

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL II**

LITON LANES PILAU SOBRINHO

NIVALDO DOS SANTOS

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Liton Lanes Pilau Sobrinho, Nivaldo Dos Santos –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-174-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito. 3. Economia.
4. Desenvolvimento Sustentável. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

A importância do estudo e da pesquisa multidisciplinar mostra-se fundamental nos dias de hoje, tendo em vista os inúmeros desafios pelos quais a humanidade vem passando. As relações entre o direito e a economia estão cada vez mais próximos, demonstrando a relevância da análise econômica do direito nos programas de pós graduação *stricto sensu*, principalmente no que tange ao estudo do desenvolvimento sustentável, já que este busca o equilíbrio entre os seus três pilares: ambiental, social e econômico.

A ONU (Organização da Nações Unidas), através de conferências a nível mundial, vem demonstrando sua preocupação com o meio ambiente, com o desenvolvimento econômico e social dos países. Isso fica claro ao se analisar os documentos e declarações provenientes dessas conferências, os quais buscam a implementação de objetivos com o fim de que toda a humanidade possa viver em melhores condições, de forma saudável. Para isso, o desenvolvimento deve tornar-se sustentável, em todos os seus âmbitos, ou seja, o desenvolvimento econômico deve cooperar com o meio ambiente, a fim de que se encontrem alternativas para que os seus fins sejam atingidos, de forma a não prejudicar um ou outro, com isso a sociedade poderá viver com qualidade, ou seja, o desenvolvimento social estará atingindo o seu fim.

A pesquisa nesses assuntos é fundamental, por isso o GT Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável tem como fim promover a discussão de temas que envolvam essas preocupações. Os pesquisadores, em todos os seus níveis, tem o dever e a função de colaborar para eu isso ocorra. Assim, os trabalhos selecionados versam sobre essa temática, trazendo novas contribuições para a sociedade científica.

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (UPM)

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos (UFG)

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

ECONOMIC ANALYSIS OF CONTRACT LAW AND THE FUNCTION OF SOCIAL CONTRACT

**Eduardo Fin De Figueiredo
Marcos Alves Da Silva**

Resumo

Este artigo apresenta um estudo acerca da análise econômica do direito contratual e a ligação com a função social do contrato. Aborda, como objetivo geral, o estudo da análise econômica do contrato e a correlação com a função social, e, especificamente, analisa o contexto do surgimento, do conceito, dos objetivos, principais características e peculiaridades da análise econômica do direito, traz considerações sobre o contrato e a crise da visão clássica de contrato, estuda a análise econômica do direito contratual, fazendo uma relação entre economia e direito e a necessidade de incluir a função social do contrato no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Análise econômica do direito contratual, Contrato, Função social do contrato

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a study on the economic analysis of contract law and the link with the social function of the contract. Addresses , as a general objective , the study of economic analysis of the contract and the correlation with social function , and specifically analyzes the emergence of the context , the concept , objectives , main characteristics and peculiarities of the economic analysis of direct, brings considerations the contract and the crisis of the classical view of contract , between economics and law and the need to include the social function of contract law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Economic analysis of contract law, Contract social contract function

INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito tem como sua principal característica a utilização de um olhar econômico para questões de cunho eminentemente jurídico, no presente trabalho a questão jurídica apresentada de forma geral são os contratos e de forma específica a função social do contrato. No presente trabalho será elaborada uma reflexão de como a utilização de princípios da economia poderia resolver problemas relacionados ao Direito Contratual e à função social dos contratos.

No direito sempre houve relação entre os campos da Economia e do Direito, especialmente, quando, referem-se a questões ligadas à segurança jurídica, liberdade, respeito à propriedade privada e contratos. Essa interdisciplinaridade é que sustenta o presente artigo, a inter-relação entre Direito, Economia, Direito Econômico e Análise Econômica do Direito.

Num primeiro momento, observa-se que a Análise Econômica do Direito representa um avanço metodológico no estudo tanto do Direito como da Economia, buscando uma maneira de harmonizar e relacionar os dois discursos. No que diz respeito, especificamente, à relação entre os argumentos do Direito e da Economia, é preciso, desde o início, esclarecer que o discurso econômico é essencialmente diferente do jurídico, porquanto se baseia nos critérios de custo e eficiência, enquanto o discurso jurídico está voltado à justiça e legalidade.

Assim surge o questionamento da possibilidade de se utilizar a Análise Econômica no Direito Contratual fazendo uma ligação com a função social do contrato, num contrassenso entre a visão liberal de não intervenção do estado tanto na economia como na relação entre particulares, e a figura do estado social que preconiza a justiça social com a intervenção estatal.

Com essa visão da problemática inicial, pretende-se, pois, abordar, como objetivo geral, a importância do estudo da análise econômica do contrato e a sua correlação com a função social do contrato e, especificamente, (a) analisar o contexto do surgimento, das principais características, do conceito e das peculiaridades da análise econômica do direito, (b) refletir sobre o contrato em si e a suposta crise contratual (c) estudar a análise econômica do direito contratual, propriamente dita, fazendo uma relação entre economia e direito e a função social do contrato e, por fim, (d) refletir sobre a ligação da análise econômica do contrato com a sua função social e a possibilidade de se resolver a crise do contrato.

O estudo se justifica de diferentes maneiras, portanto, pela contribuição acadêmica acerca do tema relevante e interdisciplinar que, embora atual, ainda possui um campo vasto para pesquisa dos seus aspectos jurídicos, os quais, naturalmente, não serão exauridos com o

presente trabalho, em geral, para a reflexão de juristas e economistas que possuem interesse em se aprofundar ao tema proposto, para tanto será realizada pesquisa essencialmente bibliográfica.

Para fins didáticos, o artigo será dividido em quatro tópicos, os quais observarão e estão diretamente relacionados aos objetivos específicos anteriormente delineados. No primeiro tópico será abordada a Análise Econômica do Direito, propriamente dita, no segundo tópico uma reflexão sobre o contrato e a crise da visão clássica de contrato, no terceiro tópico o tema principal do artigo que é a Análise Econômica do Direito Contratual, e por fim, no quinto tópico a Análise Econômica do Direito dos Contratos e a ligação com a função social.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito ou “law and economics” surgiu como um movimento, propriamente dito, no cenário jurídico a partir das décadas de 1960 e 1970, período em que os juristas e economistas procuravam analisar o fenômeno jurídico, baseando-se em princípios econômicos. A origem da AED é norte-americana e prega a utilização de princípios econômicos para resolver os problemas inerentes ao Direito. (PINHEIRO, 2005).

Um dos maiores expoentes e precursores da Análise Econômica do Direito é o professor Richard Posner da Faculdade de Direito de Chicago, que na sua obra “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, define a Análise Econômica do Direito como um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria da microeconomia neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto. (AGUIAR, 2015).

O que se busca por meio da Análise Econômica do Direito é compreender e explicar efeitos de normas jurídicas, uma base de apoio pautada em modelos e premissas desenvolvidas por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas. Pode-se dizer que a AED se aplica aos métodos de análise da economia, em especial, questões legais, ou seja, interpretar o direito a partir de uma análise econômica. (SZTAJN, 2006).

Em síntese a Análise Econômica do Direito (AED), propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, sob a perspectiva política, e as teorias denominadas “rights-based” que englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política por autores como Raels, Nozick e Dworkin e cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa. (ALVAREZ, 2015).

Assim, pode-se dizer, neste vértice, que a Análise Econômica do Direito possui como três objetivos principais, proporcionar um modelo analítico unificado para explicar uma

formatação vasta de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si, ter como premissa fundamental do modelo, que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas e o fato do modelo também assumir que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar instituições jurídicas.

Sobre o fundamento maior da Análise Econômica do Direito, cita-se o professor Renato Leite Monteiro, que explica da seguinte forma:

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta afretar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas. (LEITE MONTEIRO, 2015).

No presente artigo o que será apresentado é a correlação e a interpretação da Análise Econômica do Direito dos Contratos que é completamente relacionado com o direito econômico e a função social do contrato, que está incluída na eficiência social como fundamento da ordem econômica prevista no artigo 170 da Constituição Federal brasileira. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, pode-se observar por meio do conceito, objetivo e finalidade da Análise Econômica do Direito, à crítica a eficiência social como fundamento da ordem econômica, pois no utilitarismo, para avaliar a justiça das instituições, se propôs a máxima, a maior felicidade para o maior número possível, o que projeta uma ética teleológica e consagra a lógica dos resultados. (ALVAREZ, 2015).

Já em relação ao Direito Econômico, propriamente dito, onde os contratos estão inseridos, é diferente, pois é um ramo do direito que apresenta como característica as grandes mudanças sociais ligadas a motivos políticos-sociais, e tem por objetivo o conjunto de princípios e normas que regem a própria ordenação da atividade econômica pelos poderes públicos e privados. (SANTOS, 1991).

Além disso, o Direito Econômico é uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas. Desta forma, o direito econômico, além de tratar do planejamento, trata também da ação estatal, no contexto estudado, engloba-se a busca da justiça social, por meio da eficiência social e da própria função social do contrato, daí advém o caráter instrumental do Direito Econômico. (COMPARATO, 1978).

É importante ressaltar que a ideia predominante no direito econômico, sob o aspecto metodológico e epistemológico, compreende o direito como realidade e disciplina autônoma, pois entende o direito como conjunto de princípios e conceitos e doutrinas que poderiam ser inferidos da multidão e variedade de opiniões judiciais, sendo que, o objetivo do método consistiria em identificar através das decisões, o princípio ou norma posterior a aplicação através do uso da lógica e argumentação analógica, diferentemente do que se observa na Análise Econômica do Direito. (PACHECO, 1994).

Em outras linhas, observa-se que o Direito Econômico, não pode ir contra a ideia de eficiência social, mas sim, instrumentalizar a política econômica, com novas técnicas jurídicas, buscando o aperfeiçoamento e a transformação das estruturas do sistema econômico, regulando a atividade econômica do mercado e estabelecendo parâmetros para as empresas privadas e públicas, por meio do princípio da economicidade e tudo em atenção ao que preconiza a Constituição. (COMPARATO, 1965, p. 22).

A grande diferença nesse aspecto da crítica à eficiência social e assim a função social do contrato é de que a Análise Econômica do Direito tem uma visão essencialmente liberal e não social de pouco para não se dizer nenhuma intervenção estatal, indo de encontro ao que dispõe a Constituição Federal de 1988 e a busca da justiça social.

Além disso, é importante frisar que a AED é um campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação as suas consequências. Tendo como grande implicação o fato dos agentes econômicos ponderarem custos e benefícios na hora de decidir, sendo que uma alteração na estrutura de incentivos poderá levar a adotar outra conduta/escolha. (GIGO JR., 2011).

Assim, fica evidente que para a utilização da Análise Econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, necessita-se uma certa adaptação, principalmente, no tocante a visão liberal da AED e o fundamento social da Constituição Federal de 1988 e a intervenção estatal nas relações entre particulares. Isso não quer dizer que a Análise Econômica do Direito não pode ser aplicada no Brasil, e servir de instrumento de estudo.

Pode-se concluir que a AED, começou a ter importância no mundo jurídico quando iniciou a aplicação de teorias econômicas nas ciências jurídicas, na tentativa de se alcançar um grau de segurança, previsibilidade e eficiência das normas do Direito, diante de uma necessidade básica de harmonização e positivação, mormente sobre o prisma econômico e da mínima intervenção do estado nas relações particulares. (LEITE MONTEIRO, 2015).

Além disso, ressalte-se, por fim, que a vertente da Análise Econômica do Direito, por ser extremamente polêmica em decorrência da sua característica liberal, recebem inúmeras críticas, entretanto, logicamente a utilização das suas teses no Brasil necessitam de adaptações, diante do que preconiza a nossa Constituição Federal e em virtude da diferença dos sistemas econômicos e sociais brasileiro para o norte-americano. (AGUIAR, 2015).

2. O CONTRATO E A CRISE CONTRATUAL

O contrato acompanha a sociedade e sua evolução desde os primórdios da humanidade, o conceito jurídico do contrato é histórico, e utilizado em diferentes momentos importantes da vida em sociedade. Muitos doutrinadores entendem que o contrato surgiu quando a civilização abandonou a barbárie, progredindo na forma espiritual e material, deixando de usar a violência para conseguir seus objetivos e passando a recorrer às formas de contratação. (GAGLIANO, 2008).

Assim, verifica-se que o contrato vem evoluindo com a sociedade, e que não é um instrumento atual, sempre em constante modificação, acompanhando as operações econômicas, como por exemplo, os registros encontrados no Direito Romano, onde exerceu grande influência aos países que se basearam no sistema de leis romano-germânico, ao qual o Brasil faz parte. Entretanto, no presente trabalho não será abordada uma evolução histórica do contrato e do Direito Contratual, mas sim, apenas linhas gerais, como o conceito e as características basilares do instituto e a suposta crise contratual. (ALMEIDA, 2015).

O conceito jurídico de contrato está intrinsecamente ligado ao conceito social-econômico que lhe é dado, como instrumento que operacionaliza a circulação de riquezas, ou seja, o contrato é sinônimo de operação econômica, mas com uma acepção mais ampla. Além disso, a construção teórica acerca do conceito jurídico de contrato se deu da análise dos aspectos da operação econômica que se queria tutelar, assim, pode-se dizer que o conceito jurídico de contrato é o que dá formalidade a operação econômica, apesar de que, o conceito jurídico de contrato não se limita a operação econômica. (ROPPO, 2009).

Em outras palavras, para elucidar o que é um contrato, de forma clássica, o conceito de contrato dispõe que o contrato é um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos, sendo o mútuo consentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, mais uma vez, ainda que de forma indireta, observa-se a ligação do direito contratual com o direito econômico. (BEVILAQUA, 1934).

Já uma visão contemporânea de contrato, deixa clara a interdisciplinaridade envolvida, a importância social e a necessidade de constante evolução, como bem explica o Professor Flávio Tartuce no seu artigo “O conceito de Contrato na Contemporaneidade”:

Sem dúvidas que, no mundo contemporâneo, a autonomia privada faz com que o contrato ingresse em outros meios, como é o caso do Direito de Família e do Direito das Coisas. (...) olhando para o futuro, “todo contrato gera obrigação para, ao menos, um das partes contratantes. Entretanto, nem todo o contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. (...) Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, desmontando aquele antigo comparativo exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas. A título de exemplo dessa aproximação, cai aquela premissa de que os direitos pessoais teriam efeitos inter partes e os direitos reais efeitos erga omnes. Como se expõe doutrinariamente, a função social do contrato – em sua eficácia externa -, traz a conclusão de que o contrato gera efeitos perante terceiros.

(...) a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma contratualização de todo o direito, um neocontratualismo (...) a necessidade de menos leis, melhores leis. (...) “se está assistindo a um recuo do ‘direito estadual ou estatal’, e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mais institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas”. (...) tem ganhado força a contratualização sócio-política, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa. Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvida, mas também para toda a sociedade. (TARTUCE, 2015).

Do que já foi trazido ao presente trabalho fica evidente que o contrato e o próprio Direito Contratual estão completamente ligados com a economia e o Direito Econômico, ao ponto de alguns doutrinadores chegaram ao ponto de afirmar que “Daonde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. (ROPPO, 2009).

Entretanto, há quem diga que a noção clássica de contrato está em crise, diante da inadequação dos modelos jurídicos tradicionais e da realidade socioeconômica contemporânea, marcada pela industrialização e pela massificação das relações contratuais emergindo a noção de função social do contrato, como cláusula geral e como princípio, dotada de eficácia imediata, limitando a liberdade contratual e integrando o conceito de contrato. (GOMES, 2004).

Como fatores determinantes na transformação da teoria geral dos contratos, estariam a insatisfação da população diante do desequilíbrio nas relações entre particulares, a intromissão do Estado na vida econômica, a igualdade somente formal, a própria evolução da sociedade e a

noção de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade em busca da justiça prevista na Constituição. (VENOSA, 2015).

Nesse sentido a Professora Claudia Lima Marques em sua obra *A Nova Crise do Contrato*, expõe que:

(...) esta crise tem um fundamento externo à dogmática contratual, que é a crise de confiança típica da atual fase aprofundada da sociedade pós-moderna. Essa crise de confiança nos instrumentos contratuais da teoria geral dos contratos traz a necessidade de desenvolver uma dogmática nova, com precauções mais sociais a fim de alcançar a proteção dos consumidores, nos contratos regulados prioritariamente pelo Código de Defesa do Consumidor e a justiça nas relações jurídicas equilibradas entre dois civis e entre dois comerciantes, nos contratos agora regulados prioritariamente pelo Código Civil de 2002. (MARQUES, 2007).

Ou seja, em decorrência da crise apontada pela grande maioria dos autores, formou-se uma nova concepção do contrato, de cunho social, tendo como marco evolutivo desse processo o espírito da socialidade, em vista da insuficiência do paradigma vigente. Assim verifica-se que o conceito de contrato incorporou as noções de equidade e justiça, fortalecendo a compreensão de contrato como instrumento que cumpre determinada função social, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individuais. (FACCHINI; NETO, 2009).

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTRATUAL

Como já exposto anteriormente, em síntese, a Análise Econômica do Direito, significa aplicar ferramentas da Ciência Econômica para resolver problemas jurídicos, dividindo-se em duas a AED positiva que descreve a eficiência do direito posto e a AED normativa que indica como as regras jurídicas deveriam ser interpretadas. A correlação com o contrato e com o direito contratual propriamente dita se dá visto que o contrato nada mais é do que um fato econômico social, por meio de uma troca voluntária de bens e serviços. (TIMM, 2015).

Além disso, é importante mencionar que existem diferentes direitos contratuais, um liberal com menor incidência de controle estatal e maior amplitude à autonomia da vontade, com menor espaço para regras de ordem pública e um social com maior controle estatal e menor amplitude à vontade das partes, possuindo muitas normas imperativas. Com o movimento de constitucionalização do Direito Civil, pode-se dizer que o Direito Contratual é um direito social-liberal, porque mescla os princípios liberais do Direito Civil, com os princípios sociais da Constituição Federal.

No presente tópic, é de suma importância ressaltar que o Direito Contratual possui varias funções econômicas, dai a importância de se estudar a Análise Econômica do Direito Contratual. Como principais funções econômicas do direito contratual, temos a de oferecer um marco regulatório seguro, minimizar problemas de comunicação, salvaguardar os ativos de cada agente, criar instrumentos contra oportunismo, gerar mecanismos de ressarcimento, gerar mecanismos de alocação de riscos. (TIMM, 2015).

Ou seja, em síntese o direito contratual dá segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, conduzindo as partes a comportamentos honestos e cooperativos, ensejando ganhos comuns, evitando a tendência ao oportunismo, prevenindo erros comuns e evitáveis, fornecendo um modelo regulatório simples e diminuindo os custos de barganha, atribuindo riscos e reduzindo os custos de litígio, fornecendo uma prova documental. (TIMM, 2015).

Especificamente sobre a Análise Econômica do Direito Contratual, o que se observa é que os resultados mostram que os indivíduos possuem preferências sobre resultados, que essas preferências obedecem condições básicas de consistência e de que os indivíduos satisfazem essas preferências com base em limitações orçamentárias. Além disso, que os indivíduos não possuem preferências no tocante ao consumo e bem-estar de outros indivíduos, nem quanto ao direito contratual em si, as partes fazem um contrato com o objetivo de assegurar um investimento em um projeto com benefício mútuo. (POSNER, 2010).

Ou seja, as partes quando partem para a elaboração de um contrato elaboram cláusulas que determinam o objeto do contrato e especificam os valores dos riscos que afetam o valor da obrigação contraída. Entretanto, geralmente os contratos elaborados entre particulares, até mesmo com o auxílio de um profissional da área, são incompletos, com a falta de várias cláusulas essenciais para resolver futuros litígios, assim, os particulares necessitam utilizar dos usos e dos costumes comerciais para completar o que dispõe o contrato.

Nesse sentido o Professor Eric Posner, como já mencionado anteriormente, explica que a Análise Econômica do Direito Contratual pode ser de duas formas, ou uma análise descritiva ou uma análise normativa:

A análise descritiva proporciona a mera estipulação (ou explicação) do direito contratual tal como desenvolvimento pelas Cortes. A suposição de que os juízes decidem os casos (e/ou escolhem doutrina) de forma a maximizar eficiência é construída por essa abordagem.

(...)

A posição normativa presume que o direito contratual deva ser eficiente. Como anteriormente, o autor constrói um modelo no qual as partes podem aumentar seu

bem-estar através de um contrato que seja juridicamente executável. (POSNER, 1997).

Assim, observa-se que a análise descritiva é a própria explicação do direito contratual, a análise e interpretação da doutrina e da jurisprudência, enquanto a análise normativa prevê a eficiência do direito contratual, como o contrato deve ser construído para que as partes contratantes não frustrem as suas expectativas, tornando o contrato entabulado entre elas juridicamente executável. Verifica-se que a análise descritiva e a análise normativa são intimamente ligadas e o principal objetivo da Análise Econômica do Direito é resolver as falhas de ambas.

Por fim, é de suma importância ressaltar que do estudo da Análise Econômica do Direito Contratual quando se analisa de forma descritiva os contratos entabulados podem gerar estipulações falsas, quando as cláusulas foram incompletas e indetermináveis e de forma normativa os contratos quando elaborados de forma incoerente podem trazer recomendações implausíveis. Isso ocorre porque quando cláusulas omitem variáveis importantes para a solução da obrigação o contrato se torna indeterminado, e em alguns casos até surreal e completamente inexigível.

O que se pode concluir é que a Análise Econômica do Direito Contratual é de suma importância para tentar resolver a crise do contrato, porque com o uso da AED profissionais do direito e de economia podem encontrar novas e melhores abordagens para o contrato, interpretando e entendendo o direito contratual de forma mais coerente e na busca da exigibilidade das cláusulas pactuadas.

Entretanto a economia não consegue por si só resolver toda a problemática do direito contratual, pois não explica porque as perdas e danos são o remédio-padrão indenizatório, ou por que a cláusula penal definida no contrato nem sempre da causa ou da confiança, e ainda, não explica porque as leis, às vezes, encorajam as pessoas a divulgarem informações e às vezes não. (POSNER, 2010).

Assim, em que pese a análise econômica do direito contratual proporcionar uma certa orientação de normas para modificar e reformar o direito contratual, sozinha não consegue vencer a crise do contrato, surgindo, dessa forma, nossas teorias e dispositivos legais para tentar dar efetividade e trazer a noção de justiça, como é o caso da junção social do contrato e da justiça social, bastante defendida atualmente.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato está prevista na legislação infraconstitucional brasileira no Código Civil, mais precisamente em seu artigo 421, o qual dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O artigo 421 do Código Civil Brasileiro resultou da interpretação do artigo 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988, que resguarda que o direito de propriedade deverá atender a função social, ou seja, a função social da propriedade foi estendida aos contratos, assim o contrato não diz respeito tão somente aos particulares envolvidos na relação, mas sim, a toda a coletividade. (REALE, 2015).

Não é fácil encontrar um conceito pronto e acabado de função social do contrato, diante da vagueza semântica da dicção, dotada de equívoco de significado, entretanto, pode-se extrair uma base do significado da palavra função, que pode ser entendida como um conjunto de atividades e papéis exercidos por indivíduos e grupos sociais e ainda o conjunto de tarefas, ações, comportamentos e atitudes que fazem a adaptação e o ajustamento de um dado sistema. Assim, importante mencionar as palavras do Professor Claudio Luiz Bueno de Godoy em sua obra *Função Social do Contrato*, no tocante a conceituação da função social do contrato:

Nessa esteira, sendo a função social do contrato uma projeção da função social da propriedade, de que verdadeiramente se origina, é bom acentuar que a propriedade, hoje, vem explícita na Constituição como direito e garantia individual, por isso seu acesso, pelo contrato – e aí a histórica ligação entre ambos institutos – deve ser democratizado (art. 5º, XXXIII). Por outra, tal se dá na exata medida em que o contrato funcionalizado instrumentaliza a aquisição dos bens vitais à pessoa humana, mas, da mesma forma, marcado pela necessidade de atendimento não só do interesse da parte como também ao atendimento de interesses e valores sociais. E tais valores sociais encontram-se, primeiro, na própria Constituição. Tanto assim, segundo os mesmos autores acima citados, que a função social do contrato – e porque, como aqui já visto, este último é meio de circulação de riquezas e, assim, instrumento da ordem econômica – deve, por exigência da Constituição (art. 170), iluminar todo esse campo de atuação. (GODOY, 2012).

O que se vislumbra é que o conceito de função social do contrato é um conceito indeterminado, uma *clausula geral*, um conceito aberto, que deve ser preenchido pelo juiz no caso concreto, visando tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. Ou seja, é necessário analisar o contrato no seu contexto social e não apenas sob o prisma individual, relativo aos contratantes, porque o contrato passou a interferir negativa e positivamente, também, em relação à coletividade, impondo limites à liberdade em prol de um bem comum, com o objetivo de trazer uma atuação isonômica e indene de cláusulas abusivas,

que possam onerar excessivamente um dos contratantes ou até mesmo lhe causar prejuízos, promovendo a igualdade entre as partes e a liberdade dos indivíduos. (GAGLIANO, 2005).

Como anteriormente exposto, a visão clássica de contrato como fonte de obrigações, expressão máxima do auto-regramento da vontade pelos particulares, operação econômica onde prevalece a liberdade individual, autonomia da vontade, em que a lei intervêm apenas de forma subsidiária com a função social do contrato, dá lugar a um cenário em que a intervenção do Estado-Legislator e, sobretudo, Estado-Juiz se amplia no sentido de proteger uma nova concepção de contrato, a concepção social de contrato. Esta concepção social de contrato tem como pressuposto a necessidade de proteção do equilíbrio entre os interesses legítimos de ambos os contratantes, e da confiança dos contratantes entre si, assim como na proteção dos efeitos da relação contratual em favor de toda a comunidade. (MARQUES, 2007).

Entretanto, contrapondo a ideia de que a função social do contrato resolveria a crise contratual, há quem diga que 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, a interferência estatal no espaço privado do contrato geraria um favorecimento de interesses da parte mais fraca no litígio e prejudicaria os interesses coletivos, ao desarranjar o espaço público do mercado que é estruturado sobre expectativas dos agentes econômicos. Assim o benefício da redistribuição via contrato seria destinado em sua totalidade à parte protegida no litígio, sem nenhum resultado coletivamente benéfico. (TIMM, 2015).

Utilizando-se da Análise Econômica do Direito a função social do contrato nem sempre é vista como o instrumento para se solucionar a suposta crise contratual e modificar o conceito clássico de contrato, relativizando-se a autonomia da vontade com a intervenção do Estado nas relações entre particulares. Sob os aspectos da AED o que deve ser observado quando utilizada a função social do contrato é a coletividade no todo, num aspecto muito maior do que a parte mais fraca na relação privada, aqui se fala de toda uma sociedade que integra um determinado mercado de bens e serviços.

Sob as possibilidades de utilização da função social do contrato na elaboração de um ordenamento jurídico das relações privadas, o Professor Miguel Reale explica que:

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, assuma uma posição intermediária, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas

abertas propícias a soluções equitativas e corretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2001. É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia. (REALE, 2015).

Assim, o que se vislumbra é que deve haver uma posição intermediária na utilização da função social do contrato, deixando de lado posições drásticas sobre o instituto, o contrato não deve possuir uma autonomia privada exagerada sem nenhuma intervenção estatal, focando somente nas partes contratantes, até porque nossa Constituição é social, mas também, não deve possuir uma intervenção ferrenha do Estado, acabando com a liberdade contratual e com os princípios básicos do Direito Civil.

Por fim, importante ressaltar que como instrumento da economia o contrato, pode ser analisado a partir da Análise Econômica do Direito em confronto com a função social no aspecto em que a liberdade de contratar não pode ser suprimida, pois o contrato como gerador de riquezas que é, deve-se manter em um patamar que garanta a manutenção da economia, sob a interpretação de forma intermediária, onde o que se busca não é a proteção da parte mais frágil na relação, mas sim de toda a sociedade, como bem preconiza a nossa Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada foi possível ter uma noção básica do que é a Análise Econômica do Direito, que nada mais é, do que compreender e explicar os efeitos das normas jurídicas por meio de modelos econômicos, AED é uma técnica econômica de avaliação das normas jurídicas, ou seja, a Análise Econômica do Direito interpreta o direito a partir de uma análise econômica.

Além disso, verificou-se que a Análise Econômica do Direito tem origem norte-americana e veio ao cenário jurídico com mais força a partir das décadas de 1960 e 1970, do estudo realizado, pode-se observar os principais objetivos da AED e seu fundamento maior que é trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico.

No presente artigo o que se buscou apresentar foi a correlação e a interpretação da Análise Econômica do Direito dos Contratos que é completamente relacionada com o direito econômico e a função social do contrato, que está incluída na eficiência social como fundamento da ordem econômica prevista no artigo 170 da Constituição Federal brasileira.

Nesse aspecto, a conclusão que se chega é que a AED critica a eficiência social e a função social do contrato em sua essência, porque a Análise Econômica do Direito é liberal e

não social, e luta pela intervenção mínima do Estado na relação entre particulares, indo de encontro com o fundamento trazido na Constituição Federal de 1988 que busca a justiça social.

Em relação ao contrato, constatou-se, que o contrato está diretamente ligado com o Direito Econômico e que é um instrumento que operacionaliza a circulação de riquezas, um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos. Entretanto, do estudo realizado, verificou-se que a visão clássica de contrato está em crise, diante da inadequação dos modelos jurídicos tradicionais e da realidade socioeconômica contemporânea.

Diante dessa crise contratual é que surge a noção de função social do contrato, como cláusula geral e princípio, com o objetivo de resolver o desequilíbrio nas relações entre particulares, buscando a igualdade das partes contratantes, trazendo um caráter social em benefício de toda a sociedade e não unicamente do credor, buscando-se a justiça social.

Além disso, com o presente artigo restou demonstrado que a Análise Econômica do Direito sozinha não consegue resolver a problemática do Direito Contratual, mesmo que apresente uma certa orientação de normas para modificar e reformar o contrato, sozinha não consegue superar a crise do contrato, daí a necessidade de novas teorias e dispositivos legais para tentar dar efetividade e trazer noção de justiça, como é o caso da função social do contrato e da justiça social.

Ademais, diante da evolução social é que o legislador entendeu por necessário com base na função social da propriedade incrementar no ordenamento jurídico contratual a função social, com o objetivo de tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa, analisando o contrato no seu contexto social e não apenas sob o prisma individual, impondo limites à liberdade dos contratantes em prol de um bem comum que seria a atuação isonômica, para evitar cláusulas abusivas e prejuízos as partes.

Entretanto, constatou-se que há entendimentos que criticam a função social do contrato como ela é aplicada, como proteção da parte mais fraca na relação contratual, visto que poderia prejudicar os interesses da coletividade e desarranjar o espaço público do mercado que é estruturado sobre expectativas dos agentes econômicos. Sob o fundamento da Análise Econômica do Direito a função social do contrato deve trazer segurança e proteção a toda a sociedade e não apenas a parte mais frágil na relação contratual.

Portanto, pelo que foi estudado, conclui-se que como instrumento da economia o contrato, pode ser analisado a partir da Análise Econômica do Direito em confronto com a função social no aspecto em que a liberdade de contratar não pode ser suprimida, pois o contrato como gerador de riquezas que é, deve-se manter em um patamar que garanta a manutenção da economia, sob a interpretação de forma intermediária, onde o que se busca não é a proteção da

parte mais frágil na relação, mas sim de toda a sociedade, como bem preconiza a nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. **A análise econômica do direito: aspectos gerais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27>. Acesso em dezembro 2015.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>. Acesso em dezembro 2015.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. Direito, Estado e Sociedade** – v.9 – n.29 – julho/dezembro 2006 – disponível em http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf - Acesso dezembro 2015.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil.** São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A função social do Direito Privado**. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze/ Rodolfo Pamplona cita Orlando Gomes e Bonfante, in **Curso de Direito Civil** Vol. IV, Teoria dos Contratos. Ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIGO JR., Ivo T. **Introdução à análise econômica do direito**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coordenador). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GODOY, Luiz Bueno. **Função Social do Contrato: Os novos princípios contratuais**. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LEITE MONTEIRO, Renato. **Análise Econômica do Direito: Uma Visão Didática**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf - Acesso dezembro 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do código de Hamurábi**. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. Disponível em: <http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho – una reconstrucion teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PAULA, Germano de; Romanielo, Enrico Spini. **Política antitruste e Governança Corporativa no Brasil**: Os programas de Compliance como boas práticas de governança. Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. vol. 20. 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

POSNER, Ericc. **Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises**. Wis. L. Ver. 567, 1997..

POSNER, Ericc. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em dezembro 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Editora Almeida Coimbra. 1991.

SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Revista de Direito Mercantil, nº 144, outubro/dezembro de 2006.

TARTUCE, Flávio. **O conceito de Contrato na Contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>>. Acesso em dezembro 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico**. Editora Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia dos Contratos no Projeto de Código Comercial.** Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/sr-luciano-contratos-projeto-cod-coml%20(2).pdf>. Acesso em dezembro 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: Justiça Distributiva VS Eficiência Econômica.** Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf>. Acesso em dezembro 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral Das Obrigações e Teoria Geral Dos Contratos - 15ª.** Editora Atlas, 2015.