

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: CONTEÚDO, ALCANCE E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACT: CONTENT, SCOPE AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Maria Estela Leite Gomes Setti

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise do moderno princípio da função social do contrato inserido como cláusula geral no Código Civil de 2002. Objetiva-se à análise da clássica e da moderna principiologia contratual, mas com especial relevo ao conceito e alcance deste que é um importante instrumento de realização do projeto constitucional, a expressão da socialidade no direito privado. Em razão de um aparente conflito entre os efeitos da obediência ao princípio da função social e interesses dos agentes econômicos, analisar-se-á, ainda, e brevemente, o que se tem entendido por análise econômica do direito, sua vertente eminentemente econômica e a necessária aproximação entre o direito e a economia para chegar-se, ao fim, a uma proposta de integração destes dois preceitos jurídicos: função social e análise econômica.

PALAVRAS-CHAVES: Contratos; princípios modernos; função social do contrato; análise econômica do direito.

ABSTRACT

This study aims to examine the modern principle of the social function of contract as a general clause inserted in the Civil Code of 2002. This study aims to examine also the classical and modern set of principles of contract but in particular emphasis on the concept and scope of which is an important instrument in achieving the constitutional draft, the expression of sociality in private law. Due to an apparent conflict between the effects of obedience to the principle of the social and economic agents interests, analyze it will still, and soon, what has been understood by economic analysis of law, its fast economic and eminently necessary reapprochement between law and economics to come up in the end, a proposed integration of these two legal precepts: the social and economic analysis.

KEYWORDS: Contracts; modern principles; social function of contract; economic analysis of law.

Sumário: Introdução. 1. O direito contratual e a nova principiologia. 2. A função social dos contratos: conceito e finalidades. 3. Análise econômica do direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

"Meu Deus! Meu Deus! Como tudo é esquisito hoje. E ontem era tudo exatamente como de costume! Será que fui eu que mudei à noite?"

Lewis Carroll

"Alice no país das maravilhas"

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 impôs aos estudiosos do direito uma nova postura em relação aos fatos sociais e jurídicos.

A partir de então, e com mais ênfase em alguns casos, obrigou-se não mais a uma subsunção de fatos a normas, mas a uma nova forma de pensar o direito.

A eleição da dignidade humana como valor maior a ser tutelado, ao qual todos os demais valores se resignam, determinou profundas mudanças em tudo o quanto se havia apreendido do direito desde os remotos tempos do Direito Romano ou, mais recentemente, do evento do Code Civil em França.

O novo programa constitucional requer habilidades dos operadores de direito, mas também requer uma nova postura dos próprios titulares do direito, sejam eles particulares ou corporações.

Se a dignidade humana é erigida à condição de valor maior do ordenamento jurídico, é certo que as relações jurídicas devem se render a este novo paradigma.

Na seara dos contratos tal fato importa sensivelmente porquanto, como se verá, é através deles que se realiza a própria existência humana.

A adequação da conduta humana passa, assim, pela adequação dos contratos ao novo molde social. Novos princípios contratuais vieram a se somar aos clássicos para diminuir a rigidez dos efeitos das convenções que se estabelecem, tantas vezes, sem a tão necessária consciência a respeito.

Destes novos princípios, importa ao presente estudo de modo mais caro, o da função social do contrato por refletir a conjugação dos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Por serem os contratos os instrumentos de realização existencial, mas conservarem sua função de

instrumentos de circulação de riqueza, os efeitos da obediência ao princípio da função social afetam diretamente o exercício da livre iniciativa, uma vez que toda atividade econômica só se viabiliza em razão dos contratos.

Com isso, criou-se um conflito entre os interesses econômicos e a necessidade de obediência ao princípio, de modo tal que a Análise Econômica do Direito vem sendo utilizada como argumento à não aplicação do mesmo.

Pretende-se, assim, um estudo abrangente, embora breve, sobre o conteúdo e alcance do instituto da função social do contrato e da análise econômica.

1 O DIREITO CONTRATUAL E A NOVA PRINCIPIOLOGIA

O conceito de contrato envolve a idéia de vínculo jurídico transitório através do qual as partes contratantes se amam de tal modo que a cada qual incumbe ônus e bônus recíproco.

Modalidade de negócio jurídico que é, rege-se de maneira ampla pelo Direito das Obrigações, mas a absoluta possibilidade de disposição da vontade pelas partes envolvidas, ou seja, a levar em conta que é através dos contratos que os indivíduos realizam tudo o quanto lhes é necessário ou interessante, ganhou disciplina própria, portanto, há todo um manancial de regras jurídicas a contemplá-los, assim como são regidos por princípios a fim de que se coadunem com o ordenamento jurídico vigente, não sendo um sistema à parte, mas harmônico em relação aos demais.

Importa mencionar que os romanos, pais do Direito Privado, conceberam boa parte da disciplina contratual que foi aperfeiçoada, mais adiante, em razão do ressurgimento do Direito Romano, na Idade Média, e elevado à posição de destaque nos ordenamentos jurídicos por influência dos ideais iluministas, da Revolução Francesa e do advento do Código Civil Napoleônico, de 1804.

Isso se justifica porquanto já na era moderna, com o fortalecimento do regime monárquico absolutista surgido ainda no período feudal, o que se verificava era o total desequilíbrio entre os direitos e privilégios - sociais e econômicos - da nobreza e do clero, em detrimento da extrema pobreza e nenhuma voz que restava à plebe.

Da conjunção dos fatores fortalecimento econômico da burguesia e construção teórica das origens e função do Estado por meio dos Iluministas, o movimento, que culminou com a Revolução Francesa e a derrubada do modelo absolutista então vigente, pretendia antes de tudo a igualdade entre os homens e a sujeição do Estado a um ordenamento jurídico que lhe conferisse limites.

O Estado Liberal, que veio a suceder o Estado Absolutista, primava pela proteção ao indivíduo em face do Estado e à sua inerente liberdade: liberdade de ser, de ter e de dispor sem a intervenção do governante. Daí o produto da clássica Escola da Exegese, qual seja, o Código Civil Francês, ou Código de Napoleão, ter-se elevado à condição de Constituição do Homem Comum, em oposição à Constituição do Estado, que objetivava tão somente à organização deste.

Ora, como se vê, o direito privado passou a erigir-se sobre três institutos, três pilares, quais sejam, a família (liberdade de ser), a propriedade (liberdade de ter) e o contrato (liberdade de dispor) (CARBONNIER, 2001).

Daí o conceito clássico de contrato levar em conta ser ele uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, pela necessária presença de duas partes (GOMES,), e que é regido pelos princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade.

A autonomia da vontade é princípio umbilicalmente relacionado aos ideais liberais. Entende-se por este princípio que a força jurídica do contrato deriva da vontade do contratante. Ora, se o indivíduo é reconhecido como o protagonista de sua vida, não sendo dado ao Estado intervir em seus desígnios e desejos, naturalmente o direito haveria de reconhecer na vontade humana a força a validar os pactos. A autonomia da vontade se relaciona com a liberdade contratual, através da qual o contratante tem o poder de livremente escolher o que contratar e com quem, de modo a regular seus interesses livremente. É a expressão maior do individualismo que marcou o Direito Liberal.

Com o decurso do tempo, e a evolução das instituições - sociedade, mercado, Estado - a idéia de autonomia da vontade cede lugar ao que vem sendo entendido por autonomia privada.

Se outrora, através do princípio da autonomia da vontade, os pactos ganhavam proteção e força jurídica em razão da liberdade contratual de seu declarante, chegou-se ao ponto em que, na feliz expressão de Lacordaire, entre o forte e o fraco, era a lei a libertar e a liberdade a oprimir.

A autonomia privada surge como a tutela jurídica da vontade humana, todavia vontade esta que deve ser exercida dentro de determinados limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, especialmente os elencados na Constituição[1].

Giovanni Ettore NANNI (2001, p. 146), ao tratar da autonomia privada, assim explica:

Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se

uma relação jurídica obrigacional. Não prevalece mais a vontade interna do sujeito, mas a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia privada.

A autonomia privada importa, assim, numa releitura da autonomia da vontade à luz do novo direito constitucionalizado.

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos - *pacta sunt servanda* - os contratos, por derivarem da manifestação livre e consciente do contratante, e desde que obedeçam aos requisitos de existência, validade e eficácia, devem ser cumpridos incondicionalmente, não importando se os seus efeitos alcançam e de que modo alcançam terceiros, ou se se verifica injusta desigualdade entre as partes contratantes.

Já o princípio da relatividade impõe que os efeitos dos contratos não se produzam para beneficiar ou prejudicar ninguém além das partes contratantes - *res inter alios acta*.

Como se disse, tais princípios decorrem de um individualismo exacerbado mormente em razão do gradual aumento da complexidade das relações sociais.

É certo que a Revolução Francesa provocou uma profunda alteração social já que, através dela, substituiu-se o antigo regime monárquico absolutista pelo Estado Liberal. Em consequência do que pugnavam os Iluministas que fomentaram intelectualmente a Revolução, constituiu-se, ainda, um novo Direito, não mais aquele derivado do ressurgimento do Direito Romano, mas um direito a ter como característica o estabelecimento de limites ao Estado de um lado e a tutela de direitos individuais, especialmente da liberdade, através da perfeita separação entre Direito Público e Direito Privado.

Logo em seguida, contudo, e em razão dos efeitos nocivos da Revolução Industrial - inchaço das cidades, exploração do trabalho humano, extrema pobreza em oposição à crescente riqueza da burguesia e manutenção do status da nobreza, doenças e mutilações em razão do trabalho - viu-se a necessidade de alguma intervenção do Estado com o fito de coibir-se os abusos cometidos pelos ricos contra os pobres, além de criar-se uma política assistencial que objetivasse o atendimento do trabalhador quando, por força da idade ou por conta de doenças, este não mais estivesse apto ao trabalho.

Surge, assim, o Estado Providência, que paulatinamente substitui o Estado Liberal através da superação de seus efeitos negativos (PISIER, 2004).

Como Ingo SARLET (2007), pode-se dizer que, na evolução dos direitos fundamentais, os valores tutelados nas constituições dos Estados correspondem aos valores que serviram de mote à Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. O Estado Liberal teve por valor basilar a liberdade: a liberdade do indivíduo em relação ao Poder do Estado. Quando a absoluta liberdade passou a ser a causa as diferenças sociais, como havia ocorrido antes, com o Absolutismo, o Estado é chamado a intervir dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, e erigiu-se a igualdade como valor fonte do Estado Social, tutelando-se, ainda o indivíduo, mas garantindo-se a este a igualdade em relação a todos os demais indivíduos. O direito no Estado Social é aquele que limita a liberdade de todos os indivíduos para que se proteja a igualdade entre eles.

A fraternidade se torna o valor que norteia o Estado Democrático, que surge quando o extremo individualismo cede lugar à tutela do homem enquanto ser social, integrante de um grupo de tantos homens com interesses comuns, de modo que é só a tutela do grupo (povo, nação, comunidade) capaz de garantir a proteção dos interesses individuais.

No cenário do direito brasileiro, o Estado de Direito Social se revela na Constituição Federal de 1934, especialmente com a tutela do Direito do Trabalho, mas é a Constituição Federal de 1988 que introduz o Estado de Direito Democrático, ou seja, a tutela da sociedade como meio de proteção dos interesses individuais.

Assim, seguindo movimentos iniciados na Itália, experimenta-se no Brasil o que ficou conhecido por Direito Civil Constitucional, ou Re-personalização do Direito Privado.

Por muitas décadas entendeu-se que ao Direito Público caberia regular as relações do Estado com outros Estados (Direito Internacional Público) e entre o Estado e os cidadãos (Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Internacional Privado, Penal, Processual Civil e Penal, Direito do Trabalho). Já ao Direito Privado incumbia regular as relações entre os particulares (Direito Civil e Direito Comercial). Como já afirmado, se a Constituição Federal era o Estatuto do Estado, ao Código Civil cabia o status de Estatuto do Homem Comum, de tal modo que não haveria fato ou ato de relevância jurídica que não restasse previsto pelo Código Civil. Outra característica importante e oriunda da tradição liberal que herdou o Código Civil brasileiro foi o viés exacerbadamente patrimonial conferido às relações privadas, como se toda a atividade humana fosse tendente a, exclusivamente, criar, preservar ou aumentar a riqueza material do indivíduo.

Sem dúvidas, o agir humano relevante para o direito implicará, por vezes, no aumento ou diminuição da sua riqueza, mas definitivamente não essa a razão de seu agir. Exemplos são muitos: o casamento pode ser a causa de aumento ou diminuição do patrimônio de alguém; a compra de um imóvel poderá implicar no aumento patrimonial, assim como a venda na diminuição; o ato ilícito, importará na diminuição do patrimônio. Mas o que move o indivíduo a se comportar de um modo ou de outro, em regra, é antes a realização da sua própria existência do que a preocupação com o montante de seu patrimônio. Aquele que se casa, normalmente tem o interesse de constituir família, de comunhão de vida. Quem adquire um imóvel, se não para fins especulativos, está almejando o conforto e a segurança, sua e/ou de sua família. Quem comete

ato ilícito certamente não pensava em diminuir seu patrimônio, mas ao agir em prejuízo de outrem, acaba obrigado a entregar parcela de seu patrimônio para reconstituir o patrimônio perdido.

Daí pertinente e atual o conceito de contrato formulado por Paulo NALIN (2001, p. 202):

[...] contrato inter-privado é a relação jurídica subjetiva nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais não só entre os titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.

Partindo-se, então, do pressuposto de que as relações inter-privadas são antes de tudo motivadas pela consecução de um projeto existencial, percebe-se a importância da tutela das relações inter-privadas também pelo texto constitucional, ou da aplicação dos princípios constitucionais às relações inter-privadas.

O Estado Democrático, preocupado que é com a proteção da liberdade individual, da igualdade formal, mas também cioso da necessidade de integração do indivíduo no seio de uma sociedade livre, justa e solidária, só poderia produzir um direito no qual os interesses públicos podem ser interesses particulares e os interesses particulares se tornam interesses públicos.

Daí falar-se em Direito Civil Constitucional. Da perspectiva do Código Civil, que deixa de ser um estatuto que regula a circulação de riquezas para atender às necessidades humanas, inclusive no que diz com a transferência patrimonial, mas não só, pode-se falar em re-personalização do Direito Civil.

Esclarecedora é a lição de Carlyle POPP (2002, p. 89-90):

A influência da Constituição sobre o Direito Privado e vice-versa são frutos de diversos aspectos, merecendo destaque (a) a visão da Constituição não mais como regra política, mas também jurídica que passa a atingir não só as entidades públicas, mas também os particulares, deixando de ser mera cartilha de deveres aos administradores, mas também é fonte de direito aos particulares; (b) a chamada constitucionalização dos princípios fundamentais de direito privado; (c) a globalização do direito, aspecto que diminuiu as distâncias e aumentou o interesse na unificação das regras jurídicas; (d) a aceitação pelas novas constituições da importância da proteção dos direitos humanos e a ratificação de normas supranacionais nesse sentido.

Assim, a Constituição Cidadã trouxe em seu texto os delineamentos deste novo direito, ao determinar, logo em seu artigo inaugural que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira é a dignidade da pessoa humana. Mais adiante, em seu artigo 3º, estabelece como objetivo da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No artigo 170, ao enumerar os princípios da ordem econômica, o legislador constituinte deixou claro que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

A complementar o arsenal legal a reger as relações privadas no texto constitucional, encontra-se no artigo 5º, XXIII que a propriedade atenderá sua função social, princípio este encontrado ainda no artigo 170, III.

Outras são as preocupações constantes na Constituição e que dizem respeito a relações privadas, interessando particularmente a proteção ao consumidor constante do mesmo artigo 5º, XXXII, assim como do artigo 170, V.

A proteção ao consumidor interessa particularmente ao presente trabalho porque é a partir da publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990, que se insere expressamente no ordenamento jurídico o princípio da boa-fé nas relações contratuais. Não se olvide, contudo, que o artigo 151 do Código Comercial, revogado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - já mencionava a necessidade de observância da boa-fé nas relações comerciais. Entende-se que ali se denota claro exemplo da boa-fé subjetiva, pelo que admite-se o ingresso da boa-fé objetiva com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

E considerando-se que ao conceito clássico de contrato, como se viu, inseriu-se a idéia de objeto existencial, e não mais unicamente patrimonial, aos princípios contratuais clássicos somam-se outros derivados da Constitucionalização do Direito Privado. São eles a boa-fé, a justiça contratual e a função social dos contratos.

Princípio da boa-fé: Sobre a boa-fé não há menção na Constituição Federal, contudo o constituinte deixou clara a necessidade da tutela dos direitos dos consumidores. Daí que, como já mencionado, é o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, expressamente em seu artigo 4º, III[2], que determina que as relações de consumo devam ser norteadas, entre outros, pela boa-fé. Aliás, o que se segue ao rol de princípios do direito consumerista é nada mais do que um manual da boa-fé. Bons exemplos encontram-se nos artigos 6º[3] e 51, IV[4].

Por mais de uma década, e ante a vigência de um Código Civil cujas regras já não se coadunavam com o cenário social e jurídico ao seu redor, foi o Código de Defesa do Consumidor o aporte legal da nova teoria contratual.

Com a publicação e vigência do Código civil de 2002 os novos princípios foram contemplados. Assim é que o artigo 422 do novo diploma assim prescreve: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Assim, o princípio da boa-fé é aquele atinente ao comportamento dos contratantes em relação ao parceiro contratual ao longo de toda a duração do contrato - desde as tratativas até mesmo depois de findo o contrato - e no que respeita tanto ao objeto do contrato, como à sua execução, assim como em razão dos efeitos dos contratos perante terceiros.

Na feliz lição de Cláudia Lima MARQUES (2005, p. 216)

[...] boa-fé objetiva significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Note-se, assim, que o princípio da boa-fé objetiva possibilita a flexibilização do princípio da força obrigatória dos contratos à medida que tal obrigatoriedade poderá ser elidida sempre que um dos contratantes frustrar a expectativa de leal conduta gerada no outro.

Princípio do equilíbrio contratual (ou justiça contratual): implica na "equivalência objetiva entre a prestação e contraprestação" (GODOY, 2004, p. 36), assim como na justa distribuição das vantagens e dos riscos para cada um dos contratantes.

Se, por influência e necessidade do liberalismo, mormente do liberalismo econômico - *laissez faire, laissez passer* - a autonomia da vontade como expressão maior da razão humana concedia a força jurídica ao contrato de tal modo que os contratantes estavam a ele atados como numa corrente só se liberando com o exato cumprimento do quanto pactuado, o desenrolar dos fatos sociais, políticos e econômicos desvendou uma nova situação, na qual se pode vislumbrar, em muitos casos, evidente descompasso entre a posição jurídica de credor e devedor. Este descompasso pode derivar das mais diversas circunstâncias: econômicas, culturais e mesmo de higidez. O que se vê é que em muitos casos um dos contratantes pode se encontrar em condição de hipossuficiência em relação ao outro, o que implica em injusto desequilíbrio.

A extremada proteção à igualdade formal (capacidade jurídica) pode, em dias atuais, redundar em distorção que leva a contratar o que não se pode, com quem não se deve, o que é o oposto da idéia de liberdade contratual.

Nestes casos também se impõe a intervenção estatal no sentido de, afastando relativamente a força obrigatória do contrato, restituir a necessária igualdade entre as partes para que se dê justo cumprimento à avença.

Bom exemplo de tutela da justiça contratual está no instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, no artigo 476 do Código Civil que determina que "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"

Como se vê, os novos princípios contratuais não surgem para substituir ou revogar os clássicos princípios. Ao contrário, a eles se somam para conferir ao ordenamento jurídico de direito privado a mobilidade necessária à obediência ao projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que eleger como valor intrínseco a dignidade humana.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: CONCEITO E FINALIDADES

Somado à boa-fé e ao equilíbrio econômico, a função social dos contratos forma a tríade dos modernos princípios contratuais. Inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 421 do Código Civil que determina que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", é através dele que se pode flexibilizar o princípio da relatividade.

Isso porque se pode compreender a função social do contrato como a tutela dos efeitos do contrato para além do próprio contrato, ou seja, assim como, através da função social da propriedade se impõe ao seu titular que atenda a interesses sociais para que lhe seja tutelado o direito individual, também a função social do contrato impõe ao contratante a observância dos efeitos que este produz na sociedade para que ao pacto seja atribuída a força jurídica.

Teresa NEGREIROS (2006, p. 208) expõe de modo bastante elucidativo este princípio:

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. [...] Combinado aos demais

princípios [...], o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.

A função social do contrato é tema que despertou pouco interesse se em comparação com a boa-fé.

Na verdade a sua aplicação ao caso concreto ainda encontra certa resistência, ou mesmo um desconhecimento, mormente no que respeita à tradição dos princípios clássicos.

É que ainda é bastante viva a idéia de que os efeitos dos contratos se produzem apenas entre as partes contratantes e em razão da manifestação livre e consciente de sua vontade, de modo a obrigar o cumprimento da avença sem qualquer possibilidade de intervenção externa.

Ora, já se analisou que, por força do projeto constitucional, que elevou a dignidade humana a valor maior do ordenamento jurídico, o contrato deve se revestir da qualidade de instrumento de realização da existência humana digna antes de ser mero instrumento de circulação de riqueza.

Se assim é, então é de se admitir que os efeitos dos contratos se projetam, sim, para além da vontade dos contratantes, afetando ou sendo afetados por interesses de terceiros.

Cabe ao Estado regular essa influência.

Para que se compreenda a função social do contrato é necessária uma breve análise acerca da teoria geral do direito.

Já se asseverou brevemente que a ciência jurídica moderna toma por ponto de partida o ressurgimento do direito romano em fins da idade média (MARTINS, 2004), contudo a prevalência da lei sobre todas as demais fontes é herança do direito liberal, aquele formulado pela Escola da Exegese para atender às necessidades de um novo Estado, limitado e não interveniente em interesses dos particulares.

Assim, em meados do século XX, Hans Kelsen formula a sua Teoria Pura do Direito dando ênfase à instrumentalidade dessa ciência.

Norberto BOBBIO adverte que "Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções" (2007, p. 85).

O mesmo autor, mais adiante, lembra que Jhering, ao contrário de Kelsen, já reconhecia ao Direito mais que uma finalidade instrumental, mas uma função social^[5]. Afirma ele:

Diante da pergunta sobre qual seria a finalidade do direito, [Jhering] dava uma resposta genérica, ou seja, que o direito servia para garantir "as condições de existência da sociedade", as quais eram, afinal, tudo e nada, compreendendo não apenas as condições da existência física, mas "também todos aqueles outros bens e prazeres que... atribuem à vida o seu verdadeiro valor". (BOBBIO, 2007, p. 86)

Foi na concepção Kelseniana, porém, que se encontrou o terreno fértil para a construção de um direito a conferir segurança às relações, porquanto foi eficiente na identificação da estrutura do direito.

Da perfeita compreensão da estrutura - o que é - do direito, passa-se com certa facilidade à idéia de sistema - onde está - idéias úteis à eleição de um método de estudo já que a idéia de Kelsen era demonstrar a cientificidade do direito.

Ora, temos como estrutura, basicamente, que direito é norma, ou conjunto de normas que se encontram sistematizadas, ou seja, perfeitamente distintas umas das outras em razão da matéria e engendradas de modo que umas se submetem as outras em perfeita harmonia. Assim costumava ser bastante comum nos primeiros anos do curso de direito, ensinar-se a clássica dicotomia entre direito público e direito privado, seus sub-ramos, bem como a organização das leis que tem na Constituição seu norte hermenêutico, etc.

Questão que só recentemente interessa ao direito diz exatamente com a sua função, o que equivale a perguntar: para que serve o direito? Mais especificamente, para que serve o contrato?

De um ponto de vista liberal-burguês, o Direito serve para estabelecer os limites de atuação do Estado, daí a Constituição ser a expressão do direito público e dos deveres dos governantes e o Código Civil, a expressão do direito privado e das liberdades dos governados. O contrato, visto sob o mesmo prisma, é o instrumento que serve para a circulação de riquezas, para a transmissão da propriedade.

Viu-se que esse modelo de Estado - o Estado liberal - já foi superado em muito. A evolução econômico-político-social conduziu a um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito. Com isso, as respostas às perguntas "para que serve o direito?" e "para que serve o contrato?" já não são mais as mesmas.

À primeira pergunta BOBBIO (2007, p. 94) responde que "Não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais".

O direito não é, assim, instrumento que atende a diversas funções, mas carrega a função de acompanhar a evolução da sociedade, e mais do que isso, moldá-la.

É nesse sentido que surge a Constituição generalista, que pretende a tutela ampla dos mais variados interesses, públicos e privados, através da eleição da dignidade humana com valor maior para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em sintonia, o Código Civil, expressão agora não mais do direito liberal, mas do direito civil constitucional, e que também encerra como norte hermenêutico de todas as suas instituições a dignidade humana (TEPEDINO, 2004).

Surge a resposta à segunda pergunta: o contrato serve à realização do projeto existencial humano através do reconhecimento da força jurígena da manifestação de vontade oriunda, esta, da autonomia privada, para fazer circular a riqueza individual desde que sem descuidar dos interesses do outro contratante nem tampouco dos interesses de terceiros. Eis uma idéia simplória do que seja a função social dos contratos.

Observe-se que estão contidas as idéias de autonomia privada e de boa-fé, ou seja, limites ao exercício da liberdade de contratar.

O princípio da função social do contrato é, assim, a expressão da socialidade no Direito Privado, mas mais que isso, é cláusula geral, ou seja, técnica legislativa endereçada ao julgador para que este se valha de critérios axiológicos no julgamento do caso concreto.

Para Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 274)

[...] as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

Completando esta idéia, importante trazer as lúcidas palavras de Gerson BRANCO (2009, p. 291-292):

Na consideração dos efeitos, deve-se levar em conta a natureza operacional e "dinâmica" do Código. A dinâmica é resultado da flexibilidade conceitual que permite a adaptação dos modelos jurídicos às transformações sociais, mediante a incorporação do trabalho da hermenêutica. Contudo, a atividade hermenêutica precisa preservar o equilíbrio entre o princípio da socialidade e o da liberdade contratual para que a lei não seja ferida.

O juiz precisa preencher a cláusula geral a partir da "estrutura normativa concreta" fornecida pelas regras da própria autonomia privada no plano da vida social e econômica, das regras do mercado, segundo os usos e costumes, da ética que governa as relações intersubjetivas, segundo as características sociais, econômicas e culturais das partes.

[...] A menção a uma função social não permite determinações em abstrato, mas somente caso a caso, tendo em vista a apuração do espaço de liberdade concedido pelo ordenamento.

Significa dizer que a função social do contrato, que é a expressão ampla da socialidade no direito privado conforme já se asseverou, e na qualidade de cláusula geral que é, não se traduz em janela aberta ao arbítrio do julgador, representante do Poder Público na relação processual, para que este intervenha utilizando da subjetividade que lhe é inerente. Ao contrário, importa em critérios objetivos de aplicação.

Ao dizer que a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato, disse o legislador que a liberdade de contratar produz seus efeitos tanto interna quanto externamente.

Primeiramente porque a vontade manifestada em razão da liberdade de contratar não mais é dotada da força jurígena que lhe emprestou o liberalismo. Esta força jurígena só será reconhecida se a liberdade de contratar for exercida em consonância com os princípios constitucionais impostos, especialmente o da dignidade humana, mas também os princípios do solidarismo, da livre iniciativa, da boa-fé, etc. Há liberdade de contratar, todavia tal liberdade há que ser exercida dentro de limites objetivos.

Além disso, o modo de se exercer a liberdade de contratar implica, como bem salienta Judith MARTINS-COSTA (2006, p. 236-248), em duas modalidades de eficácia dos contratos: a eficácia intersubjetiva e a transubjetiva.

Por eficácia intersubjetiva entende-se que as partes contratantes devem observar a certos deveres de prestação. Aquela autora enumera três grupos de casos a título de exemplo: (i) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção, (ii) contratos que viabilizam prestações essenciais e (iii) contratos comunitários.

Em todos os casos verifica-se que as circunstâncias particulares de um dos contratantes deverá ser considerada e respeitada pelo outro.

Já por eficácia transubjetiva entende-se que, em sentido oposto ao que prenuncia o princípio da relatividade, os efeitos do contrato podem alcançar terceiros ou, ainda, serem afetados por eles.

Humberto THEODORO NETO ressalta que "o contrato, como produto da autonomia da vontade, não pode produzir efeitos em face de terceiro, a não ser em situações excepcionais" (2007, p. 163). Adverte, todavia que o contrato não impõe obrigações a terceiros, mas que não subtrai destes os seus direitos nem tampouco lhes impede a aquisição de direitos.

Há, na própria lei civil, casos em que se disciplina exatamente a produção de efeitos dos contratos para terceiros, com ocorre na estipulação em favor terceiro[6], na promessa de fato de terceiro[7] e no contrato com pessoa a declarar[8]. Todos são institutos jurídicos tendentes à produção dos efeitos contratuais para além das partes contratantes, exceções, portanto ao princípio da relatividade.

Mas a eficácia externa propugnada pelo princípio da função social dos contratos vai muito além da previsão legal. Na verdade, a proteção contratual implica na observância das circunstâncias particulares dos contratantes, bem como dos reflexos dos efeitos do contrato sobre a esfera de interesses de terceiros, e em sentido inverso, dos reflexos dos interesses de terceiros sobre os efeitos esperados do contrato.

Assim, admite-se a oponibilidade do contrato a terceiro, conforme THEODORO NETO (2007):

a) quando este interfere de modo efetivo junto a uma das partes contratantes, ou de ambas, no sentido de incentivar o descumprimento contratual, hipótese em que se fala em Indução ao Inadimplemento ou Indução Direta. Exemplifica-se com a violação de pacto de não concorrência levada a efeito pelo exercício de atividade acobertada por nome de terceiro (testa de ferro). Ainda, a hipótese contida no artigo 608[9] do Código Civil é exemplo de Indução Direta.

b) quando o terceiro celebra com o devedor um contrato incompatível com o adimplemento, por parte deste, da obrigação assumida com o credor, hipótese em que se fala em Indução Indireta. Exemplo se tem na aquisição, por terceiro, de uma coisa que o devedor já tinha comprometido vender a outrem ou sobre bem que incidia preferência pessoal, como no caso do artigo 27 da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991[10].

Como resta evidente, nos casos de indução ao inadimplemento, tanto direta quanto indireta, a oponibilidade dos efeitos do contrato a terceiros é possível em razão da violação aos deveres de lealdade e boa-fé.

Há, contudo, ainda outras hipóteses de interferência de terceiros que autorizam a oponibilidade do negócio jurídico:

a) quando o terceiro é responsável pela morte ou incapacitação, para o trabalho, do devedor de prestação não fungível ou mesmo de certas prestações pecuniárias de natureza alimentar. Neste caso pode o terceiro ficar obrigado ao pagamento de pensão alimentícia aos dependentes do devedor independentemente das situações familiares. Contida na mesma situação, é a hipótese de lesão causada por terceiro que impossibilita o devedor de levar a cabo tarefa que só ele poderia executar (obrigação personalíssima), o que importará na responsabilização do terceiro pelas perdas e danos suportadas pelo contratante prejudicado pelo inadimplemento contratual. Pode, ainda, o terceiro ser responsabilizado pelas perdas e danos do empregador que deixa de poder contar com os serviços do empregado lesado em relação extracontratual ou contratual com o terceiro.

b) quando o terceiro é responsável pela destruição ou danificação da coisa que era imprescindível para o devedor cumprir a obrigação assumida com o credor, como no caso da destruição por terceiro da coisa alugada.

c) quando o terceiro está em situação de credor putativo e recebe do devedor a prestação que era devida ao verdadeiro credor, implicando a liberação do devedor.

Há que se atentar, todavia, para o fato de que por mais que as hipóteses apresentadas autorizem a oponibilidade dos efeitos dos negócios jurídicos aos terceiros possibilitando mesmo a sua responsabilização pelo inadimplemento contratual, não basta a ocorrência de tais situações, mas dada a cadeia de vínculos jurídicos a que se atam os indivíduos na realização da existência humana em sociedade, há a necessidade de verificação de determinados pressupostos, do contrário como bem lembra THEODORO NETO, "chegar-se-ia ao absurdo de uma cadeia de responsabilidade indeterminada e infundável, capaz de atingir até o próprio Criador do homem" (2007, p. 177).

Estão apresentadas algumas circunstâncias relativas à aplicação da função social do contrato.

É de ressaltar, contudo, que a grande preocupação daqueles que se dedicam ao estudo deste princípio respeita ao seu adequado manejo. Repita-se que as cláusulas gerais representadas nos artigos 421 e 422 do Código Civil longe estão de servir à violação do princípio da segurança jurídica, argumento este utilizado pelos críticos dessa técnica legislativa por entenderem que tais dispositivos dão margem ao arbítrio do juiz, que poderá julgar sem o limite da lei.

Sobre este tema é esclarecedora a idéia de Stefano RODOTA (1986, p. 207):

Si observamos el derecho privado, encontramos conceptos como los de buenas costumbres, buena fe, diligencia de un buen padre de familia y otros parecidos, que, aunque participan de las dificultades de determinación que derivan de su relación con La realidad social y de las implicaciones generales, non se sustraen a La posibilidad de una determinación técnica y, por tanto, a una eficacia inmediata[11].

Cabe enfrentar, ainda que brevemente, o princípio da função social através da análise econômica do contrato.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito é um método de estudo das ciências jurídicas que tem por objetivo a utilização de instrumentos típicos da economia para a análise e compreensão dos institutos jurídicos (GICO JR., 2009).

É certo que a Constituição Federal de 1988 adotou, como modelo econômico, o capitalismo, o que importa na apropriação dos meios de produção pelos particulares e na necessidade de garantia, tanto do direito de propriedade, quanto da livre iniciativa.

Nesse aspecto, e considerando tudo o quanto já se analisou no presente trabalho, é certo que o contrato tem importância vital para a consecução dos ideais econômicos da nação.

Porém, a tradição liberal ainda está fortemente arraigada nos usos e costumes da atividade econômica de modo que a idéia de um contrato funcionalizado, da possibilidade de intervenção do estado no domínio econômico privado, redundando na sensação de que o direito não confere mais a necessária segurança das relações no espaço em que se travam, qual seja, o mercado.

A análise econômica do direito, disciplina que tomou relevo a partir dos trabalhos de Richard Posner na Escola de Chicago, e do trabalho do inglês, ganhador do Prêmio Nobel de economia, Ronald Coase, tem servido, em muitos casos, para demonstrar que a funcionalização do contrato - e, mais amplamente, a própria funcionalização do direito - implica na criação de entraves mercadológicos contrários ao projeto constitucional de desenvolvimento nacional.

Assim, pugnam os estudiosos da Análise Econômica pela necessidade de aproximação entre o Direito e a Economia.

Nas palavras de POSNER

[...] economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students - even very bright ones - have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems. A student takes a course in price theory and learns what happens to the price of wheat when the price of corn falls and to the price of grazing land when the price of beef rises but does not understand what these things have to do with free speech or accidents or crime or the Rule Against Perpetuities or corporate indentures or gay marriage^[12]. (2007, p. 3)

A economia, contudo, é a ciência, dentre as ciências humanas, que tem por objeto o estudo do comportamento humano em um ambiente de recursos escassos. Em outras palavras, a economia estuda os critérios que levam a esta ou aquela decisão tomada tanto individual, quanto coletivamente (GICO JR., 2009).

Daí a importância das jocosas considerações de GICO JR.:

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros, etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? Essas barreiras são boas para os consumidores? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o Rio Uruguai? Por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo?

Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5:00 e 8:30 da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? [...] Por que o Governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?

Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudos por economistas.

Vê-se, assim, que ao regular o comportamento humano, entre outras tantas funções do direito, este em muito se aproxima da economia. Ora, muitas vezes o critério de decisão que se toma na rotina diária é a observância às regras jurídicas, ou a consequência em caso de não observância a tais regras.

Em um ambiente de negócios, como os ambientes corporativos, o valor que orienta as relações é o lucro, ou mais apropriadamente, a viabilidade econômica das decisões.

E valendo-se dos instrumentos econômicos, os empresários costumam utilizar a idéia da racionalidade econômica, o que significa dizer que é legítimo, no ambiente corporativo pelo menos, a maximização dos

interesses individuais. Isto, aplicado ao contrato, importa dizer que para o empresário o que é legítimo é a maximização do lucro, ainda que isso implique em perda para a outra parte contratante.

É natural, então, que se dê valor ao contrato liberal, que primava pela absolutização da liberdade individual, porque se entende, em um cenário econômico, que todos os participantes conhecem as regras de mercado - teoria da escolha racional - e que todos estão buscando a maximização dos ganhos individuais.

A flexibilidade dos princípios da força obrigatória dos contratos e da relatividade viabilizados pela aplicação do princípio da função social do contrato, geraria, no entender dos adeptos da análise econômica, uma insegurança jurídica incompatível com o modelo econômico adotado pelo ordenamento.

Essa preocupação se torna evidente em texto de Luciano TIMM:

[...] exemplos recentes no mercado de crédito dão conta de que a interferência estatal no acordo entre as partes pode favorecer a parte mais fraca no litígio e prejudicar a posição coletiva, ao desarranjar o espaço público do mercado que é estruturado em expectativas dos agentes econômicos.

Nesse sentido, a revisão judicial dos contratos empresariais pode trazer instabilidade jurídica, insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação para as partes negociarem e fazerem cumprir o pacto. (2008, p. 68)

Entendem, assim, que a função social do contrato se confunde com a justiça contratual, ou, o que é pior, que se confunde com uma idéia de justiça distributiva, uma espécie de assistencialismo que em nada se assemelha aos novos princípios contratuais, como já se teve a oportunidade de analisar.

Outra visão de adeptos da análise econômica no Brasil se revela no excerto seguinte:

Quando se está diante de contratos derivados de concessões de serviço público a não-interrupção da prestação pode ser mais razoavelmente confirmada pela característica de essencialidade do serviço prestado do que pela funcionalização do contrato. (RIBEIRO; GALESKI JR., 2009, p. 141)

Ora, com estudado em linhas acima, essa é exatamente uma das vertentes da função social dos contratos, o que significa dizer que a função social pode conviver com interesses econômicos.

Ademais, não é próprio da análise econômica estabelecer os critérios de aplicação e validade dos institutos jurídicos. Não se está aqui a desfazer da importância do estudo da Análise Econômica do Direito. Ao contrário, entende-se que este método é extremamente relevante para a compreensão do comportamento humano em sociedade, tanto mais porquanto o ambiente social é um ambiente de recursos escasso.

Com isso, a análise econômica do direito se torna vital à consecução do projeto constitucional em toda a sua extensão, todavia há que se busca um melhor entendimento, isso sim, sobre as funções da empresa nesse novo cenário político, social e econômico inaugurado pela Constituição Cidadã.

Em realidade, há que se buscar a integração entre a autonomia empresarial e a solidariedade social.

O caminho é fornecido por Eduardo FARAH:

Para que a autonomia empresarial atenda ao princípio da solidariedade social, é imprescindível que o homem seja o epicentro dos interesses da empresa, não apenas objeto ou considerado como valor econômico-financeiro. Porém isso somente será possível se houver uma política econômica direcionada a este fim, pois as chamadas "leis de mercado" não atendem, por si só, a estas premissas. (2002, p. 687)

A Constituição Federal elencou, em seu artigo 170, os princípios que regem a ordem econômica, e dispôs, lado a lado, a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a dignidade humana.

Assevere-se, entusiasticamente, que a Análise Econômica do Direito é método de compreensão do fenômeno jurídico, e não interpretação da lei nem tampouco de estabelecimento de critérios de aplicação da lei, entretanto, é ferramenta útil à consecução do festejado projeto constitucional.

CONCLUSÃO

As profundas alterações relativas aos aspectos políticos, sociais e econômicos pelos quais vem passando as sociedades modernas, assim como os efeitos da ciência e da tecnologia sobre a vida dos cidadãos revelam que o direito tem papel fundamental na preservação das garantias individuais, mas da mesma forma é responsável pela orientação das mudanças vindouras.

Ora, é sabido que os valores que norteiam as sociedades mudam cada vez mais rapidamente, especialmente por conta da escassez de recursos naturais e culturais. O que é certo é que, independentemente de condições particulares ou circunstanciais, o homem será sempre a causa primeira e a finalidade de todas as manifestações do Estado, o início e o fim de todas as relações. O homem, e não o patrimônio.

Dito isso, há necessidade de se esclarecer que a Constituição Federal de 1988, seguida da disciplina do consumidor, do Código Civil e da disciplina da empresa, forma o arcabouço jurídico de direito privado capaz de se adaptar as novas relações sociais e jurídicas que certamente surgirão.

Cabe, agora, aos agentes políticos, sociais e econômicos o esforço de compreender e se adequar a esta nova ordem de coisas.

O projeto social, político e econômico está perfeitamente desenhado com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por valores basais a dignidade humana e a livre iniciativa. Resta, agora, que se utilizem essas ferramentas de modo a propiciar-se o ganho coletivo, e não individual, através da conduta ética e responsável de cada um dos integrantes da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRASIL. **Constituição Federal**. 1988
- BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990
- BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002
- CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 2001
- FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- GICO JUNIOR, Ivo T. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Brasília: Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Disponível em http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44. Acesso em 29.1.2010
- GODOY, Claudio L. B. de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2005
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- _____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). **O Direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Quartier latin, 2006
- NALIN, Paulo R. R. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001
- NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In LOTUFO, Renan (org.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais na ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009
- RODOTA, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Bologna: Civitas, 1986
- PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. São Paulo: Manole, 2004
- POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2002

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York, EUA: Aspen Publishers, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

[1] Sobre o Direito Civil Constitucional, tratar-se-á mais adiante.

[2] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[3] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (**Vetado**);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[4] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[5] O sentido da expressão aqui utilizada difere daquele emprestado ao princípio da função social da propriedade ou dos contratos. No caso dos princípios, a função social importa no reconhecimento de que os efeitos dos contratos podem afetar, ou serem afetados, pelos interesses de terceiros. Aqui, contudo, a idéia é a de que para Jhering o Direito não era apenas e tão somente um instrumento para diversas funções, mas tinha, ele próprio, a função de moldar a sociedade e os interesses dos seus integrantes.

[6] Art. 436, CC

[7] Art. 439, CC

[8] Art. 467, CC

[9] Art. 608, CC: Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos.

[10] Art. 27: No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

[11] Em tradução livre da autora: Se observarmos o direito privado, encontramos conceitos como os de bons costumes, boa fê, diligência do bom pai de família [*bonus pater familiae*] e outros parecidos que, ainda que apresentem dificuldades de determinação que derivam de sua relação com a realidade social e das implicações gerais, não se subtraem à possibilidade de uma determinação técnica e, portanto, a uma eficácia imediata

[12] Em tradução livre da autora: [...] a economia é uma poderosa ferramenta para analisar uma vasta gama de questões jurídicas, mas a maioria dos advogados e estudantes de direito - mesmo aqueles muito brilhantes - tem dificuldade em relacionar os princípios econômicos aos problemas jurídicos concretos. Um aluno se inicia na teoria dos preços e aprende o que acontece com o preço do trigo quando o preço do milho cai e com o preço das pastagens quando o preço da carne bovina sobe, mas não compreende o que isso tem a ver com a liberdade de expressão ou acidentes ou crime ou Regra contra Perpetuidades ou contratos corporativos ou casamento gay.