

POSSIBILIDADES DE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: TROCAS, ACESSO ÀS POSIÇÕES PROPRIETÁRIAS E AO TRABALHO

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA¹
LIGIA NEVES SILVA²

RESUMO: O texto investiga as possibilidades de uma análise econômica do direito e da função social do contrato do modo como regulada pelo Código Civil brasileiro. Coloca-se em debate o confronto entre uma perspectiva de análise econômica da função social do contrato, no propósito de assegurar eficiência econômica e viabilizar a estabilidade dos mercados, e uma outra perspectiva que explica a função social do contrato em termos de objetivação de finalidades de promoção da pessoa e de evolução social, a partir de critérios de justiça social. Desse confronto emerge conclusão no sentido de que a função social do contrato deriva de uma práxis do trabalho desde logo pressuposta nas interações e nos desdobramentos na realidade do papel das trocas, do acesso a posições proprietárias e dos processos de desenvolvimento da pessoa e da própria evolução social.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica; Contratos; Função Social.

ABSTRACT: The paper investigates the possibilities of an economic analysis of law and the social function of contract the way regulated by the Brazilian Civil Code. Place in debate the confrontation between a perspective of economic analysis of the social function of contract on purpose to ensuring economic efficiency and enabling market stability and other perspective that explains the social function of contract in terms of objectification of finality of promotion individual and social evolution, based on criteria of social justice. The conclusion emerges from this confrontation in the sense that the social function of contract comes from of the labour praxis presupposed in the interactions and deployment in the reality the role of trade, access to proprietary positions and development processes person's and own social evolution.

KEYWORDS: Economic Analysis; Contracts; Social Function.

Artigo recebido em 16.06.2011. Pareceres emitidos em 07.07.2011 e 18.07.2011.

Artigo aceito para publicação em 05.09.2011.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor no Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba, em Curitiba, Paraná, e na Escola da Magistratura do Paraná, em Curitiba e Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Paraná, em Curitiba. *xikocardozo@msn.com*

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba, em Curitiba, Paraná e Advogada, em Foz do Iguaçu, Paraná. *ligiaosinski@hotmail.com*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Premissas para uma Análise Econômica do Direito e do Contrato na Dinâmica das Trocas no Mercado; 2. O Alcance do Princípio da Função Social do Contrato na Perspectiva de Análise Econômica do Direito e de Acesso às Posições Proprietárias; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Premises for an Economic Analysis of law and Contract in the Dynamics of Trade in the Market; 2. The Scope of the Principle of the Social Function of Contract in Perspective of an Economic Analysis of law and Access to Proprietary Positions; Conclusions; Bibliography.

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002 ganhou relevo o problema da funcionalização de direitos. A Constituição brasileira de 1988 já havia regulado a garantia fundamental de direito de propriedade com função social (inc. XXIII, do art. 5º). O art. 421 do Código Civil assimilou a funcionalização em relação aos contratos, que também já estava presente na principiologia do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Um dos eixos de debate sobre a função social do contrato articula-se em torno da viabilidade de uma análise econômica do direito e conseqüentemente da contratualidade. A construção dogmática contemporânea se divide entre os que defendem uma perspectiva de mensuração da função social do contrato, no contexto de critérios de eficiência econômica e de funcionalidade dos mercados, e os que sustentam que a função social do contrato não se subordina a simples imperativos de eficiência econômica estando relacionada a finalidades de justiça social e de solidarismo.

Discute-se neste texto, em um primeiro momento, a viabilidade de uma análise econômica do direito e do contrato na perspectiva de critérios de eficiência econômica; em um segundo momento, coloca-se em evidência a necessidade de pensar a inter-relação entre direito e economia, e conseqüentemente de compreender que as finalidades de função social do contrato derivam de uma práxis do trabalho desde logo pressuposta nas interações e nos desdobramentos na realidade, das trocas, do acesso a pessoas proprietárias e dos processos de desenvolvimento da pessoa e da evolução social.

O problema, portanto, pode não se situar apenas na contraposição entre redistribuição e eficiência econômica. Na função social do contrato pode estar em causa a promoção da pessoa e o alcance da socialidade, no contexto das trocas e do acesso à posições proprietárias, em torno da práxis do trabalho.

A proposta do texto, portanto, é de uma visão crítica da análise econômica do direito e do contrato, em que o sistema jurídico não esteja instrumentalizado por uma racionalidade econômica restrita a critérios de eficiência de ganhos e à dinâmica de correção de crises e de imperfeições do mercado.

1. PREMISSAS PARA UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DO CONTRATO NA DINÂMICA DAS TROCAS NO MERCADO

A análise econômica do direito (AED) recebeu impulso em meados do século XX a partir da ideia de que, na relação entre direito e economia, o papel do direito é o de assegurar a otimização dos mercados medida por critérios de eficiência; em termos de antecedentes históricos Vilfredo Pareto havia proposto a mensuração de eficiência econômica mediante uma lógica da decisão de produtores e consumidores, com respeito a escolhas e cumprimento de objetivos.³

Na perspectiva do pensamento de Richard Posner, o movimento da *Law and Economics* analisa a relação entre direito e economia em duas variáveis, a do papel das normas no comportamento dos agentes econômicos e a dos efeitos econômicos das normas em termos de maximização da riqueza.

Segundo Alexandre de Moraes Rosa e José Manuel Aroso Linhares, na visão metodológica da análise econômica do direito, a eficiência é entendida como a melhor alocação de recursos na perspectiva do mercado, o que implica a avaliação das instituições mediante critérios de consequências e de custo-benefício das decisões; enfatiza-se a necessidade de mudanças estruturais no sistema de resolução de conflitos, com ênfase na mediação e na arbitragem de um lado e, de outro, na construção de uma teoria da decisão judicial apoiada em critérios de maximização da riqueza.⁴

Ainda do ponto de vista histórico, pode-se dizer que Marx já esboçara uma análise econômica do direito, no sentido de relação entre o papel do direito e o modo de produção capitalista, ou no de que as relações jurídicas estão determinadas pelas condições materiais e históricas da sociedade⁵. Em Marx, porém, uma análise econômica do direito é essencialmente crítica e histórica.

Especificamente em relação aos contratos, Richard Posner sustentou que o fundamento econômico do direito contratual está na alocação eficiente de recursos, pela relação custo/benefício; segundo Posner, *The basic aim of contract law (as recognized since Hobbes's day) is to deter people from behaving opportunistically toward their contracting partner, in order to encourage the optimal timing of economic activity and (the same point) obviate costly self-protective measures.*⁶ Ou seja, a regulação do direito contratual deve propiciar a otimização da atividade econômica e reduzir custos para os contratantes. Para Posner o contrato não constitui expressão da autonomia das partes; antes constitui expressão de custos de transação, no sentido do Teorema de Coase que sustenta que quando os custos de transação são iguais ou próximos de zero, a eficiência da decisão judicial

³ Vilfredo Pareto, *Manual de Economia Política*, Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1945, p. 112-188.

⁴ *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59-60.

⁵ *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

⁶ *Economic Analysis of Law*, 7. ed., Nova York: Aspen Publishers, 2007, p. 94.

não depende de para quem as regras jurídicas atribuem direitos. A premissa embute uma crítica à tese de externalidades negativas na contratação. Contudo, a ideia de uma eficiente alocação de recursos, segundo Eric A. Posner, se apoia em modelos que omitem variáveis circunstanciais e contingentes nas práticas econômicas dos mercados.⁷

Luciano Benetti Timm, quando trata do descumprimento contratual, embora admita a aplicação da análise econômica do direito para explicar a principal função social do contrato como a finalidade de viabilizar as trocas no mercado e promover a alocação de riscos pelos agentes econômicos de que poderia resultar saldo positivo na transação, adverte para a inviabilidade da aplicação no Brasil da doutrina do *efficient breach* sem considerar as implicações legais que envolvem o acesso à justiça, o incentivo à litigância e a lentidão na resolução dos conflitos.⁸ De todo modo, deve ser frisado que, no contrato de trabalho, o descumprimento do contratado sugere uma prática no Brasil na direção de um *resultado Pareto superior*.

Com efeito, é duvidoso que possa existir uma situação em que as partes detenham informações suficientes, em termos de custos e benefícios, de modo a obter com a contratação alocação eficiente de recursos. É necessário considerar também o contexto social e econômico em que ocorre a contratação, que pode interferir nos resultados visados pelas partes no momento da celebração do pacto.

Revela-se importante também considerar se os critérios de justiça no contrato podem ser substituídos por critérios de eficiência e racionalidade na alocação de recursos. Ou, por outro lado, se a questão da justiça do contrato poderia deslocar para o âmbito econômico a necessidade de a atividade econômica ela própria perseguir, para além de critérios de eficiência, finalidades ou valores, por exemplo, de justiça social. Indagação dessa ordem colocaria em causa uma premissa básica, para uma visão analítica do direito que, de certo modo, aproxima-se do pensamento da análise econômica do direito, que é a da separação entre fatos e valores e que resulta fundamental para o problema em torno da funcionalização dos contratos. Nessa perspectiva de separação entre fatos e valores na história da teoria econômica, e com reflexos no direito, Claude Gamel adverte para o que ele denomina de severas desilusões na tentativa de dar um tratamento indiferenciado entre fatos e valores na busca de construção do que poderia ser uma ética da economia.⁹

⁷ Análise Econômica do Direito Contratual, após três décadas: sucesso ou fracasso (Março 2002). University Chicago Law & Economics, Olin Working Paper N° 146. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=304977>.

⁸ Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs eficiência econômica, Revista dos Tribunais, vol. 876, São Paulo: outubro de 2008, p. 12-43.

⁹ La distinction fait/valeur en théorie économique: trois temps fondamentaux d'une hitorie mouvementée. In *Analisi e diritto*, Madrid: Marcial Pons, 2009 p. 135-153.

De todo modo, um dos eixos da análise econômica do direito contratual articula-se em torno da dicotomia fatos-valores, de certo modo central no pensamento juspositivista e na filosofia analítica no direito (Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Herbert Hart, entre outros), o que coloca em evidência a necessidade de, para o efeito de fundamentação da premissa de função social do contrato, tratar da objetivação dos fatos e, a partir deles, das finalidades de funcionalização.

Um outro aspecto a considerar é o de que a análise econômica do direito, que se articula em torno da premissa de eficiência na alocação de recursos, tem em perspectiva uma noção de risco empresarial ou de mercado que incumbiria ao direito minimizar; o problema, contudo, pode ser o de o risco não se situar apenas no âmbito da empresa ou do mercado, mas de caracterizar a própria configuração da sociedade, conforme escreve Ulrich Beck, de tal modo que uma racionalização em torno da eliminação de riscos poderia colocar em xeque a própria racionalidade socioeconômica.

Tem-se então que a questão do alcance da análise econômica do direito, para o efeito de fundamentação dogmática da função social do contrato, deve considerar pelo menos duas variáveis: no campo econômico, a possibilidade de assegurar eficiência ou, pelo menos, garantir a regulação dos mercados e, no campo jurídico, dar conta da relação entre fato e valor para o efeito de viabilizar a atividade econômica.

O papel do contrato na perspectiva de assegurar eficiência ao mercado remete à consideração da dinâmica das trocas na economia capitalista.

No *Tableau économique et maximes générales du gouvernement économique* François Quesnay faz referência a um contrato primitivo em que as mercadorias produzidas espelham o equivalente do salário nelas acumulado. A premissa de um equivalente nas trocas, no pensamento de Quesnay, ao mesmo tempo em que desloca a produção da riqueza na economia para a esfera da agricultura, não deixa de pressupor um equilíbrio que, em certo sentido, pode ser localizado na concepção de Pareto de uma lógica intrínseca na decisão de produtores e consumidores.

Mesmo Adam Smith quando formula a premissa da “mão invisível” que regularia a esfera econômica, (*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*), embora tenha reconhecido o trabalho como elemento central de produção da riqueza, alimenta a idéia de equivalência na compra e venda do trabalho, cujo preço estaria determinado pela concorrência na demanda de braços entre uma atividade econômica e outra.

Contudo, o pressuposto de um equilíbrio nas trocas ou nas relações econômicas no mercado, antes mesmo de Marx, recebeu a crítica de Sismondi para quem,

Ainda que a sua autoridade não tenha chegado a reformar, longe disso, todo o conjunto da legislação econômica, o dogma fundamental de uma concorrência livre e universal fez imensos progressos em

todas as sociedades civilizadas. E, se deste progresso resultou um prodigioso desenvolvimento da capacidade produtiva do trabalho, muito frequentemente, também, dele resultaram terríveis padecimentos para muitas classes da população. Foi, portanto, em decorrência desta experiência que sentimos a necessidade de invocar a autoridade protetora do Estado. A ação do Estado nos pareceu necessária para impedir que fossem sacrificados ao crescimento da riqueza seres que dela jamais usufruíram. Só esta autoridade pode colocar-se acima do puro cálculo material do aumento da produção – que basta para levar os indivíduos a agirem – e só ela pode contrapor a este cálculo o do aumento do bem-estar geral, que deve ser o objetivo a ser almejado pelas nações.¹⁰

A ideia de mercado auto-regulável, conforme adverte Karl Polanyi, não está na origem da formação histórica dos sistemas de mercado; mesmo no momento em que os mercados se desenvolveram em razão do mercantilismo, esteve sempre presente a necessidade de controle e de regulação centralizada. O pressuposto de equilíbrio natural dos mercados carrega forte carga de abstração na compreensão das práticas econômicas na vida social. Polanyi ressalta que a emergência da ideia de auto-regulação constitui uma inversão da tendência de desenvolvimento e deve ser compreendida em termos dos pressupostos subjacentes à economia de mercado, nos moldes do que veio a ocorrer na modernidade.¹¹

Tomado o contexto de crítica às premissas de mercados auto-regulados, e conseqüentemente em equilíbrio, não se revela viável o pressuposto que daí decorre de equivalência nas trocas, que possa estar assegurado por meio dos contratos, máxime se considerado o contrato de trabalho, que pelo menos desde Adam Smith, institucionaliza o trabalho como força propulsora da produção de riqueza em sociedade.

Ao contrário do pressuposto por Adam Smith, a concorrência não é suficiente para explicar o salário ou mesmo a fixação do preço das mercadorias; nem é possível também pressupor como formulou Quesnay que o preço da mercadoria é o equivalente dos salários nela consumidos.

Coube a Marx demonstrar que o trabalho produz valor e que, desse modo, o preço da mercadoria decorre de um processo de valorização que está na base da acumulação do capital. Mesmo em Marx, porém, mantém-se a premissa de equivalência nas trocas que estaria pressuposta no contrato da força de trabalho, ainda que ele tenha chamado a atenção para o caráter fetichista que caracteriza a equiparação da compra e venda do trabalho à mercadoria, ao mesmo tempo em que objetiva o excedente apropriável na forma de mais-valia; especificamente sobre o processo de valorização propiciado pelo trabalho diz Marx,

¹⁰ Jean-Charles-Léonard Simonde de Sismondi, *Novos princípios de economia política*, Curitiba: Segesta Editora, 2009, p. 60.

¹¹ *A Grande Transformação – As Origens da Nossa Época*, São Paulo: Editora Campus, 2000, p. 89.

O valor de um dia da força de trabalho importava em 3 xelins, porque nela mesma está objetivada meia jornada de trabalho, isto é, porque os meios de subsistência necessários para produzir diariamente a força de trabalho custam meia jornada de trabalho. Mas o trabalho passado que a força de trabalho contém, e o trabalho vivo que ela pode prestar, seus custos diários de manutenção e seu dispêndio diário, são duas grandezas inteiramente diferentes. A primeira determina seu valor de troca, a outra forma seu valor de uso. O fato de que meia jornada seja necessária para mantê-lo vivo durante 24 horas não impede o trabalhador, de modo algum, de trabalhar uma jornada inteira. O valor da força de trabalho e sua valorização no processo de trabalho são, portanto, duas grandezas distintas. Essa diferença de valor o capitalista tinha em vista quando comprou a força de trabalho. Sua propriedade útil, de poder fazer fio ou botas, era apenas uma *conditio sine qua non* pois o trabalho para criar valor tem de ser despendido em forma útil. Mas o decisivo foi o valor de uso específico dessa mercadoria ser fonte de valor, e de mais valor do que ela mesma tem. Esse é o serviço específico que o capitalista dela espera. **E ele procede, no caso, segundo as leis eternas do intercâmbio de mercadorias.** Na verdade, o vendedor da força de trabalho, como o vendedor de qualquer outra mercadoria, realiza seu valor de troca e aliena seu valor de uso. Ele não pode obter um, sem desfazer-se do outro. O valor de uso da força de trabalho, o próprio trabalho, pertence tão pouco ao seu vendedor, quanto o valor de uso do óleo vendido, ao comerciante que o vendeu. O possuidor de dinheiro pagou o valor de um dia da força de trabalho; pertence-lhe, portanto, a utilização dela durante o dia, o trabalho de uma jornada. A circunstância de que a manutenção diária da força de trabalho só custa meia jornada de trabalho, apesar de a força de trabalho poder operar, trabalhar um dia inteiro, e por isso, o valor que sua utilização cria durante um dia é o dobro de seu próprio valor de um dia, é grande sorte para o comprador, mas, de modo algum, um injustiça contra o vendedor.¹²

Na sequência, no pressuposto de uma equivalência de trocas, Marx sustenta:

Todas as condições do problema foram resolvidas e, de modo algum, as leis do intercâmbio de mercadorias foram violadas. **Trocou-se equivalente por equivalente.** O capitalista pagou, como comprador, toda mercadoria por seu valor, algodão, massa de fusos, força de trabalho. Depois fez o que faz qualquer outro comprador de mercadorias. Consumiu seu valor de uso.¹³

Como se verifica, Marx pressupõe no processo de compra e venda da força de trabalho a apropriação do que ele qualifica de mais-valia, na medida em que a jornada de trabalho, para além do tempo necessário de trabalho para assegurar a subsistência do trabalhador, assegura um excedente de

¹² O Capital, São Paulo: Abril Cultural 1983, vol. I, Livro I, Tomo 1, p. 159-160.

¹³ O Capital, p. 160.

trabalho apropriável pelo comprador. Mas, ao reduzir a apropriação a um caráter estritamente econômico, Marx pode estar negligenciando outros aspectos sociais envolvidos no processo de valorização do capital. A objetivação do trabalho necessário à subsistência do trabalhador e do excedente de trabalho de que resulta a mais-valia atende a uma determinante quantitativa, de certo modo, em consonância com o pressuposto de que o contrato de compra e venda da força de trabalho ocorre no contexto de uma lei geral da troca do equivalente pelo equivalente. Desse modo, o processo de valorização, ainda que demonstrado o modo como o comprador se apropria do trabalho do vendedor, não deixa de guardar sintonia com o pressuposto de equivalência das trocas que está na base da economia de mercado da modernidade e que, por sua vez, se reflete na dogmática do direito contratual, no campo jurídico.

Ocorre que, conforme já advertia Sismondi antes de Marx, da relação entre o capital que assalaria o trabalho decorre uma partilha desigual¹⁴; essa desigualdade não pode ser mensurada apenas pelo aspecto quantitativo de trabalho despendido, de modo que se torna necessário superar a premissa de equivalência nas trocas como pressuposto da produção de riqueza em sociedade e conseqüentemente, como fundamento da teoria do direito dos contratos.

Pode não ser o caso de considerar que o valor das mercadorias expressa o tempo de trabalho gasto para produzi-las, com o que a teoria do valor proposta por Marx deve adquirir um outro sentido, em especial quando está em causa premissas de uma análise econômica dos contratos.

Christoph Türcke em uma crítica da teoria do valor assinala que a preocupação com a quantidade de trabalho, que é característica da economia pós-moderna, é ela mesma aberrante e, para o efeito de explicar o potencial de exploração do trabalho, deve ser reformulada em outro sentido. De acordo com Türcke, no valor da mercadoria, emerge a projeção e o fetiche que estão na essência da troca primitiva que acompanha a humanidade, muito antes da consolidação da economia de mercado. Sobre a teoria do valor Türcke enfatiza que,

Já em atos de troca completamente elementares, Marx vê algo quase religioso em ação: um mecanismo de projeção não analisado mais de perto. Sobre ele ficamos sabendo apenas que alcança até a fisiologia da percepção e tende ao engano geral. E de fato já se sucumbiu a ele quando se diz que uma certa quantia de grãos **valeria** uma certa quantia de carne. Pois aí já se trataria o valor como se ele se prendesse às coisas por natureza, como seu brilho, sua dureza ou acidez. Mas o seu valor é – e aqui Marx tem toda razão – o prestígio que elas têm em uma sociedade, e não sua propriedade natural. E esse prestígio – Marx o chama de “relação social” – é, porém, uma trama complexa.¹⁵

¹⁴ Novos Princípios de Economia Política, p. 87.

¹⁵ Sociedade Excitada – Filosofia da Sensação, Campinas: Editora Unicamp. 2010, p. 221-222.

A valorização da mercadoria não está diretamente relacionada à quantidade de trabalho necessária para produzi-lo. No valor da mercadoria e, por conseguinte na pressuposição de equivalência na troca, manifesta-se uma projeção não quantificável. Por isso, segundo Christoph Türcke, o valor da mercadoria resulta de uma trama complexa que está por trás da “relação social” de atribuição de valor às mercadorias.

Disso resulta que a exploração do trabalho não tem apenas um componente econômico; ela tem componentes sociais e econômicos sendo que os componentes sociais se manifestam com muito mais intensidade na forma de desigualdades estruturais no acesso a bens e direitos por expressiva quantidade de pessoas.

Impõe-se, portanto, resgatar o processo de valorização das mercadorias em outro patamar, que não o de simples equivalência e equilíbrio nas trocas, como forma de dar suporte a uma renovada compreensão da teoria dos contratos que veio a materializar-se na atualidade.

Nessa perspectiva, pode ser frutífero restabelecer a dialética e a historicidade do pensamento de Marx mediante a consideração de que o trabalho introduz causas e finalidades na vida social. Georg Lukács afirma que está presente no pensamento de Marx a premissa de que o trabalho pressupõe uma ontologia da práxis porque atua um modelo de “pores teleológicos”¹⁶. Essa ideia de “pores teleológicos” pressupõe que o trabalho contém uma finalidade que o trabalhador realiza na medida em que modifica a natureza da matéria. Segundo Lukács, o trabalho contempla uma objetividade concreta ou posições concretas de fins que, para o que aqui interessa, pode constituir o fundamento da função social do contrato na atualidade; nesse sentido ele assinala que *não devemos esquecer que as decisões entre alternativas na teleologia do trabalho sempre se relacionam a complexos de objetividade concretos dentro de posições concretas de fins e só podem cumprir sua **função social** quando são capazes de conduzi-los a uma concretização adequada.*¹⁷

Em termos de uma análise econômica, não se justifica na realidade econômica, a submissão do contrato a imperativos de eficiência, na medida em que pressuposto uma equivalência abstrata das trocas ou uma idéia de equilíbrio dos mercados a esta altura já superado pelo crescente papel do Estado regulador da concorrência dos mercados oligopolizados.

Na compreensão do papel do mercado na atualidade, em termos de análise econômica do direito, talvez seja o caso de reconhecer que o mercado, numa espécie de visão institucionalista, constitui uma instituição social; e nessa perspectiva, resulta fundamental assinalar o que menciona Robin Paul Malloy que, numa concepção linguística, afirma que,

¹⁶ Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social, São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, p. 43.

¹⁷ Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social, p. 61-62.

La idea de derecho y economía de mercado implica un acercamiento a la teoría del mercado contextualizado socialmente, porque está basado en la simple creencia de que los mercados implican intercambio, y el intercambio conlleva interacción por parte de las personas y entre las personas. Por lo tanto, centra su atención en el proceso social de intercambio más que en el ejercicio óptimo o eficiente de la elección puramente racional. El intercambio, desde el punto de vista del mercado, no tiene lugar en una isla aislada de autonomía individual en la que no importan las elecciones que una persona tome en condiciones de escases e incertidumbre. El intercambio sólo sucede cuando está en juego una comunidad de personas, y la primera preocupación de derecho y economía de mercado es el estudio del proceso de intercambio mediante el estudio de las redes y pautas de intercambio en la sociedad. En consecuencia, en derecho y economía de mercado nos ocupamos de la interacción de las personas en y entre comunidades interpretativas, de la participación de los individuos en relaciones recíprocas, relaciones que no están dadas ni son finitas, sino que están continuamente revolucionando y transformándose.¹⁸

Considerado que o mercado pode ser compreendido como instituição social, o que nele se realiza em termos de interação social não pode ser medido apenas por critérios de eficiência, como aliás já previra a crítica à tradicional visão de Posner e da AED; naquilo que o mercado consolida em termos de relação social está a própria essência dos valores de promoção da pessoa humana.

Não se trata, portanto, de subordinar a funcionalidade do contrato a observar pressupostos de ordem econômica. É necessário verificar o modo como a contratualidade está inserida em um determinado contexto social e econômico e, a partir desse prisma, procurar entender o alcance de efeitos jurídicos, sociais e econômicos surgidos das relações jurídicas. Nesse sentido, conforme adverte Luiz Reimer Rodrigues Rieffel, a relação entre direito e economia deve ser vista na perspectiva de entender a relação entre o raciocínio jurídico e os conceitos econômicos, o que é diferente de instrumentalizar o direito a partir de uma determinada concepção de funcionamento da economia; a questão, diz ele, é verificar as implicações do uso de conceitos econômicos no campo jurídico.¹⁹

Todo esse percurso se mostrou necessário para demonstrar que as mudanças nos fundamentos da teoria do direito contratual na atualidade resultam das alterações das relações sociais e, mais especificamente, das relações econômicas no modelo de economia de mercado pós-moderna.

Somente se justifica a premissa de uma função social dos contratos quando se torna claro para os juristas que o contrato não está assentado no

¹⁸ Derecho y Economía de Mercado, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 55-56.

¹⁹ Um Mundo Refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner, Dissertação de Mestrado, UFRS, Porto Alegre: 2006.

pressuposto de equivalência das trocas e, o que é mais importante, que a exploração de recursos naturais e humanos, no atual estágio da economia capitalista, não carrega apenas componentes de natureza estritamente econômica.

A análise econômica do princípio da função social nos contratos permite compreender as transformações econômicas que produziram efeitos na dogmática do Direito Privado. Sobre essas consequências Michele Giorgianni afirma o seguinte:

Que, deste modo, o Direito Privado tenha perdido o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para “socializar-se”, como se costuma dizer, não se poderia colocar em dúvida. Não se deveria duvidar, por outro lado, seja dito incidentalmente, que a atividade econômica privada já transcende as fronteiras das relações entre indivíduos, e penetrou no centro do corpo social através das dilatadas dimensões da empresa econômica e através da possibilidade de satisfazer um número e uma variedade de necessidades antes nem mesmo imagináveis. Esta “socialização” já impregnou intimamente todos os institutos do Direito Privado, e não somente a propriedade, que mais frequentemente chamou a atenção da doutrina.²⁰

A função social do contrato ultrapassa a fronteira dos interesses individuais e procura repercutir efeitos na área de conexão entre interesses individuais e interesses sociais. É nesse contexto que se torna possível tratar de categorias como cláusulas gerais e, principalmente cláusulas contratuais abusivas, conforme ressalta Fernando Noronha²¹, tendo por pressuposto a desigualdade de obrigações entre os contratantes.

Logo, uma análise econômica do direito que seja crítica não pode negligenciar esses fatores na constituição da juridicidade. A mera subordinação do direito a espécie de fiador do funcionamento do mercado negligencia a complexidade das relações sociais.

2. O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA PERSPECTIVA DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DE ACESSO À POSIÇÕES PROPRIETÁRIAS

Tendo-se como pressuposto que, no campo jurídico, a questão relacionada à função social do contrato envolve a equação fato-valor, torna-se necessário explicitar o modo como a funcionalização ganha sentido na construção da dogmática do direito contratual.

A função social do contrato aparece regulada no direito brasileiro de forma expressa no art. 421 do Código Civil que dispõe que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

²⁰ O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras, Revista dos Tribunais vol. 747, São Paulo: 1998 p. 49.

²¹ Direito das Obrigações, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-54.

Atenta à compreensão da sistemática do Código Civil, Judith Martins-Costa assinala que o princípio de função social desdobra os efeitos do contrato que podem atingir interesses pessoais e de terceiros; segundo ela,

Assim como ocorre com a função social da propriedade, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos; atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que recobria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.²²

Na visão de Judith Martins-Costa as finalidades de funcionalização no contrato remetem a uma espécie de poder-dever, na esfera de exercício do direito subjetivo de contratar, que repercute na satisfação de interesses pessoais e que pode até atingir interesses alheios.

Naquilo que diz respeito especificamente à função social do contrato, Judith Martins-Costa sustenta que o princípio de funcionalização opera a passagem de uma racionalidade técnica, instrumental e monológica para uma racionalidade complexa e substantiva referida ao contexto da pessoa e de seus papéis sociais que conduziria ao que ela denomina de autonomia privada solidária.²³

Considerados os pressupostos sociais e econômicos do princípio de funcionalização, talvez seja o caso de afirmar que o próprio conceito de direitos subjetivos pode não ser mais suficiente para explicar a juridicidade das relações contratuais, máxime diante da emergência dos chamados direitos difusos e coletivos, em especial na seara da tutela dos direitos do consumidor.

Na relação entre função social do contrato e direitos subjetivos tem lugar a crítica de Lênio Luiz Streck para quem o conhecimento no direito deve emergir linguisticamente referido à ação²⁴; assim, quando está em causa o propósito de funcionalização, objetivar finalidades desde uma perspectiva do sujeito confrontado com o objeto, como parece estar na raiz da construção histórica do instituto de direitos subjetivos, pode não produzir resultados

²² Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 160.

²³ Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos, Revista DireitoGV, vol. 1, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, maio de 2005, p. 41-66.

²⁴ Hermenêutica Jurídica em Crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 152.

satisfatórios, porque pressuposto no modo de pensar o caráter abstrato do conceito e daquilo que ele regula.

Uma tomada de posição sobre a questão pode conduzir à idéia de situações jurídicas subjetivas, segundo o formulado por Pietro Perlingieri, que reorienta a compreensão da relação jurídica para um nível pragmático em que está em causa o mergulhar na história não apenas do conceito, mas do próprio modo de pensar. De acordo com Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas exigem considerar elementos e aspectos diversos e concorrentes, entre eles os perfis dos efeitos, os núcleos de interesses, a dinâmica dos comportamentos esperados e o modo de exercício dos direitos²⁵. A ideia de situação jurídica subjetiva permite avaliar com mais eficácia a estruturação do contrato e suas finalidades, tomado o caráter complexo da relação social e econômica que lhe é subjacente.

Dentro dessa premissa pode ser situado, por exemplo, o entendimento de Luciano Benetti Timm acerca da função social que está construída pelo reconhecimento da mediação social, que envolve o contrato, e que não se esgota na esfera dos sujeitos contratantes ou mesmo de um terceiro concretamente identificado; sobre a questão diz ele,

O contrato tem uma função importante no seio da sociedade capitalista (coesão, cooperação, regulação de comportamentos e expectativas dentro da ótica solidarista), o equilíbrio e a justiça da relação contratual será garantida por meio de uma regulação heterônoma à vontade das partes contratantes, seja através das normas legais imperativas de proteção de interesses públicos e sociais (inerentes ao Direito Social) – artigos 421, 157, 187, e 478, CC), seja pelo respeito aos usos e costumes (art. 113, CC) – visualizando-se, em todas essas formas, uma interação e uma mediação da sociedade no seio do contrato a fim de garantir-lhe funcionalidade”.²⁶

A compreensão do que possa constituir a função social do contrato, portanto, levando-se em conta a perspectiva de análise econômica do direito já referida, precisa considerar que da situação jurídica subjetiva emergem fatos e finalidades. Ainda que no plano dos fatos seja possível compreender a função social como produção de efeitos na esfera de interesses de terceiros concretamente considerados, a questão das finalidades, dada a complexidade das relações sociais e econômicas, não pode permanecer restrita à compreensão da concretude de tais efeitos.

Não é o que se verifica no tratamento para a interpretação da função social dos contratos empresariais, proposto por Márcia Carla Pereira Ribeiro

²⁵ Perfis de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 106.

²⁶ O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público, Porto Alegre: Livraria Revista do Advogado, 2008, p. 64.

e Irineu Galeski Junior, em que pressuposto uma maximização de bem-estar, na linha do princípio de eficiência de Kaldor-Hicks, de ganhos suficientes para compensar as perdas sofridas, e de minimização de riscos; a abertura do princípio de função social, desse modo, não deveria contribuir para uma intervenção indevida no acordo de vontades, em especial nos contratos empresariais em que pressuposta a maximização racional de ganhos.²⁷ Valendo-se dessas premissas, Maria Estela Leite Gomes Setti sustenta que a análise econômica do direito aplicada aos contratos e à funcionalização pode revelar-se ferramenta útil na conjugação de interesses mercantis e interesses sociais.²⁸

A questão da funcionalização diz sim respeito à produção de efeitos que possam afetar interesses sociais, mas que não se restringem, por exemplo, à consideração de direitos ou obrigações de terceiros, ainda que possa abrangê-los. Conseqüentemente, a mensuração de ganhos e perdas pode não depender apenas de uma racionalidade da atividade empresarial de preservação dos mercados, ainda que ela não deva ser excluída dos escopos de finalidades de funcionalização, tendo-se em conta que o horizonte histórico, nas sociedades democráticas, aponta para a permanência das trocas e do mercado.

O problema para a dogmática jurídica, portanto, é o de objetivar as finalidades de função social em face da complexidade das relações sociais e econômicas coenvolvida na situação jurídica contratual.

Dentro desse objetivo, uma primeira questão que deve ficar assentada é a de que a função social do contrato emerge daqueles “pores teleológicos” intuídos no processo de produção que tem como elemento central o trabalho. Assim, nessa perspectiva, é preciso reconhecer que a situação jurídica contratual, no contexto da economia de mercado, constitui expressão da práxis do trabalho, especialmente quando inserida na atividade empresarial. Uma vez considerado que a situação jurídica contratual é ela também expressão da práxis do trabalho, como base do ser do homem, do seu autodevir, como afirma Georg Lukács²⁹, então a função social deve alcançar aquelas finalidades do contrato que digam respeito às interações capazes de propiciar o desdobramento na realidade dos processos de desenvolvimento da pessoa e da própria vida em sociedade.

Por isso, a mensuração da função social não se restringe aos efeitos anexos que Pontes de Miranda qualifica, no campo do processo, como aqueles que decorrem da própria sentença;³⁰ esses efeitos ainda podem ser

²⁷ Teoria Geral dos Contratos – Contratos Empresariais e Análise Econômica, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 180.

²⁸ A Função Social do Contrato Empresarial e a Análise Econômica do Direito, Curitiba: dissertação de mestrado, Unicuritiba, 2010, p. 150.

²⁹ Prolegômenos para uma Ontologia do ser Social, p. 74.

³⁰ Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V, 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 49-56.

situados na esfera daqueles que adquirem objetividade a partir da prestação inerente à relação jurídica contratual; é necessário ter em conta o que Paulo Roberto Nalin qualifica de dimensão extrínseca da função social dos contratos que produz efeitos no campo das relações sociais³¹, no que é seguido por Luiz Edson Fachin que lembra o fato de o sentido teleológico da contratação extrapolar a relação entre os contratantes.³² O caráter obrigacional da função social do contrato se inscreve na esfera daqueles deveres anexos, agora no campo do direito material, referidos por Fernando Noronha³³ que, todavia, não se restringem à observância da boa-fé contratual, indo além para abarcar as finalidades das condutas dos contratantes compatíveis com a evolução social.

As finalidades de função social emergem do modo como se transforma a sociedade e que conduz à realização dos fins daquilo que Georg Lukács qualifica de essência econômico-social³⁴. A função social no contrato, não depende apenas do querido individualmente pelas partes, em termos de interesses próprios; antes ela surge para os contratantes do modo como configurado o contexto social e econômico em que celebrado o contrato, em que inseridos os contratantes e os fins e interesses sociais que daí se revelam para toda a coletividade. O querer das partes já se objetiva filtrado por fins e interesses materializados no contexto social e econômico. Quem celebra contrato de consumo no Brasil, por exemplo, que está inserido no modelo da sociedade de consumo numa economia de capitalismo periférico, está comprometido com uma função social do contrato voltada para a finalidade de assegurar acesso a posições proprietárias; referido acesso qualifica não apenas a posição dos contratantes, mas a de inúmeras outras pessoas partícipes das riquezas produzidas em sociedade. O modo como o querer da pessoa se reflete no contrato está claramente assinalado por Judith Martins-Costa quando ela afirma que,

O ambiente da liberdade de contratar é a comunidade. Toda a comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados. Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes. Por isso mesmo, para chegar a um significado *pensável* ao princípio da função social do contrato, devemos examiná-lo no quadro dos valores nos quais vem o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio ambiente ou “quadro normativo”.

E continua,

³¹ Do Contrato: conceito pós-moderno, Curitiba: Juruá Editoria, 2001.

³² Contratos e Responsabilidade Civil: duas funcionalidades e seus traços, Revista dos Tribunais, vol. 903, São Paulo: janeiro de 2011, p. 26-37.

³³ Direito das obrigações, p. 100-101.

³⁴ Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social, p. 92.

Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, *pari passu*, a ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno. Entretanto, uma tal ressignificação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das *pessoas concretas* ao abstrato *sujeito sempre-igual*. O ponto que mais agudamente marca essa ressignificação, contudo, é, a meu juízo, aquele marcado pela diversidade dos nexos de imputação, notadamente aquelas formas que guardam direta relação como *fato* da vivência comunitária e com a diversidade concreta dos sujeitos sociais, tudo concitando à afirmação do “princípio da materialidade da regulação jurídica”.³⁵

Daí a premissa assentada no pensamento jurídico brasileiro contemporâneo de que a teoria do direito contratual operou a passagem do paradigma individualista para um paradigma solidarista, a partir do eixo fixado no texto da Constituição da República em torno do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). É nesse sentido que Eros Belim Moura Cordeiro afirma que a função social do contrato deve ser interpretada a partir do princípio da solidariedade porque se relaciona às partes e a terceiros que sofram efeitos da relação contratual³⁶, desde que nessa perspectiva de terceiros estejam compreendidos os partícipes na realização teleológica da essência econômica e social de uma sociedade verdadeiramente justa, como quer o texto da Constituição da República. Do mesmo modo, Luiz Renato Ferreira da Silva correlaciona função social do contrato ao princípio solidarista fazendo derivar o pressuposto de cooperação dos contratantes do modelo de evolução social preconizado por Émile Durkheim.³⁷

Tomando o contexto de desigualdades de acesso a bens na sociedade brasileira e a permanência do direito de propriedade, uma das finalidades da função social do contrato reside exatamente no assegurar acesso às posições proprietárias condizentes com o propósito de salvaguardar na realidade o valor de vida digna, nos termos do inc. III do art. 1º da Constituição.

Contudo, a mudança do paradigma individualista para o paradigma solidarista nos fundamentos do direito contratual não conduz a uma assertiva de prevalência de interesses sociais sobre interesses individuais. Antes, reafirma a dialética de construção da socialidade que, pelo menos desde Hegel, evidencia-se como uma resultante de forças que transita de forma dinâmica entre o individual e o social.

³⁵ Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos, p. 44-45.

³⁶ Dignidade Jurídica dos Contratos de Gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (orgs.). Diálogos sobre o direito civil: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

³⁷ A Função Social do Contrato no novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social, in O Novo Código Civil e a Constituição, Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 127-150.

Por outro lado, é necessário enfatizar que o princípio solidarista pode ser insuficiente para fundamentar a função social do contrato se não dada a devida ênfase ao papel do trabalho na produção de riqueza em sociedade. O solidarismo para o efeito de fundamentar a função social do contrato deve ter como elemento determinante o trabalho.

O contrato, portanto, se qualifica como instituto de realização da dignidade da pessoa humana e da justiça social em razão do papel do trabalho para a determinação das finalidades de função social, tomando-se nessa perspectiva o que preconiza o princípio constitucional de valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput, da Constituição).

As finalidades de função social do contrato, desse modo, não dizem respeito a simples minimização de riscos empresariais e de mercado; a associação entre finalidades de função social e variáveis de riscos precisa considerar que, conforme assinala Ulrich Beck, nas sociedades industrializadas os riscos são produzidos e o problema está no modo como são repartidos os problemas e os conflitos disso derivados.³⁸ Nesse contexto, o papel do direito acaba sendo o de encontrar meios para enfrentar os problemas decorrentes do risco produzido, o que não significa, obviamente, assumir o risco como paradigma para a concretização de ideais de justiça; neste aspecto, ao invés do risco, o elemento determinante deve ser o solidarismo, nos termos do que está disposto na Constituição da República.

É necessário enfatizar que as finalidades de função social do contrato não podem estar pressupostas de forma abstrata e apriorística; elas se objetivam à medida em que o contrato produz efeitos na realidade social e econômica; assim, a objetivação da função social do contrato precisa acompanhar a processualidade característica das relações sociais, dado que o contrato é expressão da essência da socialidade que é o trabalho. Nessa linha pode ser incluído o que Judith Martins-Costa qualifica de salto qualitativo do artigo 421 do Código Civil de compreender a liberdade de contratar ordenada pelo bem comum.³⁹ Não é o caso de considerar, como faz Luciano Benetti Timm, que a contratação possa ocorrer em um ambiente que opõe ação estatal e partes contratantes, ou Estado e sociedade; o contrato surge em meio às relações sociais que envolvem ao mesmo tempo ação estatal e as pessoas em sociedade.⁴⁰ Não bastasse esse fato, a intervenção do Estado na esfera econômica é quase sempre ditada pelos interesses do capital, de modo que, a princípio, uma suposta eficiência na alocação de recursos pelo contrato não decorreria da ação isolada das partes contratantes.

Por isso, a concretização das finalidades de função social do contrato precisa operar a passagem de consideração da teoria do valor para uma

³⁸ La Sociedad del Riesgo – hacia una nueva modernidad, Barcelona: Paidós, 1998, p. 25-92.

³⁹ Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos, p. 17.

⁴⁰ Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica, p. 12-43.

prática de valoração em termos de objetivação de vontades e de fins, de modo a permitir compreender a processualidade dos “pores teleológicos” presentes nas relações sociais e econômicas. Deve-se ter em conta o que afirma Georg Lukács no sentido de que o curso da vida de cada ser humano consiste numa cadeia de decisões, que não é uma sequência simples de diferentes decisões, mas se refere continuamente ao sujeito da decisão em que, *cada pôr teleológico está contida uma valoração (Wertung)*.⁴¹

Em torno dessa tarefa de valoração que possa identificar os “pores teleológicos” da função social do contrato pode-se buscar apoio na teoria do discurso de Jürgen Habermas e na teoria de valoração de John Dewey. Pela teoria do discurso é possível sustentar que a objetividade de fins na função social do contrato surge da ação comunicativa resultante dos jogos de linguagem na vida em sociedade (*Sprachspiel*) que tanto quanto possível tenha em perspectiva não apenas a forma de vida (*Lebensform*) do presente, na esteira do pressuposto por Wittgenstein, mas uma abertura para o futuro e para a emancipação. Como assinala Jürgen Habermas, é necessário ressaltar o caráter hermenêutico da linguagem que está presente em H. G. Gadamer, no sentido de realizar uma fusão de horizontes⁴² que, para o que aqui interessa, deve dizer respeito a identificação do “pores ideológicos” perseguidos pela função social do contrato.

A premissa de ação comunicativa resultante dos jogos de linguagem, no sentido proposto, corrobora a processualidade de que emerge a constituição das finalidades de função social do contrato, no contexto das relações sociais e econômicas.

Em relação à teoria da valoração de John Dewey, a objetivação das finalidades de funcionalização deve considerar que a relação valores-fins deriva de desejos e de interesses que impulsionam a ação social, em que a ação propriamente dita e os recursos materiais acabam avaliados como meio para a concretização de uma finalidade.⁴³

A valoração da função social do contrato, portanto, opera efeitos mediante a consideração da relação contratual, na sua concretude, e do processo de cumprimento de obrigações, no sentido da proposta de Clóvis do Couto e Silva; para essa tarefa é necessário levar em conta o que John Dewey afirma em termos de uma teoria da valoração; diz ele,

La empresa sólo puede llevarse a cabo guiando de forma regulada la formación de intereses y propósitos en lo concreto. La condición primera para ello es reconocer (en contraste con la actual teoría de la relación entre valoraciones y deseos e intereses) que el deseo y el

⁴¹ Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social, p. 94.

⁴² A Lógica das Ciências Sociais, Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 234-235.

⁴³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SALLES, Daniel José Pereira de Camargo. A Relação entre Propriedade e Liberdade de expressão na Cultura Digital, Franca: Revista Estudos Jurídicos Unesp, vol. 14, nº 20, 2010, p. 20-21.

interés no se nos dan prefabricados de antemano, y no son, a fortiori y pese a lo que podría parecer en un primer momento, puntos de partida, datos originarios o premisas para una teoría de la valoración, pues el deseo surge siempre en el interior de un sistema previo de actividades o de energías interrelacionadas. Brota dentro de un campo cuando éste se interrumpe o se ve amenazado de interrupción, cuando el conflicto introduce la tensión de la necesidad o amenaza con introducirla. Un interés no representa exactamente un deseo, sino una serie de deseos interrelacionados que la experiencia nos dice que producen, gracias a la conexión que existe entre ellos, un orden definido en los procesos del continuo de la conducta.⁴⁴

Como se observa, os interesses e desejos de que podem resultar finalidades assumem um caráter estritamente social em sintonia, portanto, com o complexo de relações sociais de que resultam “pores teleológicos”. Assim, pode não ser o caso de uma pesquisa exaustiva em torno da manifestação da vontade das partes no momento da celebração do contrato para o efeito de objetivar finalidades de função social; a funcionalização exige considerar a pragmática de execução do contratado, no contexto da vida social e econômica.

De todo modo, a questão da objetivação de finalidades de função social do contrato, que envolve valoração, apresenta complexidade específica que não pode ser negligenciada. Em torno das finalidades de função social pode configurar-se uma pluralidade de valores que reclama uma aprendizagem comum do sentido deles para o que podem ser fundamentais os pontos de vista de um realismo e de um pragmatismo, de acordo com a proposta de Hilary Putnam.⁴⁵

A prática de valoração se presta a objetivar o processo de materialização das finalidades de função social do contrato, à medida que exercidos direitos e obrigações na situação jurídica contratual concreta e evidenciado o papel do trabalho na construção da socialidade.

Assim, no plano jurídico, pela tutela das finalidades de função social do contrato, será possível resgatar o valor e a valorização do trabalho, em conformidade com o disposto no inc. IV do art. 1º e do art. 170, caput, da Constituição da República.

CONCLUSÃO

O percurso da reflexão conduziu à identificação de duas perspectivas em debate: a primeira delas referente à compreensão da função social do contrato que confronta os fundamentos da análise econômica do direito,

⁴⁴ Teoría de le Valoración – un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores, Madrid: Biblioteca Nueva, 2008, p.131.

⁴⁵ Oliveira, Francisco Cardozo, Tutela dos Direitos Autorais e Tecnologia Digital na perspectiva de Sustentabilidade Criativa, Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial, org. Gunther, Luiz Eduardo; Santos, W.illians F.; Gunther, Noeli G. da Silva, Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 256-279.

desde a mensuração de critérios de eficiência e de estabilidade dos mercados, até elementos de justiça social, relacionados à promoção da pessoa e à evolução social; a segunda, aponta para o nível de compreensão da função social do contrato que permite objetivar finalidades de funcionalização derivadas de uma práxis do trabalho, no contexto de trocas e de acesso à posições proprietárias.

Procurou-se evidenciar que uma perspectiva de análise econômica do direito aplicada à função social do contrato não pode subordinar as finalidades de funcionalização a observância de elementos de eficiência e de funcionamento dos mercados.

É necessário considerar que a contratualidade está inserida no contexto social e econômico, e que o modo como ocorre essa inserção produz efeitos no alcance dos fundamentos da teoria do direito contratual, no plano jurídico.

Não é o caso, portanto, de admitir que o fundamento da função social do contrato repousa no pressuposto de equivalência das trocas que viabiliza a dinâmica da economia de mercado.

A análise econômica do direito relacionada à função social do contrato, que esteja comprometida com um viés crítico, não pode negligenciar os elementos de constituição da juridicidade atrelados à evolução social de modo que, na relação entre sistema econômico e sistema jurídico, não está implicado apenas uma funcionalidade tendente a garantir eficiência, reduzir riscos ou assegurar a viabilidade dos mercados.

O alcance do princípio da função social do contrato deve ser objetivamente mensurado em torno de duas finalidades: a de assegurar acesso a posições proprietárias, tendo em conta a redução de desigualdades sociais que está na base do princípio de solidariedade inscrito no texto da Constituição, e o de resgatar o papel do trabalho na construção da socialidade.

No processo de objetivação dessas finalidades deve operar uma premissa de valoração compatível com a processualidade dos “pores teleológicos” a que se refere Georg Lukács, de concretização de fins do trabalho, de acordo com o sentido do inc. IV, do art. 1º e caput, do art. 170, da Constituição.

A análise econômica da função social do contrato, desse modo, somente faz sentido na realidade social e jurídica brasileira por meio do comprometimento com a objetivação de finalidades, no contexto das trocas e do mercado, em torno do acesso a posições proprietárias e da valorização do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo – hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós, 1998.

DEWEY, John. *Teoría de la Valoración – un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e Responsabilidade Civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*. Vol. 903, São Paulo: jan. 2011, p. 26-37.

- GAMEL, Claude. *La Distinction fait/valeur en Théorie Économique: trois temps fondamentaux d'une histoire mouvementée*. In *Análise e direito*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 747. São Paulo: jan. 1998. p. 35-55.
- HABERMAS, Jürgen. *A Lógica das Ciências Sociais*, Petrópolis, Editora Vozes, 2009.
- LUKÁCS, Georg. *Prolegômenos para uma Ontologia do ser Social*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- MALLOY, Robin Paul. *Derecho y Economía de Mercado*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 753. São Paulo: jul. 1998. p. 24-48.
- _____. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- _____. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. In *Revista DireitoGV*. Vol. 1, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, maio 2005, p. 41-66.
- MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Abril Cultural, vol. I, Livro I, Tomo I, 1983.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, Tomo V, 1997.
- MOURA CORDEIRO, Eros Belin de & MOURA CORDEIRO, Noemia P. F. de. Dignidade Jurídica dos Contratos de Gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre o Direito Civil*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 99-129.
- NALIN, Paulo Roberto. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SALLES, Daniel José Pereira de Camargo. A relação entre propriedade e liberdade de expressão na cultura digital, Franca: *Revista Estudos Jurídicos Unesp*, vol. 14, nº 20, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Tutela dos Direitos Autorais e Tecnologia Digital na Perspectiva de Sustentabilidade Criativa, *Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial*, org. Gunther, Luiz Eduardo; Santos, W.illians F.; Gunther, Noeli G. da Silva, Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 256-279.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1945.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação – As Origens da Nossa Época*. São Paulo: Editora Campus, 2000.
- POSNER, A. Eric. *Análise Econômica do Direito Contratual, após três décadas: sucesso ou fracasso* (Março 2002). University Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 146. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=304977>.
- POSNER, A. Richard. *Economic Analysis of Law*. 7. ed., Nova York: Aspen Publishers, 2007.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos – Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.
- RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um Mundo Refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Porto Alegre: Dissertação de Mestrado, UFRS, 2006.

ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. *A Função Social do Contrato Empresarial e a Análise Econômica do Direito*. Curitiba: Dissertação de Mestrado, Unicuritiba, 2010.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da Silva. *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. O Novo Código Civil e a Constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 127-150.

SISMONDI, Jean-Charles-Leónard. *Novos Princípios de Economia Política*. Curitiba: Segesta Editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*. Volume II. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006

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.

_____. *Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica*. *Revista dos Tribunais*. Vol. 876, São Paulo: out. 2008, p. 12-43.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada – Filosofia da Sensação*. Campinas: Editora Unicamp. 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Barcelona: Editorial Critica, 2008.