunitária de interesses”.⁸⁵ Nessas operações é necessário gerar um grande número de contratos análogos, a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cujas satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual.

Em assim sendo, não se pode pensar em interesses sociais em uma relação contratual e descurar do ambiente em que esta relação é celebrada – o qual é, indubitavelmente, o mercado⁸⁶. Isso é claramente exposto por Shavell:

“Assumir-se-á que, de modo geral, o objetivo dos tribunais é maximizar o bem-estar social. Isso significa dizer que, não raro, as cortes agem para promover o bem-estar das

⁸² COOTER & ULEN, “Law and Economics”, p. 282. Tradução livre de “lawyers focus on individual cases, whereas economists focus upon statistics. Statistically, the paternalistic protection of Mrs. Williams by legal restrictions on the credit market imposes high costs on poor consumers as a class”.

⁸³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e reforma do judiciário*. In. “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, Eduardo Faria (org.) 1998, p. 82.

⁸⁴ Com o que parece concordar LEONARDO, Rodrigo Xavier in “A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça”. In Revista dos Tribunais, vol. 832, fev/ 2005, p. 100.

⁸⁵ Conforme BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Palestra em: FORUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 2., Porto Alegre, 2001. São Paulo: IBDS, 2002. p.82

⁸⁶ “(...) o mercado é amplamente aceito como uma ferramenta, não como um inimigo do desenvolvimento econômico e social”. Conforme TREBILCOCK, Michael J. “The limits of Freedom of Contract”. Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 268.

partes contratantes (...). Se, caso contrário, há outras partes afetadas pelo contrato, então o bem-estar delas, que não participam do pacto, da mesma forma, assumir-se-á serem levadas em consideração pelos tribunais”.⁸⁷

Portanto, necessita-se reconhecer a existência do mercado, espaço no qual os contratos ocorrem. O mercado é um espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio. Com efeito, o mercado existe como uma instituição social espontânea, vale dizer, como fato.⁸⁸ Nas palavras de Coase, o mercado “(...) é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”.⁸⁹ Até mesmo a Lei de Defesa da Concorrência brasileira reconhece o mercado como um bem público.⁹⁰

Se o mercado enquanto fato não existisse, como explicar que em seguida a uma super safra de soja (e, portanto, de uma grande oferta no mercado), o seu preço tende a baixar? Como negar que o aluguel de imóveis de praia tende a aumentar no verão (chamado de alta temporada), quando justamente aumenta a procura? E quanto às passagens de avião, cujo preço varia de acordo com a estação?

Corolário disso é que o mercado não está separado da sociedade;⁹¹ ele é parte integrante dela. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas (com maiores ou menores eficácias social e econômica). Portanto, não se pode dizer que o mercado seja algo artificialmente garantido pelo ordenamento jurídico, como querem alguns que atacam a característica espontânea de suas forças.⁹²

Nesta realidade que é o mercado, as partes contratantes são e devem ser individualistas (pelo menos em contratos empresariais, talvez não em pactos de família). As partes

⁸⁷ SHAVELL, op. cit., p. 294.

⁸⁸ HAYEK, Friedrich A, *The Constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

⁸⁹ Cf. COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 07.

⁹⁰ Lei nº 8.884/94. **Art. 1º.** *Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.*

⁹¹ WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of Capitalism*. Nova Iorque, Free Press, 1985, p. 15 e ss. Mais radical é a posição de GRANOVETTER, Mark. *Economic action and social structure: the problem of social embeddedness*. In *American Journal of Sociology*. Vol. 91, nº 03, 1985, p. 481. Interessante, também, é a abordagem de MALLOY, Robin Paul. *Law in a Market Context*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁹² Como defendido por IRTI, Natalino. *Teoria generale del Diritto e problema del mercato*. In *Rivista di Diritto Civile*, n. 02, jan/mar, 1999, p. 01. Ver, também, do mesmo autor, *Persona e mercato*. In *Rivista di Diritto Civile*, n. 03, mai/jun, 1995, p. 289. Na doutrina norte-americana, a idéia de que a lei cria o Mercado aparece em SUSTEIN, Cass. *Free market and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 384: “Livres mercados são instrumentos legalmente construídos (...) criados pelos seres humanos na esperança de produzir um bem-sucedido sistema de ordenação social.”

estão, por óbvio, tentando concretizar um melhor negócio. A teoria dos jogos, para além de explicar o comportamento dos contratantes, contribui para a abordagem normativa do direito contratual e para sustentar a necessidade de se criar incentivos à cooperação, que tende a gerar um saldo positivo a ser dividido entre as partes.

De acordo com a teoria da barganha, em um jogo cooperativo, como é o acordo privado, as partes irão cooperar na tentativa de direcionar o bem ou o serviço à parte que o valorize mais. Isto ocorrerá contanto que as partes concordem com o montante de saldo positivo a ser dividido entre elas. Em relações negociais de curto prazo, as partes tendem a não considerar as diversas conseqüências de suas atitudes (principalmente quando não existirem sanções informais, como à reputação ou lista de devedores). Pelo fato de a outra parte ser capaz de prever esta estratégia dominante (faltosa), ela pode evitar a realização do negócio. O direito contratual pode gerar incentivos à cooperação e assegurar à parte receosa o cumprimento do contrato que espontaneamente não aconteceria pela falta de conseqüências ao inadimplente.⁹³

Dessa forma, ao se seguir o paradigma de Direito e Economia, os bens e serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes, expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. Uma vez que os indivíduos possuem interesses distintos e sejam suficientemente racionais (no âmbito dos contratos empresariais, pelo menos) para estabelecer uma escala de preferências, estarão, assim, aptos a maximizar a sua utilidade no processo de transação. Isso gerará riqueza na sociedade.

Imagine-se, por hipótese, que Caius queira vender o seu carro; o valor que dá a ele é de 1.000 unidades. Agora imagine que Augustus queira comprar este carro. Augustus o avalia em 2.000 unidades. Se o carro for vendido a 1.500 unidades, dividindo-se o saldo positivo entre Caius e Augustus, tem-se que um valor de 500 unidades foi criado por esta singela transação e ambas as partes estarão em melhor situação. De modo geral, os próprios indivíduos sabem o que seja melhor para eles; e as companhias sabem, com muito mais competência, o que seja melhor para elas.⁹⁴

A pressuposição básica do modelo é que este tipo de organização social não é anárquica. Ao contrário, estabelece a alocação eficiente de recursos escassos, pelo fato de as interações entre indivíduos tenderem a criar uma espontânea situação de equilíbrio

⁹³ LEE REED, O. Law, the Rule of Law and Property: a foundation for the private market and business study. *In American Business Law Journal*, vol. 38, 2001, p. 441.

⁹⁴ SCHWARTZ & SCOTT, 2003, quoted above, p. 568.

geral.⁹⁵ As transações no mercado ocorrerão até o ponto em que nenhuma outra alocação alternativa dos recursos se mostre viável de acordo com a análise custo-benefício, ou até o ponto em que alguma parte ganhe sem que para isso alguma outra tenha de perder (eficiência de Pareto)⁹⁶, ou, pelo menos, até o momento em que o ganho obtido por uma parte possa compensar a perda de outra e, após isso, ainda gerar um saldo positivo (Kaldor-Hicks)⁹⁷. Dada a racionalidade das partes, é incorreto supor que elas não irão barganhar a fim de atingir a situação de equilíbrio (pelo menos em contratos empresariais, nos quais as sociedades empresárias são partes contratantes).⁹⁸ O exemplo clássico é o do pecuarista (criador de gado) e do agricultor (produtor de soja). Considerando que as suas propriedades sejam limítrofes, caso o gado escape da propriedade do pecuarista poderá causar danos à messe. A questão que se impõe é: quem deve construir a cerca ao redor da propriedade (se tiver de ser erguida)? Dependendo do que dispõe a lei, as partes poderão barganhar de modo a alcançar um resultado mais eficiente em termos de custo-benefício (assumindo que não existam custos de transação). Admitindo-se que a lei obrigue o agricultor a cercar a sua propriedade e que, no entanto, seria mais barato se o pecuarista cercasse a sua, as partes teriam incentivos para barganhar no sentido de o agricultor pagar ao pecuarista para que este construa a cerca em torno de sua propriedade, contanto que pudessem dividir o saldo positivo; ou, alternativamente, o pecuarista poderá preferir não construir a cerca e pagar perdas e danos ao agricultor (caso seja mais barato).

⁹⁵ COOTER, op. cit., p. 11 e 40. Vale dizer, quando o custo marginal é igual ao benefício marginal, para cada unidade de produto e serviço.

⁹⁶ “Diz-se que uma situação específica é Pareto eficiente se for impossível modificá-la de modo a tornar, pelo menos, a posição de uma pessoa melhor (conforme a sua avaliação) sem, em contrapartida, piorar a posição de outra (também conforme a sua avaliação)” Cf. COOTER, op. cit., p. 12. (Tradução livre de “A particular situation is said to be Pareto efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation)”). De acordo com o modelo, cada parte teria poder de veto para bloquear as situações em que se sentisse em posição desfavorável (COOTER, op. cit., p. 44).

⁹⁷ “Por outro lado, o critério Pareto superior permite a ocorrência de mudanças nas situações em que haja ganhadores e perdedores, mas requer que o ganho dos que ganharam seja maior do que a perda dos que perderam. Uma vez satisfeita esta condição, os ganhadores poderão, em tese, compensar os perdedores e, ainda assim, se beneficiar de um saldo positivo” Cf. COOTER, op. cit., p. 44. (Tradução livre de “By contrast, a Pareto improvement, allows changes in which there are both gainer and losers, but requires that the gainers gain more than the losers lose. If this condition is satisfied, the gainers can, in principle, compensate the losers, and still have a surplus for themselves.”)

⁹⁸ Segundo Shavell, um “contrato é considerado reciprocamente benéfico ou, na linguagem econômica, Pareto eficiente, se não puder ser modificado a não ser para aumentar o bem-estar – a utilidade esperada – de cada uma das partes. Assumiríamos que os contratos tendessem a ser reciprocamente benéficos: se o contrato puder ser alterado de modo que a alteração elevaria a utilidade esperada de cada parte, consideraríamos que a modificação poderia ocorrer”. Cf. SHAVELL, op. cit., p. 293. (Tradução livre de [um] “contract is said to be mutually beneficial or, in the language of economics, Pareto efficient, if the contract cannot be modified so as to raise the well-being – the expected utility – of each parties to it. We would suppose that contracts would tend to be mutually beneficial: if a contract can be altered in a way that this would raise expected utility of each party, we would think that this would be done”).

Agora, passa-se a um exemplo simples, mas real. Considere que o locador Octavius alugue a sua casa ao locatário Gaius. Suponha-se que o locador Octavius recém tenha realizado a locação de sua casa e que na garagem desta ainda esteja estacionado um carro que ele, Octavius, comprara para a sua empresa, a fim de substituí-lo por outro mais antigo, mas ainda em uso. Admite-se, também, que Gaius não tenha carro e que esteja interessado em alugar o carro estacionado na garagem da casa que alugou de Octavius. Contanto que ambas as partes aquiesçam, firmarão um contrato de locação tendo o carro por objeto. Por exemplo, Gaius não irá pagar mais pelo aluguel do carro do que pagaria a uma companhia locadora de automóveis. De outro lado, Octavius não realizaria a locação se recebesse um preço incapaz de compensar, pelo menos, a depreciação do veículo (assumindo-se que o outro carro ainda seria usado pela empresa de Octavius ou, ainda, que o dinheiro do aluguel compensaria a venda deste outro carro e lhe fosse dada outra destinação). Dividindo-se o saldo positivo em algum ponto próximo à metade, as partes chegariam a um acordo e, assim, gerariam riqueza. Isto poderá soar estranho a um advogado, mas a criação de valor é fácil de ser provada em termos jurídicos: é verdadeiro que se ocorrer a locação do automóvel, um tributo será devido; e não há imposto de renda se não houver percepção de riqueza.

Entretanto, se Julius, vizinho de Octavius, valorizar o carro mais do que Gaius o faz, Julius estará disposto a pagar mais a Octavius pelo aluguel do veículo. E se, em uma simplificação demasiada (tendo em conta que não haja nenhum tipo de sanção informal, como má reputação, etc.), a diferença que Julius pagaria pudesse compensar Gaius, este poderia aceitar terminar o contrato com Octavius e dividir com ele o saldo positivo gerado. Todas estas transações geram riqueza e são, normalmente, tributadas.

O direito contratual (tal como o direito de propriedade) enseja a realização de transações que não ocorreriam sem as suas regras, vez que protege as expectativas das partes e cria obrigações legais que podem ser objetos de barganha, na presença de certos requisitos. Inexistindo o direito dos contratos (que cria deveres legais protegidos pelo Estado), as partes teriam dificuldades em estabelecer relações impessoais (fora do círculo familiar ou de amizade), principalmente aquelas que operam no futuro por meio do crédito e aquelas que necessitam de uma cadeia de relações interconectadas (como os empréstimos para financiar a casa própria e os estudos; seguros; planos de saúde; etc.).⁹⁹

⁹⁹ SHAVEL, *op. cit.*, p. 291.

A sociedade do mercado, diferentemente das sociedades tribal e feudal, estrutura-se sobre relações impessoais.¹⁰⁰

Nesse sentido, as palavras de Schwartz & Scott¹⁰¹:

“A conseqüência jurídica do descumprimento, em suma, permite às partes fazerem promessas exequíveis, quando as sanções à reputação e as privadamente impostas não bastem. (...) A ausência de regras de cumprimento e de tribunais isentos em muitos desses países (‘Terceiro Mundo’¹⁰²), entretanto, impede as partes de se compromissar...”

Dessa forma, a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação.¹⁰³

Devido a isso, deve-se ter cautela na aplicação da doutrina do *efficient breach*¹⁰⁴ no Brasil.¹⁰⁵ Esta doutrina pode estar correta ao descrever o comportamento racional da parte que descumpra o contrato pelo fato de ter uma alocação alternativa para os seus recursos, podendo, assim, compensar o dano causado ao outro contratante. Entretanto, pode estar errada ao descrever o que o direito contratual é (a teoria nada adiciona do

¹⁰⁰ Trebilcock demonstra claramente que a sociedade ocidental contemporânea optou pelo sistema de mercado e determina as suas escolhas com base na eficiência econômica e social. No sistema de mercado, “(...) as decisões sobre a produção e o consumo estão descentralizadas e dependem de uma miríade de decisões individuais de produtores e consumidores, agindo em conseqüência de preferências individuais e incentivos, minimizando, portanto, o papel jogado por convenções sociais e *status*”. Cf. TREBILCOCK, “The limits...”, p. 268. (Tradução livre de “the decisions on the production and the consumption are decentralized and depend on a myriad of individual decision by producers and consumers, acting as a consequence of individual preferences and incentives, thus minimizing the role played by social conventions and *status*”).

¹⁰¹ SCHWARTZ & SCOTT, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰² Palavras dos autores, não minhas.

¹⁰³ SCHWARTZ, Alan & SCOTT, Robert. Contract Theory and the limits of contract law. *In Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, p. 541.

¹⁰⁴ *Efficient breach* significa que um dos contratantes poderá descumprir propositadamente o contrato, caso apareça uma segunda melhor opção, de modo que a parte inadimplente poderia compensar o outro contratante e ainda assim gerar um saldo positivo (Pareto eficiente). Ver ULEN, Thomas. *The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract law*. *In Michigan Law Review*, vol. 83, p. 341: “O principal avanço foi o reconhecimento, por parte dos economistas, de que há circunstâncias em que pelo menos um contratante poderá melhorar a sua posição sem que, em contrapartida, o outro sofra uma perda, sendo que um contratante descumpriria o contrato, ao invés de cumprir a promessa pactuada. A lei, argumenta-se, não deverá constranger o descumprimento do contrato nas situações em que a quebra gera um resultado Pareto superior.” CRASWELL, Richard. *Contract remedies, renegotiation and the theory of efficient breach*. *In Southern California Law Review*, vol. 61, 1988, p. 629; POSNER, Eric. *What the efficient performance hypothesis means for contract scholarship*. *In Yale Law Journal Pocket Part*, vol. 116, 2007, p. 439.

¹⁰⁵ SCALISE JR., Why no..., p. 721. Juridicamente, seria impraticável o uso da doutrina do “efficient breach” no Brasil, vez que a solução legalmente padronizada, nas situações de quebra contratual, é a tutela específica, ao contrário do direito contratual norte-americano (caso em que a solução padrão é o pagamento de perdas e danos). A doutrina do “efficient breach” interpreta que a melhor solução para a quebra contratual seria a indenização, e não a tutela específica, porque o resultado desta seria forçar a parte a cumprir o contrato, e não a pagar perdas e danos.

ponto de vista de remédios processuais à parte que descumpre o contrato) e o que deveria ser, porquanto o direito contratual deve ter a capacidade de evitar a ocorrência de processos judiciais, especialmente considerando o caso brasileiro – onde o acesso à justiça é subsidiado pelo governo, o que cria incentivos à litigância, adicionada à regra segundo a qual o vencido paga as custas processuais e os honorários advocatícios ao patrono da parte vencedora e, também, há problemas com a superlotação dos cartórios judiciais.¹⁰⁶ A lentidão na resolução dos conflitos levados a juízo aumenta os custos de transação e cria, por si só, incentivos à quebra contratual. Ademais, tal doutrina enfatiza que um *ex post facto* (melhor oportunidade alocativa) permitiria a quebra de um contrato barganhado *ex ante*. Neste caso, haveria modestos incentivos para se entabular, em primeiro lugar, um pacto diligente.

Com efeito, a falta de implicações legais da doutrina do *efficient breach* torna difícil a avaliação de sua contribuição ao direito dos contratos (a partir de uma análise jurídica comparativa, pelo menos). Caso o objetivo da doutrina seja descrever o direito contratual norte-americano e a eficiência de suas regras em relação ao descumprimento contratual, então, cumpre o seu desiderato quando as suas pressuposições são demonstradas na prática. Caso, por outro lado, o objetivo da teoria seja livrar do campo da moral o descumprimento contratual, da mesma forma, não há maiores problemas. O paradigma de Direito e Economia não deveria estribar a quebra contratual em bases morais.

Entretanto, se fosse para a doutrina do *efficient breach* ter implicação normativa, qual seria esta? Seria que a parte que descumpriu o acordo não tivesse de pagar perdas e danos para a parte prejudicada? Provavelmente não. O que faria sentido seria que a referida teoria justifica que a punição para a parte que descumprir o contrato deve ser a indenização da parte prejudicada, não a tutela específica, a saber, a continuação forçada do contrato. Em assim sendo, a doutrina recomendaria uma alteração legislativa em países como o Brasil, nos quais a tutela específica é a regra nesses casos. O problema que se coloca é que a tutela específica é um direito do contratante prejudicado, mas, no Brasil, este poderá sempre requerer ser indenizado, ao invés da continuação do contrato.

¹⁰⁶ Para uma visão geral acerca da situação na América Latina, ver BUSCAGLIA, Edgardo. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. In *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, p. 275. Para uma mais minuciosa e precisa avaliação do Poder Judiciário brasileiro, ver *Court Performance around the world: a comparative perspective*, World Bank Technical Paper # 430, WTC430, 1999. Para indicadores estatísticos, ver Relatório do Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números* (http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf).

Ademais, necessitar-se-ia de minuciosa pesquisa empírica a fim de atestar se a tutela específica é mais eficiente do que as perdas e danos (novamente, considerando o caso brasileiro).

Mesmo que se propusesse que os aludidos problemas jurídicos fossem irrelevantes e que se devesse avaliar a doutrina em seus termos teóricos próprios, isto é, se uma melhor alocação alternativa de recursos estivesse disponível, o contratante estaria livre para descumprir o contrato e indenizar a parte prejudicada, ainda assim, persistiriam alguns problemas pragmáticos. Primeiro, na análise custo-benefício, pode-se considerar não apenas as sanções formais da lei, mas as sanções informais, tais como, credibilidade e reputação (que são muito difíceis de mensurar e demonstrar em termos econômicos).¹⁰⁷ Segundo, que a determinação dos danos somente poderá ser realizada em juízo e, destarte, apenas valendo-se de ficção poder-se-ia separar as questões materiais das processuais (portanto, deve-se considerar os aspectos procedimentais quando da avaliação do *efficient breach*). A litigância recrudescerá os custos de transação. Além disso, os tribunais não são dotados de informações completas que os permite determinar perfeitamente os danos, porquanto descumprir o contrato significa pagar os danos emergentes e os lucros cessantes (ou colocar a parte prejudicada na posição que estaria caso o contrato não fosse descumprido). Por fim, se o descumprimento gera um saldo positivo a ser dividido entre as partes, a que descumpriu e a que resultou prejudicada, não estaria esta, supostamente racional, propensa a aceitar a solução?

Estes argumentos contribuem para uma forte presunção contra a aplicação da doutrina do *efficient breach*. Outrossim, ensejam favorável presunção acerca da eficiência de cláusulas de liquidação de danos e, de certa forma, da utilização de razoáveis cláusulas penais, como meio de evitar o embate judicial. Ainda, geram incentivos ao cumprimento do contrato ou à barganha em caso de descumprimento (pelo menos no Brasil).¹⁰⁸ Isso tudo evitaria crescentes custos de transação para a definição dos danos. Os problemas pragmáticos da teoria do *efficient breach* tornam-se mais evidentes quando aplicados ao Direito Internacional Público. Ao se argumentar em favor da doutrina do *efficient breach* poder-se-ia dizer que em um tratado internacional bilateral assinado por dois Estados objetivando a proteção do investimento das companhias de

¹⁰⁷ Assumindo que existem outras sanções que não as jurídicas como conseqüências das quebras contratuais, ver SCHWARTZ & SCOTT, *Contract Theory...*, p. 542.

¹⁰⁸ Nesse mesmo sentido, é a opinião de DOGDE, William S. *The case for punitive damages in contracts. In Duke Law Journal*, vol. 48, 1999, p. 629. Em sentido oposto, mas com argumentos mais sofisticados TALLEY, Eric. *Contract renegotiation, mechanism design, and the liquidated damages rule. In Stanford Law Review*, vol. 46, 1994, p. 1195.

um Estado no território do outro (o que é análogo ao mecanismo contratual), um Estado poderia descumprir contratos com as companhias do outro, entabulados sob as regras do tratado bilateral, caso surgisse uma segunda melhor opção?

Para fins de aplicação no mundo real, passa-se a um exemplo. Considere que Bolívia e Brasil assinaram um tratado internacional bilateral e que a Petrobras, companhia de petróleo brasileira, tenha investimentos na Bolívia protegidos por um contrato assinado dentro do propósito do tratado bilateral. Se a petrolífera da Venezuela, PDVSA, dirigida por Hugo Chávez oferecesse um melhor acordo à Bolívia, de tal sorte que este país pudesse tomar a Petrobras, pela expropriação de seus ativos, e, ainda, gerar um saldo positivo a ser dividido entre Bolívia e Petrobras, por que a petrolífera brasileira não aceitaria? E qual a razão de o comércio internacional perceber o descumprimento boliviano sob o aspecto negativo?

Nas relações de longo prazo, em que ambas as partes teriam deveres em andamento, a cooperação entre elas tenderia a ser espontânea.¹⁰⁹ Nestes casos, a função do direito contratual seria a de não bloquear a fluidez da relação. Isso se daria com o reconhecimento das práticas das partes, dos usos e costumes do comércio e de ter na boa-fé um razoável padrão de comportamento (uma espécie de *Lex mercatoria*), o que iria evitar dispêndios com pactos detalhados *ex ante*.¹¹⁰ Em contratos claramente incompletos como estes, o papel do tribunal seria o de completar as cláusulas do contrato de acordo com o seu contexto, seus usos e costumes, e não segundo a discricionária idéia de justiça do magistrado.

Dessa forma, o crescimento da arbitragem no Brasil, o quarto colocado em número de arbitragens no tribunal arbitral da *International Chamber of Commerce* (ICC), não é uma surpresa.¹¹¹ Os árbitros parecem melhor preparados para a função de completar complexos contratos, em razão de seu refinado conhecimento, de sua *expertise* na área em questão, o que é muito distante de um magistrado, massacrado com todos os tipos de pleitos.¹¹²

¹⁰⁹ COOTER, *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁰ Cf. Macneil and Macauley, citados *supra*.

¹¹¹ De acordo com o *Annual Report of the Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, 2006*.

¹¹² DEZALAY, Yves et al. Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. In *Case Western Reserve Law Review*, vol. 44, 1994, p. 407.

Conseqüentemente, através de uma análise econômica, o modelo paternalista de direito contratual não é capacitado para alcançar o seu propósito de bem-estar na sociedade, vez que poderá, aleatoriamente, beneficiar alguns indivíduos, mas, proporcionalmente, prejudicar muitos outros mais. A intensificação da proteção legal de uma das partes (locatários, por exemplo) traz em seu bojo, geralmente, um aumento total de custos ao mercado (locação, no caso). Estes custos terminam sendo repassados aos sujeitos atuantes do lado da demanda (como os exemplos abaixo ilustrarão), os quais pagarão um preço mais alto. Ainda que se considere que nem todos os custos serão repassados, isso não significa um ganho de eficiência (melhoria de bem-estar). E este é o motivo pelo qual, geralmente, os objetivos da justiça redistributiva colidem com os propósitos de eficiência, no direito dos contratos.¹¹³

Por exemplo, assumamos que a lei determine que os carros somente poderão ser vendidos se contiverem i-pods e bancos de couro, para a felicidade e segurança dos compradores. Naturalmente, estes custos serão aos compradores repassados, em maior ou menor extensão. Tal medida tenderá a aumentar o preço dos carros, o que pode “conduzir” os compradores para fora do mercado. Em assim sendo, alguns consumidores não comprarão um carro a este nível de preço. A consequência disso pode vir a ser muitas pessoas sem carro e poucas pessoas pagando muito para obtê-los. A sociedade realmente estará perdendo nesta hipótese.

Ademais, mesmo o efeito redistributivo é problemático, vez que pode ser aleatório e talvez redistribuir riqueza a partir dos outros compradores e locatários e não, necessariamente, do segmento mais rico (vendedor, locador).

Corolário disso é que a intervenção judicial em favor da parte mais fraca pode ser fonte de externalidades negativas no caso de um contratante que não esteja totalmente pagando (internalizando) pelo benefício proporcionado pela barganha, mas, ao reverso, está sendo beneficiado por uma intervenção *ex post* do Estado na relação contratual (tal como ocorre nos contratos bancários julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande

¹¹³ Sob situações específicas demasiado teóricas (nas quais os tribunais não estariam preparados para resolver), os modelos econômicos podem evidenciar a convergência entre eficiência e redistribuição na seara do direito contratual. O principal ensaio que discute isso é ACKERMAN, Bruce. Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy. *In Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, p. 1093. O seu argumento foi, depois, desenvolvido em outro contexto por CRASWELL, Richard. Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships. *In Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, p. 361.

do Sul, que limitam a taxa de juros em 12%, devido à remanescente Lei da Usura¹¹⁴). Desse modo, a parte protegida está externalizando os custos aos demais devedores para o seu próprio benefício, resultando em situação socialmente ineficiente.¹¹⁵ O mesmo pode se dar nos contratos de seguro, nos casos em que o tribunal pode forçar a companhia seguradora a cobrir um evento não-constante da apólice do segurado, como foi o caso do Furação Katrina, na *Lousiana Circuit Court*¹¹⁶, ou em contratos de fornecimento de água e energia elétrica.

Além disso, na prática, o resultado dessas intervenções é o aumento dos custos de transação sem a resolução dos problemas que lubrificariam o mercado em situações de imperfeição – afastando ainda mais as partes da alocação eficiente. Ao elevar os custos de transação, o direito contratual paternalista pode, simplesmente, retirar algumas práticas negociais do mercado (ou, em alguns casos, aumentar o preço de bens e serviços sem que haja, em contrapartida, um benefício proporcional em termos de satisfação social – gerando externalidade nos contratos em cadeia, como o de seguro) e contribui para o verdadeiro decréscimo de riqueza na sociedade.

Ademais, as intervenções ensejam o comportamento oportunista, permitindo que a parte mais fraca, na partição do bolo econômico, fique com o todo e, ainda, goze de todos os benefícios advenientes do contrato. Por exemplo, se o tribunal decidir que a taxa de juro em contratos de financiamento privado deve ser inferior àquela paga pelos títulos do governo (que é considerada de risco zero)¹¹⁷, ou, ainda, quando o tribunal concede uma liminar dizendo que a companhia de seguro deve cobrir uma cirurgia ou um tratamento não previstos pela apólice, ou, então, quando, via liminar, suspende ou proíbe o corte do

¹¹⁴ POSNER faz interessante análise econômica das leis de usura. Sustenta que sejam eficientes em manter os bancos fora do mercado de empréstimos para a população de baixa renda (vez que prevêm que os tribunais não fariam cumprir uma taxa de juros que cobriria os seus riscos de não receber). In POSNER, Eric. *Contract law in the welfare state...*, citado *supra*. Entretanto, o argumento de Posner poderia não ter aplicação ao caso em tela, vez que as pessoas protegidas pelo Judiciário não eram pessoas vivendo (pelo menos diretamente) a expensas do sistema social.

¹¹⁵ TALLEY, Eric. *Contract renegotiation, mechanism design, and the liquidated damages rule*. In *Stanford Law Review*, vol. 46, 1994, p. 1214-5.

¹¹⁶ In re *Katrina Canal Breaches Consolidated Litigation* in 466 F.Supp.2d 729. Neste caso, a *Circuit Court consolidated litigation*, no episódio Katrina, referente aos casos de seguro, nos quais o segurado tentou recuperar as perdas advenientes da inundação ocorrida em razão do rompimento dos diques que protegiam a cidade de New Orleans, mesmo que não tivesse previsão para tanto na apólice de seguro. Para uma discussão detalhada, ver ANDREWS, W. et al. *Flood of uncertainty: contractual erosion in the wake of hurricane Katrina and the Eastern District of Louisiana's ruling in re Katrina Canal Breaches consolidated Litigation*. In *Tulane Law Review*, vol. 81, p. 1277 (81 Tul. L. Rev 1277). Curiosamente, o 5th *Circuit* de Mississippi concluiu o oposto, no caso *Paul Leonard and Julie Leonard v. Nationwide Mutual Insurance Co* (499 F 3d 419).

¹¹⁷ No Brasil, o referencial da remuneração dos títulos do governo costumava ser de 17% ao ano e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul costumava limitar a taxa de juro dos contratos bancários em 12% (evitando o que chamava de usura, cometida pelos bancos).

fornecimento de energia elétrica, não está criando valor, não está dividindo o saldo positivo entre as partes. Está, na verdade, permitindo que um dos contratantes fique com todos os bônus e, via de consequência, cria incentivos para que os ônus, direcionados ao outro contratante, sejam repassados àqueles que não figuravam naquela relação.¹¹⁸

Mais interessante são algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no passado, que dividiam entre as partes contratantes o aumento inesperado do dólar, em 1999, nos contratos de *leasing* de veículos no Brasil, os quais tinham o reajuste das prestações vinculado à cotação da moeda norte-americana. Devido à política governamental, a moeda brasileira (o Real) sofreu desvalorização e, como resultado, as prestações do leasing para os consumidores subiram mais de 150% (porque os contratos com os bancos foram firmados em dólar). Em vista disso, o STJ dividiu a alta da moeda norte-americana entre os litigantes. Este tipo de leasing, conseqüentemente, desapareceu do mercado.

Por óbvio, não se está sustentando aqui que todos os contratos sejam completos e que, por força da eficiência, os tribunais deveriam fazê-los cumprir literalmente.¹¹⁹ O que se argúi é que os tribunais deveriam evitar a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado, fazendo-o em nome de termos muito genéricos como a “justiça social” e a “função social”, com a visão da justiça distributiva. Não poderiam agir assim sem levar em conta as conseqüências de uma cadeia de eventos. A razão para tanto é que os tribunais não dispõem de estatísticas para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo. Como já mencionado, em que pese não ser impossível a convergência entre justiça redistributiva e eficiência nos contratos, a baixa probabilidade de os tribunais acertarem a medida correta em cada caso concreto faz exsurgir grande presunção em favor do *pacta sunt servanda*. O sistema tributário seria, presumivelmente, mais eficiente em redistribuir a riqueza

¹¹⁸ O Relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – *Justiça em Números*, http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf, é bastante elucidativo neste ponto. O Estado do Rio Grande do Sul é conhecido pela sua posição de proteger a parte mais fraca. A consequência é que o Judiciário neste Estado está sobrecarregado, com uma taxa de propositura de novos pleitos muito mais elevada do que em outros Estados brasileiros, nos quais a litigância não foi alimentada com o mesmo nível de intervenção contratual. Ainda, porque os litígios são subsidiados pelo Estado (somente uma pequena parte dos custos do processo é realmente paga pelas partes), o crescimento das novas ações propostas é fonte de outros encargos para os contribuintes.

¹¹⁹ Para a discussão acerca do método mais eficiente de interpretação do contrato, ver SHAVELL, op. cit., 301 e ss. Particularmente interessante é a opinião de SCHWARTZ & SCOTT, 2003, citado *supra*, p. 568. Segundo estes autores, os tribunais deveriam dar uma interpretação restrita aos contratos e próxima ao seu significado textual, sem exceder os quatro cantos do documento.

produzida na sociedade, enquanto os direitos dos contratos e propriedade são cumpridos.¹²⁰

O próximo ponto a ser discutido é se o mercado é perfeito, isto é, se sempre funciona adequada e eficientemente. E a resposta para esta questão é não. De fato, às vezes as companhias comportam-se inadequadamente e geram externalidades (e.g., práticas nocivas ao meio-ambiente e à concorrência). Em assim sendo, há a possibilidade de intervenção ou regulação pelas instituições jurídicas na presença de falhas no mercado (basicamente, a existência de custos de transação, o abuso de poder econômico, a assimetria de informações e as externalidades), o que pode não alcançar a situação mais eficiente para a sociedade.

Trata-se da função social secundária do direito contratual - corrigir as falhas do mercado de modo a permitir que as partes atinjam a utilidade máxima (acréscimo de riqueza na sociedade) – vale dizer, fazer os contratos funcionar como deveriam. O Direito passaria a tomar conta da estrutura do mercado e do ambiente no qual os contratos são realizados, mas a distribuição de riqueza entre as partes ficaria a estas reservada. O Estado não precisaria intervir na relação contratual para redistribuir o saldo positivo gerado. Bastaria criar regulação a fim de evitar o abuso de poder econômico e para exigir a divulgação de informações (sobre produtos, ações, companhias, etc).¹²¹

Quando os mercados são imperfeitos, há custos de transação (custos incorridos pela partes para achar com quem contratar, para negociar com os parceiros e fazer cumprir o contrato, e, ainda, proteger os ativos de cada parte).¹²² A função do direito privado (especialmente do direito contratual), neste caso, é reduzir estes custos de transação, vale dizer, “lubrificar as transações”. Da mesma forma, pode-se asseverar que, pelo

¹²⁰ SHAVELL, Steven & KAPLOW, Louis. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. In *Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, p. 667.

¹²¹ Segundo SCHWARTZ & SCOTT, 2003, citado *supra*, esta não é propriamente a função do direito contratual, mas sim objeto da regulação sobre valores mobiliários e antitruste e, também, do direito ambiental. Tenho a opinião de que o direito contratual deveria estar pronto para aceitar estas tarefas do direito antitruste e do mercado acionário, vez que práticas nocivas ao mercado podem ocorrer via contratos. Assim, há um ponto de intersecção entre o direito contratual “puro” e as referidas regulações. É o direito contratual que irá considerar nulo e ineficaz um contrato anticoncorrencial (contrário à política pública). O direito antitruste pode permitir isso, mas é mais utilizado para a aplicação de multas ou para a responsabilidade civil.

¹²² COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 07

menos do ponto de vista econômico, quanto melhor as instituições, mais desenvolvido será o mercado, devido aos baixos custos de transação.¹²³

Conforme preconiza Coase, porque existem custos de transação, as regras jurídicas afetam a alocação eficiente dos recursos na sociedade. O direito contratual não deve criar óbices que impeçam a situação de barganha (isto é, a cooperação) que traria a distribuição eficiente de riqueza por consentimento. Nas palavras do Professor Cooter:¹²⁴

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

A análise econômica fornece ferramentas quantitativas para esta funcionalidade social do direito contratual.

Para exemplificar o argumento, veja-se a pesquisa conduzida pelo Instituto PENSA-USP para o caso que se convencionou chamar de “soja verde”.¹²⁵ Por meio dela, comprovou-se, empiricamente, que a revisão judicial de contratos agrários no Estado de Goiás dificultou o financiamento da safra no ano seguinte para os agricultores daquela localidade, demonstrando que o benefício daqueles que ingressaram com ações na Justiça foi prejudicialmente contrabalançado pelo prejuízo do resto da coletividade que atuava naquele mercado de plantio de soja.¹²⁶

¹²³Ver NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990. Ver, também, WILLIAMSON, Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações?*. In “Direito e Economia”. ZYLBERSTAJN e SZTAJN (org.). São Paulo, Campus, 2005, p. 16 e ss.

¹²⁴ COOTER, op. cit., p. 93 e ss. Tradução livre de ““Some transaction costs are endogenous to the legal system in the sense that legal rules can lower obstacles to private bargaining. The Coase Theorem suggests that the law can encourage bargaining by lowering transaction costs. Lowering transaction costs ‘lubricates’ bargaining. (...) We can formalize this principle as the normative Coase theorem: *Structure the law so as to remove the impediments to private agreements.* (...) It assumes that private exchange can allocate rights efficiently. (...) Besides encouraging bargaining, a legal system tries to minimize disagreements and failures to cooperate, which are costly to society. (...) *Structure the law so as to minimize the harm caused by failures in private agreements.*”

¹²⁵ Para um diagnóstico do problema, ver **Newsletter Valor Econômico** – Ano 5 – número 990 – Quarta-feira, 15.02.2006. Caderno ‘Agronegócios’.

¹²⁶ Conforme divulgado no Seminário do Instituto PENSA, na USP, em 05 de dezembro de 2005.

A situação enfrentada lá foi a de que algumas culturas, como a soja, eram financiadas, em muitos casos, com capital privado, ou seja, negociadores (*traders*) faziam a compra antecipada da produção, entregando o pagamento imediatamente ao produtor, que, com isso, se capitalizava para o plantio. E, no ano seguinte, esse agricultor, que já havia computado seu lucro no preço de venda antecipada, entregava o produto.

Entretanto, houve uma inesperada valorização da soja, e alguns produtores ingressaram com ações de revisão judicial dos contratos, alegando imprevisibilidade, enriquecimento injustificado, função social do contrato, para não cumprirem o pactuado, ou seja, a fim de evitar a entrega do produto de seu plantio. Em sede de Primeiro Grau, houve a denegação dos pleitos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sede de apelação, estribado na função social do contrato, revisou os pactos e desobrigou os produtores que haviam ingressado com as ações, ditos hipossuficientes, de cumprirem integralmente o que fora ajustado.¹²⁷ A consequência (coletiva ou social) disso foi a de que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com ações foram prejudicados, pois os *traders* da região não mais queriam seguir fazendo a operação de compra antecipada do produto, diante do flagrante risco de prejuízo, já que, se o preço da soja, no ano seguinte ao contrato, fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e, se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato.

O Superior Tribunal de Justiça (cuja competência assemelha-se à da Suprema Corte dos Estados Unidos, no que diz respeito à matéria infraconstitucional) reverteu as decisões do Tribunal de Justiça de Goiás, valendo-se, surpreendentemente, de argumentos econômicos:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.¹²⁸

O mesmo STJ reverteu todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que haviam limitado a taxa de juros nos contratos de financiamento bancário (empréstimos, habitação, etc), valendo-se de argumentos econômicos:

“*Quid*, em relação ao argumento, de natureza econômica, de que, numa conjuntura de inflação mensal próxima de zero, os juros que excedam de 1% ao mês são abusivos?”

¹²⁷ Apelação Cível nº 79.859-2/188 e Apelação Cível nº 82.254-6/188, ambas julgadas pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás.

¹²⁸ REsp 803481/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.06.2007, DJ 01.08.2007 p. 462; REsp 783404/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.06.2007, DJ 13.08.2007 p. 364;

Com a devida licença, não há aí racionalidade alguma, muito menos de caráter econômico. Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não pode ser menor do que o respectivo custo. (...) a taxa de juros está inteiramente desvinculada da inflação. A inflação é baixa, mas o custo do dinheiro é alto (...) e não pode ser reduzido por uma penada judicial. Trata-se de política econômica, ditada por *ato de governo*, infenso ao controle judicial.”¹²⁹

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

“O certo é que a leitura dos autos demonstra o agravamento do quadro de inadimplência que afeta a concessionária e a nociva repercussão do contexto sobre a saúde financeira da empresa, o que pode levar, inclusive, ao colapso no abastecimento de água do Município. Dessa forma, não se mostra razoável a proibição de interrupção no fornecimento de água àqueles consumidores que, mesmo após notificados, permanecem inadimplentes (...).”¹³⁰

Existem, ainda, interessantes decisões judiciais que, mesmo sem recorrer ao instrumental da análise econômica, intuitivamente perceberam essa função social do contrato em um ambiente de mercado, como nos casos em que se discutiu a possibilidade de um Tribunal Regional Federal limitar a taxa de juros nos contratos de financiamento imobiliário:

“Admitir-se a legalidade do procedimento pretendido pelos requerentes (revisão contratual de contrato de financiamento imobiliário) implicaria o surgimento de perigoso precedente com sérias conseqüências para todo o complexo e rígido sistema de financiamento da habitação, cuja estrutura e mecanismo de funcionamento foi bem exposta por Caio Tácito [...]: “ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de um sistema global de financiamento que tem, como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira [...]”¹³¹

Para além dos custos de transação, há outras imperfeições no mercado: a) pode haver problemas na estrutura concorrencial, o que dificulta a livre concorrência e a livre iniciativa por conta da grande concentração de poder econômico (como os monopólios e os oligopólios); b) pode haver problemas de assimetria de informações; c) ou de externalidades, entre outros.¹³²

¹²⁹ REsp 271214/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 12.03.2003, DJ 04.08.2003 p. 216.

¹³⁰ Suspensão de Liminar e de Sentença Nº 804 - SP (2007/0295780-7), Ministro Barros Monteiro, STJ, 06 de dezembro de 2007.

¹³¹ Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 17.224, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos Lugon.

¹³² Quanto a isso, ver, detalhadamente, COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston, Addison Wesley, 2003, p. 10 e ss.

Para o primeiro dos problemas aventados, existe, no Brasil, o chamado direito antitruste — Lei nº 8.884/94 —, que cuida da estrutura do mercado e busca coibir o abuso do poder econômico, resultando na criação da agência brasileira de regulação da concorrência: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Controlando o poder econômico que possa razoavelmente afetar o mercado — via proibição de abuso de posição dominante e via acordos entre concorrentes, como os cartéis —, estar-se-á indiretamente controlando o desnível de poder entre os contratantes.¹³³

Para corrigir o problema de assimetria de informações, existe o Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.038/90), que garante, em seu artigo 6º, o mais amplo direito de informação acerca de produtos e serviços negociados no mercado, sob pena inclusive de responsabilidade civil objetiva do fornecedor. Por isso, o direito do consumidor é a cara- metade do direito da concorrência e ambos se completam na regulação do mercado.¹³⁴ A regulação do mercado acionário, realizada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM, o equivalente a SEC, nos Estados Unidos), cobrirá os problemas de assimetria de informação no mercado de valores mobiliários. O Código Civil brasileiro e o dever de boa-fé, insculpido em seu artigo 422, podem ser invocados pelos tribunais a fim de exigir a divulgação de informação nos contratos empresariais também.

O problema das extenalidades pode ser objeto da legislação antitruste ou ambiental, e o direito contratual deve estar preparado para as conexões com o corpo de leis, como já mencionado.

Diante desses aspectos, seguindo-se nesta linha de raciocínio, o que o direito contratual pode oferecer ao mercado e qual é a sua função social?¹³⁵

- a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica;
- b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes;
- c) Salvar os ativos de cada um dos agentes;
- d) Criar proteção contra o comportamento oportunista;
- e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco;
- f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos;

¹³³ FORGIONI, Paula Ana. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

¹³⁵ Poder-se-ia complexificar a análise do contrato como sistema de regulação que envolve aspectos institucionais, interativos e sociais, mas esse assunto já foi abordado no artigo denominado “A hipercomplexidade do contrato em um sistema econômico de mercado”, publicado em *Direito e Economia*. Luciano Timm (org.). São Paulo, THOMSON/IOB, 2005.

Em síntese, o direito contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário providenciará a distribuição de riqueza.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar a posição da doutrina brasileira e do Poder Judiciário nacional em relação ao polêmico artigo 421, do Novo Código Civil brasileiro, que, supostamente, limita a liberdade das partes contratantes à função social dos contratos.

Constatou-se que a maioria dos juristas no Brasil tende a compreender o disposto no referido artigo 421 como uma manifestação da “publicização” do Direito Privado, via Constituição, tendo por critério informador os ditames da justiça social, objetivando beneficiar os menos favorecidos. Este entendimento tem sido utilizado para justificar a posição de alguns tribunais no país favorável à revisão dos contratos, podendo o juiz (Estado) interferir no acordo entabulado entre as partes para anular cláusulas e estabelecer direitos e obrigações por elas não barganhados, vez que o contrato não seria um ambiente de liberdade, mas de opressão, sendo o próprio juiz o responsável por reequilibrar as forças entre os contratantes.

Defendeu-se, neste artigo, que a análise econômica do Direito pode ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado. Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. Ademais, argumentou-se favoravelmente à utilização da análise econômica do Direito no âmbito dos contratos, para que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.

A conclusão final é a de que existe discrepância entre o contrato (fato) e o direito contratual (regras e princípios). Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social. O direito contratual, para a resolução dos problemas gerados pela imperfeição dos mercados, tem por função:

- a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial;
- b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes;
- c) Salvaguardar os ativos de cada agente;
- d) Criar proteção contra o comportamento oportunista;
- e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco;

- f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos;

Last but not least, o sistema tributário e a seguridade social tratarão da distribuição de riqueza para corrigir as desigualdades.