

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UMA ANÁLISE LÓGICO-EMPÍRICA

SOCIAL ROLE OF THE CONTRACT: A LOGIC-EMPIRICAL ANALYSIS

*Julio Cesar de Aguiar**

*Leandro Oliveira Gobbo***

RESUMO: trata-se de um estudo do significado da função social do contrato, assim entendido como a determinação da extensão da intervenção estatal em contratos privados, bem como o objetivo do próprio direito dos contratos. O estudo propõe que existem apenas duas possíveis definições da função social do contrato; uma econômica, de geração de cooperação, e outra política, de distribuição. Sugere ainda que a distinção é relevante na medida em que serve para identificar a maneira mais eficiente para que a lei alcance os objetivos buscados, sejam eles distributivos ou de cooperação.

PALAVRAS-CHAVE: Análise econômica do direito. Direito dos contratos. Função social do contrato.

ABSTRACT: This is a study of the meaning of the social role of the contract, understood as determining the extent of the state intervention in private contracts, as well as the goal of contract law itself. The study suggests that there are only two possible definitions of the social objective of the contract; one economic, to generate cooperation, and the other political, related to distribution. It also suggests that the distinction is relevant in that it serves to identify how the law can, more efficiently, reach the goals it seeks, whether they are distributive or cooperative.

KEYWORDS: Contract law. Economic analysis of law. Social role of contracts.

INTRODUÇÃO

A Ministra Nancy Andrighi (2009), do Superior Tribunal de Justiça, definiu a função social do contrato como um princípio aberto para a consecução da justiça, nas seguintes palavras:

O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e *PhD in Law* pela *University of Aberdeen, UK*, professor do mestrado da Universidade Católica de Brasília.

** Mestrando e bolsista do CNPq na Universidade Católica de Brasília.

De fato, a determinação legal de que a liberdade de contratar seria exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”, inscrita no artigo 421 do Código Civil Brasileiro, soou como um tiro de partida para uma corrida doutrinária para preencher, exatamente, o conteúdo da função social do contrato.

Sem titubear, a doutrina e as cortes imediatamente associaram essa função social a uma necessária justiça social, dando ao direito dos contratos o objetivo de ser ferramenta do poder constituído em certo momento, aí incluído o Judiciário, para a utilização de políticas distributivas, negativas (bloqueando certos contratos) ou positivas (obrigando a contratação ou modificando as cláusulas de outros contratos), para limitação e interferência no direito de acesso a bens e a serviços (BERALDO, 2011, p. 266).

Ao mesmo tempo em que o fizeram, entretanto, confundiram em diversos casos essa justiça social com a aplicação do direito dos contratos para a geração de cooperação e correção de falhas de mercado. Ocorre que essas últimas ações – promoção de cooperação e correção de falhas de mercado – são absolutamente necessárias para permitir a própria existência lógica e econômica dos contratos, enquanto a primeira – justiça social – é mera decisão política.

O presente artigo pretende, primeiramente, chamar a atenção para o fato de que tentar descrever o conceito de função social do contrato é, em verdade, propor uma determinação da extensão da intervenção estatal em contratos privados e discutir para que serve o direito dos contratos.

Paralelamente, o estudo objetiva demonstrar que existem apenas duas possíveis definições da função social do contrato: (i) ou ela objetiva gerar cooperação, seguindo proximamente ao conteúdo lógico-empírico que justifica a própria existência dos contratos, em linha com a doutrina econômica mais atual que prevê também a correção de falhas de mercado, (ii) ou a função social do contrato vai além e adentra no campo da política, área em que a discussão passa a ser regida por aspectos distributivos.

Se o enfoque das ações governamentais em busca dos melhores resultados na implantação de políticas públicas é diferente quando o direito dos contratos objetiva (i) uma maior eficiência econômica ou (ii) um resultado distributivo específico; então compreender a diferença entre essas duas ações é crucial no entendimento da mais eficiente maneira de aplicar o direito dos contratos, seja qual for o objetivo pretendido.

1 POR QUE EXISTEM CONTRATOS?

1.1 CONCEITUAÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL DE CONTRATOS

Usualmente, a doutrina brasileira inicia a definição de contrato com a análise dos atos jurídicos, fatos jurídicos e negócios jurídicos. Esses conceitos seriam espécie, gênero e família, verdadeira escala genealógica lógico-formal de conceitos sob a ótica do Direito, sendo que o conceito primeiro de fato jurídico incorpora o ato jurídico, que por sua vez inclui dentro de si o negócio jurídico, do qual o contrato seria um exemplo (GOMES, 2008, p. 4).

Assim, fato jurídico seria todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas (FIUZA, 2010, p. 5).

Ato jurídico poderia ser ainda considerado em sentido amplo (*lato sensu*), admitindo três espécies, quais sejam: atos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*), negócios jurídicos e atos ilícitos. Admitindo tal separação, o ato jurídico em sentido estrito seria toda ação lícita, não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto não da vontade do agente, mas da lei (FIUZA, 2010, p. 5).

Descendo (ou subindo) a cadeia, o negócio jurídico seria toda ação humana que se volta para a obtenção de efeitos desejados pelo agente, quais sejam criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. A condição da vontade própria combinada com a ideia de livre-arbítrio são, em grande parte dos casos, pilares dessa definição (FIUZA, 2010, p. 7).

Vale mencionar que outros autores possuem conceituação diversa e consideram o próprio ato jurídico a manifestação de vontade tendente à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica (AZEVEDO, 2004, p. 23).

De toda forma, partindo de tais conceitos, tem-se que o contrato poderia ser definido como o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, respeitadas todas as leis aplicáveis, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o objetivo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2003, p. 8).

Por vezes, o caráter patrimonial da relação não é incluído na definição ou a ele é dado tratamento diferenciado (BARROS, 2004, p. 33); em outras, a definição não inclui a necessária conformidade legal para que essa relação possa ser classificada como um contrato (AZEVEDO, 2004, p. 23).

Esse conceito tradicional parte eminentemente de um ponto de vista jurídico para definir o que é contrato – bastaria dizer que é contrato o que a lei diz que é contrato. É

interessante a tendência de tentar levar a legalização do conceito ao extremo, pela inclusão de todo tipo de lei e princípio que se entenda aplicável como parte inseparável do ato.¹

O contrato como conceito jurídico é uma construção da doutrina jurídica perpetrada com o objetivo de dar à linguagem jurídica uma frase capaz de resumir, com designação resumida e simplificada, um enorme conjunto de princípios e regras de direito que compõe uma disciplina jurídica complexa. Ora, como ocorre com outros conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido de forma lógica e completa se limitado à sua essência jurídica, como se essa constituísse uma realidade autônoma, dotada de existência por si só nas leis e nos livros de Direito (ROPPO, 1988, p. 7-8).

Muito ao contrário, o conceito jurídico de contrato é reflexo de uma realidade exterior a ele próprio, composta por interesses, comportamentos e incentivos – o próprio contrato, em sua forma moderna, é nada mais que tecnologia jurídica composta de comportamentos e incentivos com o objetivo de permitir a cooperação.

Por esse motivo, para conhecer a lógica do conceito de contrato é necessário analisá-lo empiricamente, apresentando o motivo de sua existência e sua própria utilidade social. Essa análise, por sua vez e diretamente, leva logo ao primeiro entendimento da utilidade do direito contratual e, conseqüentemente, à sua função social.

1.2 ANÁLISE LÓGICO-EMPÍRICA E ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Com sua tradição de existência como disciplina voltada à hermenêutica, o Direito é insuficiente para compreender as relações subjacentes à existência da tecnologia chamada contrato. Outras disciplinas, como a Economia, a Psicologia e a Sociologia, são, portanto, não apenas úteis, mas necessárias para um entendimento lógico do contrato.

No Brasil e no exterior, parte da doutrina de análise econômica do Direito tende a se voltar ao contrato com o olhar econômico mais tradicional e considerá-lo mera transação de mercado entre duas ou mais partes, meio de troca entre pessoas (TIMM, 2012, p. 160). Essa definição é, assim como a definição jurídica, insuficiente, e específica demais.

¹ A título de exemplo, cite-se a seguinte proposta:

“Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica e extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca de satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.” (FIUZA, 2010, p. 15)

Em 1936, considerava-se como mais exata a definição de contrato que se defende no presente estudo: *contrato é uma promessa exigível*. Por exigível, entenda-se exequível por lei, criando por consequência um direito subjetivo a uma conduta de outra pessoa no futuro (POLLOCK, 1936, p. 1). Em outras palavras, pode-se afirmar que o contrato é o acordo de vontades que gera obrigações legais (FERNÁNDEZ, 1995, p. 319).

O contrato é, portanto, uma promessa, ou conjunto de promessas, que em caso de quebra são remediadas por lei, ou que podem ser executadas e reconhecidas como um dever (de uma parte) e direito (da outra), também por lei. Mais ainda, a definição deixa claro que a obrigação de um contratante é baseada na promessa feita pelo próprio contratante (WILLISTON, 1936, p. 1–2) e carece de um órgão julgador imparcial.

Essa definição pode não ser considerada inteiramente satisfatória, já que necessita de uma definição subsequente para tornar-se completa: sob quais circunstâncias a lei aplica, de fato, exequibilidade a uma promessa? Entretanto, incluir esses fatos na definição de contratos implicaria resumir todo o direito de formação e execução dos contratos em uma única frase, o que obviamente é impossível (WILLISTON, 1936, p. 1).

Historicamente, mencione-se que a exclusão das promessas não exequíveis do conceito de contrato remonta à distinção entre *contractus* e *pactum* realizadas pelo direito romano e introduzidas posteriormente tanto no direito positivo como no *common law* (POLLOCK, 1936, p. 8).

Por que, entretanto, a sociedade sentiu a necessidade de que parte de suas promessas fossem exigíveis por lei?

A resposta histórica é eminentemente econômica, e as situações, relações e interesses que constituem o contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica (ROPPO, 1988, p. 8).

Trocas econômicas existem numa sociedade porque as pessoas valoram diferentemente os bens (ou outras promessas). Assim, bens e serviços e ações, dadas as circunstâncias ideais, serão transferidos de quem os valorizam menos para quem os valorizam mais (COOTER; ULEN, 2008, p. 203).

Entretanto, é importante entender que se discute nesse artigo “economia” não no sentido coloquial, que exclusivamente significa a riqueza com valor monetário, mas sim no estudo do comportamento das pessoas em relação ao que elas valorizam, seja uma barra de ouro, seja a saúde de seu pai, seja um beijo de sua esposa.

Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação econômica – e, portanto, possível contrato – onde haja circulação, potencial ou real, de riqueza (novamente, riqueza

considerada qualquer coisa ou promessa que possua valor para alguém, muito embora possa não possuir para outra pessoa) (ROPPO, 1988, p. 13).

Inobstante esta expectativa da existência de contratos pareada com a circulação de riqueza, é certo que se a circulação de riquezas fosse exclusivamente simultânea, a necessidade de proteção legal de direitos contratuais seria menos premente (POSNER, 2010, p. 116).

De fato, em uma troca simultânea há pouca ou nenhuma razão para prometer qualquer coisa (COOTER; ULEN, 2008, p. 203). Tome-se como exemplo a compra de uma maçã – em geral, a transação é completada com a troca de uma nota de dinheiro pelo produto, não havendo qualquer necessidade da elaboração ou execução de contrato. As duas promessas – “eu vou te dar uma maçã” e “eu vou pagar pela maçã” – são executadas simultaneamente e não criam problemas de confiança entre as partes.

Um sistema de trocas voluntárias em que não há um direito dos contratos ou exequibilidade de contratos não entraria em colapso absoluto, mas seria ineficiente, como se explica a seguir.

Nas hipóteses em que as partes não executassem suas obrigações simultaneamente, o processo da troca voluntária como mecanismo de movimento de recursos de pessoas que os valorizam menos para pessoas que os valorizam mais, criando e maximizando valor, não funcionaria com consistência e segurança. Isso porque esses casos de ausência de simultaneidade criam dois problemas iniciais no processo de troca – o oportunismo e contingências imprevistas – para os quais a lei oferece soluções, dentre elas os contratos (POSNER, 2010, p. 115-116).

Promessas tipicamente tratam de trocas deferidas no tempo, transações que necessitam da passagem do tempo para sua conclusão. Como já colocado, a passagem do tempo entre a troca de promessas e a sua execução gera incerteza e riscos; a incerteza e os riscos tornam-se obstáculos para a troca e a cooperação. Por sua vez, a exequibilidade das promessas serve de incentivo para a troca e a cooperação (COOTER; ULEN, 2008, p. 203).

As razões mais diretas para a utilização de contratos são (i) a coordenação cooperativa de ações que possuem resultados diferentes, (ii) a geração de confiança para a realização de trocas que dependem de eventos futuros e (iii) a promoção da produção em antecipação ao pagamento (POLINSKY; SHAVELL, 2007, p. 8–10).

Dê-se um exemplo para melhor compreensão: a contratação de um marceneiro para a produção de armários personalizados para uma cozinha. Se não há uma relação de confiança prévia, o cliente certamente não realizará o pagamento antecipado sem algum tipo de garantia

que o marceneiro executará o serviço. Ao mesmo tempo, o marceneiro não despende tempo e dinheiro para a construção de armários personalizados sem a garantia de que receberá o pagamento – trata-se de um dilema de ausência de confiança mútua.

A tecnologia jurídica chamada de contrato permite que esse dilema seja superado, gerando cooperação entre as partes. É possível observar-se, pois, que a ausência de direitos exequíveis por lei iria fazer com que os investimentos tendessem às atividades econômicas que pudessem ser completadas no mais curto tempo possível, o que implica redução na eficiência; em outras palavras, estar-se-ia perdendo a oportunidade de gerar mais valor para a sociedade, com a execução das diversas trocas diferidas no tempo (COOTER; ULEN, 2008, p. 203).

Resta, assim, a seguinte pergunta: de que maneira os contratos alteram o comportamento das pessoas, gerando incentivos para a cooperação?

1.2.1 Contrato como incentivo e comportamento

O contrato serve como incentivo e funciona por meio do aumento dos custos (não necessariamente monetários) para o não cumprimento das promessas. Assim, um contratante prefere cumprir o contrato simplesmente porque é mais custoso não cumpri-lo, custo esse criado exatamente pela promessa exequível.

Nessa linha, outra definição razoável de contrato, mais voltada ao aspecto comportamental da sua existência, é uma promessa com sanções em caso de seu não cumprimento, especialmente sanções legais (COOTER; SCHÄFER, 2012, p. 83).

É interessante apontar que nem sempre essas sanções são monetárias, como no caso de uma execução judicial de perdas e danos. Contratos familiares, por exemplo, podem ter sanções sociais muito mais graves para o contratante (COOTER; SCHÄFER, 2012, p. 83).

Volte-se ao exemplo do marceneiro e dos armários, e suponha-se agora que são pai e filho com excelente e longo relacionamento – nessa hipótese, eles assinariam um contrato? Provavelmente não. E não assinariam o contrato porque (i) já confiam um no outro pelo relacionamento reiterado e (ii) sabem que a não execução implicará sanções sociais (talvez a ira ou desapontamento dos demais membros da família) que são suficientes para incentivar o cumprimento voluntário.

Os princípios por trás do funcionamento lógico do contrato por meio de sanções sociais ou monetárias são os mesmos – trata-se de incentivos positivos ou negativos que tornam o custo do não cumprimento da promessa maior do que o custo do cumprimento.

É por conta dessa lógica que os contratos, na maioria das vezes, não são executados judicialmente (ou por arbitragem). Não é para a execução que servem os contratos, mas sim para alterar o comportamento das partes, alterando os incentivos que afetam os contratantes.

Do ponto de vista jurídico, os contratos se tornam relações de direito sem que sejam submetidos a controle *ex ante* de validade jurídica. Muito embora a norma estabeleça certas regras constitutivas do contrato, o poder público não assegura sua observação: o controle é feito apenas *ex post*, e apenas no caso de existir uma demanda neste sentido. A ordem contratual, nesse sentido, é uma ordem privada (LOUREIRO, 2002, p. 23).

A doutrina costuma se arvorar na ideia de que o livre-arbítrio e a vontade humana são base da relação contratual (DINIZ, 2003, p. 7), quando, em verdade, apenas o são na medida em que há liberdade para determinar os seus termos. Sob outra perspectiva, os contratos são apenas ferramentas de controle social de uns em relação a outros, afastando-se da ideia tradicional de *free will*.

Por fim, vale mencionar que a boa-fé, tão discutida pela jurisprudência brasileira², somente faz sentido se entendida no contexto colocado acima, ou seja, como o dever de agir de acordo com as promessas realizadas *ex ante*. Esse cumprimento das promessas não ocorre porque as pessoas são ‘boas’ ou ‘caridosas’, mas porque os incentivos de determinado contrato apontam para determinado resultado comportamental como mais útil.

1.2.2 Trocas como parte intrínseca do direito à propriedade

Finalmente, coloca-se outra proposição realizada pelo presente artigo em relação à natureza dos contratos: *os contratos são instrumentos necessários para o pleno exercício do direito à propriedade*. Essa proposta é relevante para a explicação realizada no item 4.1, que trata da função social lógico-empírica do contrato.

A propriedade não é um simples direito, mas um conjunto de faculdades (GICO JUNIOR, 2012). Essas faculdades são juridicamente determinadas como o uso, gozo, disposição e reivindicação, todas possuindo equivalente econômico nas faculdades de acesso, extração, administração, alienação e exclusão.

² Saliente-se, outrossim, que a conduta das partes contratantes deve ser fundada na confiança, na lealdade, na honestidade, na lisura, na certeza e na segurança, vedando o abuso de direito por parte dos contratantes. É a chamada boa-fé objetiva, que, independentemente do subjetivismo do agente, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1272995/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012.)

A proposta lógica é simples: se a faculdade de disposição (*ius disponendi*) constitui parte do direito subjetivo de propriedade, traduzido economicamente como a possibilidade de alienação; se essa faculdade corresponde ao direito de alugar ou vender a coisa; se essa venda ou aluguel podem prescindir de uma transação que não é realizada simultaneamente; então o contrato é uma ferramenta indispensável para o *completo* gozo das faculdades relacionadas ao direito de propriedade.

Como consequência, qualquer sociedade cujo direito contratual não resulte na eficiente concreção dos objetivos dos contratantes é sociedade sem determinação segura de direitos subjetivos. Essa, por sua vez, resulta em outras consequências, como o aumento de comportamentos oportunistas e aumento dos gastos para manutenção dos direitos subjetivos.

Essa ideia serve de ligação direta para a próxima pergunta a ser discutida no presente estudo: como, então, deve ser um direito dos contratos que concretize a função lógico-empírica dos contratos?

2 PARA QUE SERVE O DIREITO DOS CONTRATOS?

2.1 AÇÃO LÓGICO-EMPÍRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

Os primeiros objetivos do direito dos contratos estão ligados à interpretação lógico-empírica e trata-se dos requisitos para que os contratos possam funcionar como tais da maneira mais eficiente possível, considerando seu objetivo precípuo.

Não se trata aqui da garantia de qualquer tipo de justiça, mas simplesmente de ‘fazer os contratos serem contratos’, de servirem como incentivo para a alteração dos comportamentos dos contratantes, objetivos notadamente estudados pela disciplina econômica.

Em resumo, o objetivo básico do direito dos contratos é promover a coordenação e a cooperação, por meio da imposição de custos para as pessoas que ajam oportunisticamente em relação à outra parte contratante, e a redução da necessidade de tomada de medidas auto protetivas custosas (POSNER, 2010, p. 117).

Em outras palavras, o direito dos contratos é o esforço do poder público, mais ou menos imperfeito por natureza, de estabelecer sanções para as expectativas de boa fé decorrentes das transações realizadas por pessoas capazes (POLLOCK, 1936, p. 1).

Em detalhe, a depender do autor, as funções do direito dos contratos variam, sendo as seguintes reconhecidas com frequência:

- a. Tornar exigíveis os termos contratuais verificáveis por um terceiro adjudicador (ARAÚJO, 2007, p. 108), preferencialmente sempre que ambos os contratantes queriam tal exigibilidade quando da contratação (*ex ante*) (COOTER; ULEN, 2008, p. 202), da maneira mais eficiente para incentivar o cumprimento das promessas feitas, convertendo situações não cooperativas em situações com uma solução cooperativa (COOTER; ULEN, 2008, p. 205; 208);
- b. Proporcionar às partes termos eficientes para preenchimento de lacunas contratuais e atribuição de riscos e danos *ex post* (POSNER, 2010, p. 123), por meio de normas supletivas eficientes (ARAÚJO, 2007, p. 108–109), eventualmente mesmo quando essa solução seja o incumprimento, por exemplo, quando os custos de oportunidade do cumprimento se tenham tornado demasiado elevados. A análise econômica oferece uma regra simples para o preenchimento de lacunas com termos padrão – basta considerar qual seria o resultado provável caso as partes tivessem negociado *ex ante* em relação ao e com conhecimento do risco em questão (COOTER; ULEN, p. 202); ou, ainda, àquela que pudesse realizar o seguro ao menor preço. Interessante observar que a alocação dos riscos deve obedecer a critérios que nada se relacionam com justiça social, com a parte mais fraca ou com a parte que obteve o maior excedente no processo de barganha;
- c. Promover a eficiente troca e revelação de informações entre as partes na relação contratual (COOTER; ULEN, 2008, p.208), inclusive com o fornecimento de tipificação legal (contratos típicos por espécie) (ARAÚJO, 2007, p. 108) e termos e vocabulário padrão, implicando redução dos custos de transação (COOTER; ULEN, p. 220-221). Sobre esse ponto, veja-se que o próprio código de defesa do consumidor posicionou-se de maneira clara com o objetivo de punir a assimetria de informação, sem a necessidade de voltar-se a critérios valorativos;
- d. Reduzir os custos da solução de controvérsias (POSNER, 2010, p. 123);
- e. Promover o nível excelente de confiança, sendo essa entendida como suficiente para alterar o comportamento de um dos contratantes induzido pela promessa, aumentando a cooperação e o valor potencial das promessas (COOTER; ULEN, 2008, p. 232).

Os objetivos descritos acima dizem respeito exclusivamente à eficiente implementação dos objetivos lógicos decorrentes dos contratos, no sentido de servir como instrumento para geração de cooperação e alteração do comportamento com o objetivo de

cumprimento das promessas realizadas *ex ante*. Em oposição, estas funções em nenhum momento tratam da distribuição de riqueza ou da efetivação de justiça social.

Esses objetivos do direito dos contratos devem ser buscados por quaisquer regramentos jurídicos, independentemente de qualquer política e de qualquer função social, eis que colaboram em todas as hipóteses para soluções em que no mínimo uma das partes será beneficiada, sem prejudicar a outra parte.

Em muitos casos, o que a jurisprudência e a doutrina chamam de função social do contrato são nada mais que aplicações dos objetivos econômicos e lógico-empíricos do direito dos contratos, no contexto de sua existência como ferramenta para incentivo e alteração de comportamento, respeitando as promessas feitas *ex ante*.

Cite-se, por exemplo, a decisão que transfere a propriedade de empreendimento quase concluído para comissão formada por adquirentes de unidades, de maneira a viabilizar a continuidade da obra (eficiente atribuição de danos e riscos *ex post*)³; ou o fornecimento de informações pela instituição financeira de dados cadastrais do devedor para proteção do credor de boa-fé (eficiente troca e revelação de informações)⁴; ou a ampliação do âmbito de eficácia da relação contratual de seguro (redução dos custos de transação e solução de controvérsias)⁵; ou a teoria do adimplemento substancial, segundo a qual o credor fica impedido de rescindir o contrato, caso haja cumprimento de parte essencial da obrigação assumida pelo devedor (eficiente atribuição de riscos e danos *ex post*)⁶; ou a obrigação de

³ 2. Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1115605/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011)

⁴ 3. Tendo em vista que os artigos 339 a 341 do Código de Processo Civil impõem a terceiros o dever de colaboração com o Judiciário, o fornecimento de informações de natureza cadastral aos credores da obrigação cambiária é feito em benefício do direito fundamental de ação, da função social do contrato, do sistema de crédito e da economia, da adequada utilização do cheque, que contribui para o aperfeiçoamento do sistema financeiro, da proteção do credor de boa-fé e da solução rápida dos conflitos, não podendo o Banco acobertar o devedor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159087/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 15/05/2012.)

⁵ Com efeito, esta Corte já manifestou, em precedente de minha relatoria, que, à luz do princípio da função social do contrato de seguro, permite-se a ampliação do âmbito de eficácia da relação contratual para se garantir o pagamento efetivo da indenização ao terceiro lesado pelo evento danoso. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 155.244/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 15/02/2013.)

⁶ 3. Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 877.965/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012.)

inclusão expressa de cláusulas restritivas de direitos (redução da assimetria de informação)⁷; ou a restituição da diferença quando da adjudicação de imóvel avaliado por preço superior ao valor do saldo devedor (preenchimento eficiente de lacunas e atribuição eficiente de riscos *ex post*)⁸; ou o cancelamento de venda de imóvel por dívida ínfima de IPTU (resultado provável caso houvesse a negociação *ex ante*)⁹.

Esses casos não dependem de qualquer tipo de análise de justiça social para aplicação judicial e legal, apenas do reconhecimento de que se trata, pura e simplesmente, da mais eficiente solução.

Por um lado, é possível defender que a própria geração de excedentes entre as partes contratuais constitui função social do contrato, eis que deixa os contratantes (parte da sociedade) mais ricos (não necessariamente de forma monetária). Sob esse argumento, todos os objetivos da lei dos contratos citados acima seriam *per se* a materialização da função social do contrato.

Entretanto, é possível ainda a defesa de outro argumento. COOTER e ULEN (2008, p. 241) defendem a existência de outro objetivo da lei dos contratos: promover a cooperação estável e contínua, resolvendo o problema da cooperação sem a necessidade de exequibilidade.

Na medida em que serve como efetivação do direito da propriedade e de um conjunto de direitos subjetivos bem definidos, incentivando a cooperação, o surgimento de instituições econômicas inclusivas e o crescimento econômico nacional, esses objetivos constituem verdadeira função social do contrato, no aspecto macro.

⁷ IV - As limitações contidas no art. 1.460 do Código Civil de 1.916, devem constar, de forma expressa, clara e objetiva, de modo a se evitar qualquer dúvida em sua aplicação, sob pena de inversão em sua interpretação a favor do aderente, da forma como determina o art. 423 do Código Civil, decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192609/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 21/10/2010)

⁸ 1. Execução hipotecária em que valor da avaliação do imóvel superou o montante do saldo devedor remanescente. 2. Correta a determinação pelo juízo à instituição financeira adjudicante de restituição aos mutuários da diferença. 3. Interpretação da regra do art. 7º da Lei 5.741/71 à luz dos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da função social do contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1124362/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 21/05/2012)

⁹ 4. Diante do contexto de desproporcionalidade que a presente hipótese evidencia, verifica-se que o acórdão, ao afastar a exceção do contrato não cumprido, acabou por violar princípios norteadores da relação contratual, quais sejam, o da proporcionalidade, da boa fé e da função social do contrato, porque, por uma importância desproporcional ao valor do bem, garantiu aos recorridos um benefício muito maior do que o contratado, haja vista que, o atraso na quitação do IPTU, no montante declinado, nunca representaria motivo suficiente ao pedido de rescisão contratual, seja pelo fato de que o imóvel já havia sido entregue, seja pelo fato de que o valor das prestações já quitadas supera em muito o montante atribuído ao Fisco e que, facilmente, poderia ter sido abatido do valor devido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1220251/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 13/03/2012.)

Esse ponto será mais bem desenvolvido na próxima seção. Antes, entretanto, é importante se ocupar das outras hipóteses econômicas e lógico-empíricas que justificam – objetivamente – a intervenção estatal nos contratos privados: a prevenção e correção de falhas de mercado.

2.1.1 Intervenção estatal para prevenir e corrigir falhas de mercado

Dados baixos custos para realização das operações e contratantes racionais, os contratos firmados aproximar-se-ão muito do exato conjunto de incentivos para alteração de comportamento de interesse dos contratantes. Esse tipo de contrato reflete o que os contratantes buscam, sem falhas, lacunas ou ineficiências que devem ser corrigidas pela regulação estatal (COOTER; ULEN, 2008, p. 231).

O aumento dos custos de transação, por outro lado, implicará existência de lacunas, que justificam atuação jurisdicional para correção eficiente. Mais interessante, os custos de transação podem gerar falhas como externalidades, informações ausentes ou incorretas e monopólios situacionais. Falhas sérias requerem a intervenção estatal para sua correção.

COOTER e ULEN (2008) propuseram um quadro sinótico das possíveis falhas e suas respectivas soluções doutrinárias, aplicáveis ao direito norte-americano. Esse quadro pode ser diretamente adaptado ao direito brasileiro, utilizando as ferramentas legais existentes em nosso sistema legal para correção das falhas de mercado, o que se propõe a seguir:

Tabela 1: Soluções legislativas para falhas de mercado no Brasil

Falha de mercado	Solução legal
Ausência de preferências estáveis e ordenadas (indivíduo não tem capacidade para distinguir racionalmente o que prefere)	Caso de incapacidade civil, remediado pelo art. 3º do Código Civil Brasileiro ¹⁰ .
Escolha limitada por motivos fora do controle do contratante	Casos de coerção, estado de necessidade, estado de perigo, e desproporcionalidade, solucionados pelos arts. 151, 153, 156, 157 do Código Civil Brasileiro ¹¹ .
Externalidades	Ordem pública, combatido pelo art. 122 do Código Civil ¹² .
Assimetria de informação	Casos de erro, erro mútuo, assimetria de informação e interpretação conforme a boa-fé e os usos do local, com previsão legal nos arts. 113, 138, 143 e 441 do Código Civil Brasileiro ¹³ , bem como no Código de Defesa do Consumidor.
Monopólio	Defesa da concorrência, Lei nº 12.529/11, estado de necessidade, estado de perigo e coação em casos de monopólio situacional.

¹⁰ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹¹ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹² Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

¹³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Como pode ser observado, o direito brasileiro já possui solução jurídica para as falhas de mercado passíveis de ocorrência em relações contratuais, sem a necessidade da avocação do princípio da função social.

Muito embora com um tratamento jurídico organizado de maneira diversa do que o seria se organizado de forma lógico-empírica ou econômica, as soluções legais são suficientes para corrigir as falhas de mercado.

Somando-se a atuação do Estado no sentido de impedir as falhas de mercado e promover a cooperação e coordenação, todas objetivas e lógicas, quaisquer outros objetivos inseridos na lei dos contratos são subjetivos e servem para cumprir decisões políticas, como se vê a seguir.

2.2 AÇÃO POLÍTICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

Em 1988, ROPPO (1988, p.22-3) já propunha que:

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos - longe de limitar-se a codificar regras impostas pela <natureza> ou ditadas pela <razão> (como afirmavam os seguidores do direito natural - constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações económicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme os interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.

(...)

Resulta claro, desta forma, que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação económica de um véu legal *de per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações económicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objectivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*.

No caso brasileiro, a doutrina acerca dos objetivos da lei contratual reconhece efeitos políticos externos, internos e até promoção de justiça social e de fundamentos e princípios constitucionais (BERALDO, 2011, p. 265).

Igualmente, a jurisprudência utiliza reiteradamente o princípio da função social como fundamento para a determinação de efeitos políticos à lei dos contratos, tais como a promoção dos interesses sociais previstos na Constituição Federal¹⁴, inclusive a valoração da dignidade

¹⁴ 1. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo, ainda continua plenamente válido em nosso ordenamento jurídico. Assim, têm os contratantes plena liberdade de pactuar normas a gerarem efeitos entre si, desde que estas não venham a ofender interesses sociais previstos na Constituição. (BRASIL. Superior Tribunal

humana e afastamento dos lucros (não somente no sentido monetário) como motor da efetivação de contratos entre indivíduos¹⁵.

Antes de tudo, deve-se entender e reconhecer que a inclusão de objetivos políticos na execução da lei dos contratos não é necessariamente boa ou ruim, mas é, sim, uma escolha essencialmente política.

A partir do momento em que se fala de uma escolha política, e que se reconhece que é tal, deve-se agir de maneira a cumprir os objetivos políticos o mais eficientemente possível. Mais: há diversas teorias econômicas para programar políticas públicas de maneira eficiente.

Doutrinariamente, há a ideia de que fazer política pública é inerentemente distribuir – dar a algumas pessoas ou grupos mais riqueza, poder ou *status* do que eles tinham antes, bem como tirar ou dar menos a outras pessoas – utilizando a lei como uma ferramenta de distribuição (HATCHARD; PERRY-KESSARIS, p. 18).

Para gerar desenvolvimento é necessário distribuir de maneira a promover o desenvolvimento – dar mais às pessoas cujo retorno terá o maior efeito multiplicador. Para contar como uma política pública de desenvolvimento, uma proposta deve considerar principalmente de que maneira aquela distribuição gerará crescimento econômico, ou qualquer outro tipo de desenvolvimento. Se desenvolvimento significa mais do que um crescimento pontual; se significa uma transformação social ou crescimento sustentável; então é necessário planejar de que maneira determinada política pública gerará determinado tipo de desenvolvimento (HATCHARD; PERRY-KESSARIS, p. 18).

Essa diferenciação da objetivação do direito dos contratos – como ferramenta objetiva de promoção da cooperação e como instrumento de implementação de políticas públicas – deve ser reconhecida, para que, caso se decida pela objetivação política do direito dos contratos, faça-o com eficiência e foco nos resultados.

Mais ainda, a extensão da aplicabilidade dos direitos dos contratos se liga diretamente à função social que se espera com o contrato, como se passa a demonstrar a seguir.

de Justiça. EDcl nos EREsp 791.077/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 21/08/2008.)

¹⁵ 14. A função social do contrato apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1o. da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1272995/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012.)

3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO SOB UMA PERSPECTIVA LÓGICO-EMPÍRICA

Como a atuação do direito dos contratos no sentido de garantir sua função mais básica e primária pode servir para o desenvolvimento do bem-estar social? Em primeiro lugar, e obviamente, por meio da garantia do máximo de excedente entre as partes. Não somente, entretanto.

Como, então, identificar uma maior função social do contrato partindo exclusivamente da função econômica e da função lógico-empírica do direito contratual? Por meio da análise de sua contribuição para o desenvolvimento de um mercado e instituições inclusivas, com chances iguais para os contratantes, bem como a criação de incentivos para o crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, garantindo que os inovadores recebam e mantenham seus lucros e possam coordenar atividades econômicas cooperativas na sociedade.

Como é claro, a função social do contrato é um conceito aberto, passível de diversas interpretações. Uma delas é a consideração da função social como a obrigação da maximização do bem-estar social, assim considerada a redução máxima dos custos de transação para promoção do fluxo de trocas no mercado e a alocação de riscos pelos agentes econômicos até que seja alcançada a situação mais eficiente (TIMM, 2012, p. 173-4). É um conceito que coincide com os objetivos econômico e lógico-empírico do direito contratual, apresentado no item 3.1.

Nessa linha, a função social do contrato não incluiria a intervenção política no contrato individual – a extensão e o alcance do direito dos contratos resumir-se-ia a promover a cooperação e corrigir falhas de mercado.

Novos estudos econômicos, sociais e políticos identificam as instituições políticas e econômicas inclusivas e a garantia de direitos subjetivos bem definidos, assim como a consequente e necessária exequibilidade dos contratos como prometidos entre os contratantes, como combustível do crescimento e desenvolvimento econômico e tecnológico, a geração de inovação e o aumento da igualdade social, econômica e política (COOTER; SCHÄFER, 2012).

A partir de um estudo do desenvolvimento institucional da coalizão dos comerciantes medievais da região de Maghribi, GREIF identificou que a lei daqueles comerciantes promovia a eficiência por meio da coordenação e cooperação necessárias para o

funcionamento da coalizão, economizando em custos de negociação e viabilizando relações de mandato eficientes (GREIF, 2006, p. 71). De fato, a análise da coalizão dos comerciantes medievais da região de Maghribi ilustrou a importância de instituições que garantam a exequibilidade dos contratos para a operação eficiente dos mercados (GREIF, 2006, p. 88).

A conclusão do estudo institucional trouxe importantes conclusões sobre os motivos que levam alguns países a serem ricos e outros pobres, relacionado ao fato de que instituições socialmente responsáveis devem promover a cooperação e a criação econômica como ferramentas de promoção do bem-estar social. Essa promoção da cooperação serve como base para o mercado por meio da eficiente determinação, proteção e alocação de direitos subjetivos, inclusive a garantia da execução contratual nos termos econômicos propostos (GREIF, 2006, p. 4).

O *pacta sunt servanda* é relevante não pela sua origem histórica em si e não somente porque diz respeito à liberdade das pessoas para contratar, mas porque implica, diretamente, desenvolvimento de instituições econômicas e políticas mais inclusivas.

Instituições econômicas inclusivas que definem bem os seus direitos de propriedade, criam um campo negocial igualitário e promovem a realização de investimentos em novas tecnologias e habilidades tendem a conduzir a um crescimento econômico estável, ao contrário de instituições econômicas extrativistas, essas estruturadas para extrair recursos de muitos por poucos, em que não há proteção dos direitos de propriedade ou incentivos à atividade econômica (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 429).

Por sua vez, instituições econômicas inclusivas são suportadas por, e suportam elas próprias, instituições políticas inclusivas, em que o poder é distribuído amplamente e de maneira pluralística, garantindo certo nível de centralização e consequente garantia de direitos de propriedade seguros e uma economia inclusiva de mercado (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 430).

De acordo com o princípio da propriedade para a inovação, proposto por COOTER e SCHÄFER, pessoas que geram riqueza devem receber e manter a maior parte da riqueza gerada. Uma implementação bem sucedida desse princípio serve como incentivo para que as pessoas gerem mais riqueza, ao invés de tomar a riqueza gerada por outros (COOTER; SCHÄFER, 2012, p. 100), beneficiando instituições inclusivas em detrimento de instituições extrativistas.

Entretanto, além de incentivo para geração da riqueza, as pessoas que geram riqueza necessitam ainda de uma tecnologia para coordenar os esforços de diferentes pessoas, que

cooperação para geração de mais riqueza de maneira mais eficiente – trata-se dos contratos (COOTER; SCHÄFER, 2012, p. 100).

Em conformidade com o princípio dos contratos para cooperação, a lei deve garantir que as pessoas cumpram as promessas feitas. Quando esse princípio é aplicado, as pessoas confiam umas nas outras para trabalharem juntas, mesmo que sua riqueza (não necessariamente monetária) esteja em jogo (COOTER; SCHÄFER, 2012, p. 83).

Em outras palavras: *a função social primordial do contrato é promover a cooperação*, o que resultaria em diversos outros benefícios sociais de longo prazo percebidos não só pelas partes contratantes, mas por toda a sociedade.

Mas, ainda que se concorde que a simples função econômica e lógico-empírica do direito contratual gera benefícios macro e micro sociais, por que não ir além, utilizando a política distributiva como meio de geração de riquezas?

Especificamente no caso do direito contratual, há alguns possíveis argumentos contra esta intervenção.

Primeiramente, tem-se que o poder público é falho e não conhece as informações individuais que levam à elaboração de determinado contrato. Nesse sentido, o direito contratual prevalecente deveria levar em consideração as imperfeições do governo, desestimulando-o a exceder suas próprias limitações na tentativa de corrigir contratos imperfeitos.

A intervenção política distributiva gera efeitos econômicos diretos sobre a sociedade, sobre o mercado e sobre terceiros, efeitos esses nem sempre de possível ou fácil previsão. Dê-se como exemplo o arrendamento mercantil em dólar: depois da decisão judicial que decidiu atribuir parte do risco às instituições financeiras, ainda que os termos fossem conhecidos pelo público, essa operação deixou de existir no mercado, porque os custos tornaram-se muito altos e a cooperação não era possível, por falta de exequibilidade.

A jurisprudência brasileira já tentou indicar que a distribuição não é parte da função social do contrato¹⁶, mas essa não é a posição majoritária. Em grande parte dos casos o Judiciário efetivamente reconhece a função social do contrato como um “convite” à intervenção política do Estado. Com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça arbitra

¹⁶ - O fato do comprador (*sic*) obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 803.481/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462.)

de acordo com valores subjetivos a multa moratória¹⁷, a cláusula penal¹⁸ e a retribuição pecuniária¹⁹ em diversos contratos, efetivamente quebrando as promessas feitas pelas partes, sem motivos econômicos substanciais, senão um interesse distributivo despropositado.

Ademais, a depender da intervenção, pode haver um efeito negativo na geração de cooperação – como já exemplificado com o caso do arrendamento mercantil – reduzindo a confiança e coordenação do mercado e afetando a própria atribuição segura de direitos subjetivos.

Pode-se arguir ainda que a intervenção distributiva aumenta os custos de transação e reduz a utilidade geral e social do direito dos contratos. Se a utilização do contrato implica lentidões na conclusão dos negócios, escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução e exposição a elevados custos legais e judiciais, então deixa de ter os efeitos econômicos e sociais positivos e deixa de ser útil para viabilizar o contrato como instrumento de incentivo e alteração de comportamento (ROPPO, 1988, p. 20-1).

Outro problema se relaciona ao fato de que a subjetividade e a ausência de um plano específico são pontos recorrentes na aplicação de políticas distributivas no Brasil, o que contribui ainda mais para que políticas distributivas se transformem, na prática, em um pequeno grupo que determina o destino econômico de muitos. Essa situação espelha o retrato encontrado em nações que possuem instituições políticas e econômicas exclusivas, incapazes de gerar crescimento econômico e social sustentável (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012).

A despeito dos pontos negativos, a atual doutrina e jurisprudência entendem que deve haver uma intervenção política distributiva nos contratos, seja ela negativa ou positiva, como se observa a seguir.

¹⁷ Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 476.649/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 25/02/2004, p. 169.)

¹⁸ Assim, no caso, ainda que o contrato tenha sido celebrado antes da entrada em vigor do CC/2002, deve-se interpretar o próprio enunciado do art. 924 do CC/16 de modo a recomendar ao juiz a redução da cláusula penal, buscando, assim, preservar a função social do contrato, afastando o desequilíbrio contratual e o uso da mesma como instrumento de enriquecimento sem causa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1212159/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 25/06/2012)

¹⁹ 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1256703/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011.)

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO SOB UMA PERSPECTIVA POLÍTICA

Existem argumentos para a defesa da função social do contrato e objetivo da lei contratual como uma tecnologia de intervenção distributiva. Especialmente, a proposta de que o equilíbrio entre os contratantes, na vida real, tenha sido desacreditado. O ponto do desequilíbrio dos contratos de trabalho é frequentemente levantado como foco de desequilíbrio, justificando a limitação legal da liberdade de contratar, a redução da esfera de autonomia privada e o encolhimento da liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual (GOMES, 2008, p. 8).

Em geral, as definições distributivas da função social do contrato seguem duas linhas mestras: a aplicação de princípios constitucionais e a defesa aberta de um sistema social mais justo.

No primeiro caso, entretanto, tem-se que a subjetividade dos princípios abertos constitucionais acaba por deixar sua hermenêutica à mercê do interpretador do momento, que pode efetivamente utilizar certos tipos de argumento de valor para a consecução de um resultado específico, nem sempre útil ou eficiente do ponto de vista social.

No segundo caso, a justiça social por meio de políticas públicas deve ser buscada com propósitos lógicos e organizados, não por uma distribuição sem objetivos. No plano das propostas doutrinárias jurídicas sobre o assunto, a análise detalhada dos argumentos pró-intervenção distributiva demonstra que, muitas vezes, não há bases factuais substanciais para a defesa de uma função social distributiva²⁰.

²⁰ A título de exemplo, quatro trechos de doutrina acerca do assunto:

“É imprescindível lembrar, contudo, que razoabilidade não significa decidir de acordo com suas convicções pessoais e, muito menos, arbitrariamente. No Estado Democrático de Direito todas as decisões judiciais devem ser amplamente fundamentadas, com base e coerência nas normas do nosso ordenamento jurídico.” (BERALDO, 2011, p. 267)

“Eis aí o contorno primeiro, genérico e básico da função social do contrato. Sua relevância está, antes de tudo, na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso, a colocar a discussão fora de qualquer contexto que não seja jurídico, que seja puramente ideológico e, por isso, necessariamente parcial.

(...)

O que se tem, enfim, é a função social do contrato integrando-lhe o conteúdo, garantindo que o ato de vontade receba tutela jurídica, desde que seja socialmente útil e sirva à promoção de valores constitucionais fundamentais - portanto uma função não só negativa e limitativa -, dentre os quais a dignidade humana, de que, é certo, o exercício da liberdade contratual não deixa de ser uma expressão, como visto. Ou seja, a vontade não fica excluída do processo formador do contrato, não deixa de ser o móvel criador do negócio, mas cujo efeito normativo encontra sua origem na incidência do ordenamento, condicionada à verificação da consonância do ato de iniciativa da parte às escolhas e valores do sistema. De resto, mais, como uma forma de prestigiá-los e fomentá-los.” (GODOY, 2004, p. 116; 191)

“Ao reprimir o atual Código Civil um sistema contratual socialmente injusto, onde os economicamente mais fracos sujeitam-se a obrigações excessivamente onerosas, acentuam-se certas discordâncias. Efetivamente, é um Código ruim para o titular dominante das relações jurídicas assimétricas, produtoras do enriquecimento sem

As questões relacionadas à existência de desequilíbrio e apontadas como fundamento para a intervenção política distributiva, como no caso do contrato de trabalho, podem ser solucionadas em muitos casos com um direito dos contratos que promova a cooperação e corrija e previna as falhas de mercado.

A distribuição é, em verdade, uma escolha, política, social e econômica, que somente deve ser tomada conscientemente e com objetivo específico, como já colocado, com uma organização fundamentada de crescimento por meio de distribuição. Afinal, qual a utilidade de uma política distributiva que não possui um plano definido e objetivos específicos de desenvolvimento social?

Se esse caminho é escolhido, entretanto, deve-se tomar cuidado para não minar completamente o fundamento empírico dos contratos. Como confiar em uma distribuição do excedente decorrente da cooperação entre as pessoas se toda e qualquer negociação pode ser revista *ex post*, sem o fundamento em critérios objetivos ou econômicos?

4 CONCLUSÃO

Como proposto na introdução, ou a função do contrato social é gerar cooperação e prevenir falhas de mercado, ou a função do contrato social vai além, adentra no campo da política e pretende gerar justiça social. Ademais, a função social do contrato serve, em grande

causa, da vantagem usurária, do proveito indevido e arditoso das contratações lesivas. O seu forte conteúdo ético é ruim a quem, doravante, se dispuser a contratar sob antigos dogmas do arbítrio econômico, indutores de prestações manifestamente desproporcionais aos valores das prestações opostas. (...) Nessa diretriz, expressivas inovações apresentadas são paradigmas de uma teoria contratual concentrada na finalidade social atenta ao perfazimento de noções programáticas de justiça e de utilidade, com efetividade no adequado e correto equilíbrio das relações contratuais, em perspectiva da equivalência das prestações, de razoabilidade indiscutível, e, sobretudo, da estabilidade obrigacional no plano fático da realidade. Os princípios gerais do contrato ganham dimensão axiológica mais dinâmica, em denso atendimento aos valores da solidariedade e da cooperação, a observar que o contrato destina-se a atender interesses sociais relevantes numa sociedade de consumo e de produção, massificada por interesses multifacetados e até antagonicos. O contrato deixa de ser apenas uma operação jurídica, com fins econômicos, nele obtendo profundidade a responsabilidade social dos contratantes, atuando com probidade, boa-fé e em recepção de preceitos de ordem pública. A autonomia volitiva, determinada pelo liberalismo econômico, como princípio da autonomia da vontade, é atenuada por tais diretrizes, porquanto está a exigir que a liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes no tocante ao próprio conteúdo do contrato, igualdade que se reclama substancial, em favor da correção do negócio.” (ALVES, 2010, p. 346–348)

“A liberdade de contratar está condicionada ao atendimento da função social do contrato, que são os fins econômicos e sociais do contrato, proporcionando uma melhor circulação de riquezas. Os interesses individuais das partes do contrato devem ser exercidos em consonância com os interesses sociais, não podendo apresentar conflitos, pois nessa hipótese prevalecem os interesses sociais. Entretanto, a liberdade de contratar está limitada, não podendo contrariar os preceitos de ordem pública, que vedam a convenção entre as partes que seja contrária aos bons costumes, preceitos que fixam os interesses da coletividade, bem como sustentam as bases fundamentais da ordem econômica e moral da sociedade. Essa limitação consiste também na finalidade de evitar as desigualdades contratuais, evitar o predomínio contratual do economicamente forte sobre o economicamente fraco.” (CAMARGO SOBRINHO, 2010, p. 335–336)

parte, para definir qual a extensão da intervenção estatal nos contratos individuais, representando o próprio objetivo do direito dos contratos.

Essa proposição pode ter um paralelo com a chamada Lei de Hume, segundo a qual proposições puramente factuais só podem levar a ou implicar outras proposições puramente factuais e jamais em julgamentos de valor (HUME, 1739). No caso, deve haver uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o dos valores, que pode auxiliar o Poder Público, Legislativo, Executivo e Judiciário, a tomar decisões eficientes, em linha com o objetivo buscado.

Essa distinção parece ter passado ao largo de grande parte da discussão acerca da “função social do contrato”, e muitas vezes essas categorias são confundidas e misturadas.

Não há necessidade para qualquer tipo de fundamentação valorativa para a promoção econômica e lógica dos objetivos contratuais – elas decorrem da própria imprescindibilidade de dar à sociedade a tecnologia necessária e eficiente para permitir a cooperação.

Por outro lado, a intervenção distributiva deve ser precedida de uma análise do porquê e de como aquela distribuição gerará maior riqueza e mais desenvolvimento para a sociedade, sob o risco de ser contraproducente, mera ferramenta de manipulação de uma instituição política exclusiva e de instituições econômicas extrativas.

Enquanto os preceitos econômicos tradicionais não possuem fôlego judicial no Brasil, frequentemente acusados de uma desconexão dos desequilíbrios do mundo real, a premissa da liberdade de escolha parece permanecer como um valor pelo qual se vale a pena lutar.

Ademais, considerando-se o comportamento individual e social observado empiricamente, não há como arguir a correção do modelo econômico²¹ que prevê a premissa do “mais é melhor”. O que se deve fazer, pois, é buscar maneiras de canalizar estes incentivos comportamentais para um desenvolvimento social e econômico sustentável.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. *Why nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*. New York: Crown Business, 2012.

ALVES, J. F. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹ Para um entendimento básico de economia aplicada ao direito, incluindo conceitos relacionados como diferença entre preço e valor, demanda, consumidores de maior e menor valor, custo social, veja (IPPOLITO, 2005). Outras sugestões para o assunto são (SAMUELSON e NORDHAUS, 2009); e (MANKIWI, 2011).

- ARAÚJO, F. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEVEDO, Á. V. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. Curso de direito civil. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BARROS, W. P. *Contratos*. Estudos sobre a moderna teoria geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BERALDO, L. D. F. *Função social do contrato*. Contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CAMARGO SOBRINHO, M. C. *Código civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2010.
- COOTER, R. D.; SCHÄFER, H.-B. *Solomon's Knot*. How law can end the poverty of nations. New Jersey: Princeton University Press, 2012.
- COOTER, R. D.; ULEN, T. *Law & Economics*. 5ª. ed. Boston: Pearson Education, Inc, 2008.
- DINIZ, M. H. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- FERNÁNDEZ, M. R. V. (Ed.). *Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- FIUZA, C. *Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GICO JUNIOR, I. T. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Brasília, outubro 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53>. Acesso em: 01 nov. 2013.
- GODOY, C. L. B. D. *Função social do contrato*. Os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, O. *Contratos*. 26ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GREIF, A. *Institutions and the path to modern economy*. Lessons from medieval trade. New York: Cambridge University Press, 2006.
- HATCHARD, J.; PERRY-KESSARIS, A. *Law and development: facing complexity in the 21st century*. Essays in honour of Peter Slinn. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/development.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.
- HUME, D. *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*. 1739. Disponível em: <<http://ebooks.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/index.html>>. Acesso em: Junho 2013.
- IPPOLITO, R. A. *Economics for lawyers*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- LOUREIRO, L. G. *Contratos no novo Código Civil*. Teoria geral e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2002.

- MANKIWI, N. G. *Principles of Economics*. Stamford: Cengage Learning, 2011.
- POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. (Eds.). *Handbook of law and economics*. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- POLLOCK, S. F. *Principles of contract: a treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the law of England*. 10^a. ed. London: Stevens and Sons Limited, 1936.
- POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 8^a. ed. New York: Aspen Publishers, 2010.
- ROPPO, E. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SAMUELSON, P.; NORDHAUS, W. *Economics*. New York: McGraw-Hill/Irwin, 2009.
- SOBRINHO, M. D. C. *Código civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2010.
- TIMM, L. B. (Ed.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- WILLISTON, S. *A treatise on the law of contracts*. New York: Baker, Voorhis & Co., v. 1, 1936.

LISTA DE DECISÕES JUDICIAIS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 155.244/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/02/2013, DJe 15 fev. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1272995/RS*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 15 fev. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl nos EREsp 791.077/SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 23/04/2008, DJe 21 ago. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1115605/RJ*, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 18 abr. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1124362/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 21 maio 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1159087/MG*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 15 maio 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1192609/SP*, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 21 out. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1212159/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 25 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1220251/MA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 13 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1255315/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 27 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1256703/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 27 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 476.649/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/11/2003, Dj 25 fev. 2004, P. 169.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 691.738/SC, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2005, Dj 26 set. 2005, P. 372.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 803.481/GO, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2007, Dj 01 ago. 2007, P. 462.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 877.965/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 972.436/BA, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 12 jun. 2009.

SOCIAL ROLE OF THE CONTRACT: A LOGIC-EMPIRICAL ANALYSIS

ABSTRACT: This is a study of the meaning of the social role of the contract, understood as determining the extent of the state intervention in private contracts, as well as the goal of contract law itself. The study suggests that there are only two possible definitions of the social objective of the contract; one economic, to generate cooperation, and the other political, related to distribution. It also suggests that the distinction is relevant in that it serves to identify how the law can, more efficiently, reach the goals it seeks, whether they are distributive or cooperative.

KEYWORDS: Contract law. Economic analysis of law. Social role of contracts.

Recebido: 03 de fevereiro de 2014

Aprovado: 31 de março de 2014