

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO

MARIA ESTELA LEITE GOMES SETTI

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EMPRESARIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

CURITIBA
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARIA ESTELA LEITE GOMES SETTI

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EMPRESARIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlyle Popp

**CURITIBA
2010**

Presidente:

**Professor Doutor Carlyle Popp
Orientador**

Membro Interno

Membro Externo

Curitiba, 23 de julho de 2010.

Aos meus filhos Sophia, Marina e Henrique,
à filha do coração, Ariadne, e à pequena
Helena, duas vezes filha. Tudo é sempre por
e para vocês!

AGRADECIMENTOS

Por dois anos as minhas atenções estiveram voltadas para este trabalho, de modo que racionalmente negligenciei a companhia das pessoas mais amadas em minha vida e, ainda assim, elas permaneceram ao meu lado, incansáveis, tolerantes e generosas.

Assim, agradeço à minha família, presença constante: à minha mãe, Esther Gomes, minha rocha, meu colo eternamente acolhedor, pelo infinito amor mesmo nos momentos em que o cansaço e a ansiedade me tornaram rude; aos meus filhos, pacientes e compreensivos no meu silêncio e na minha ausência; ao meu marido, Leomar Setti, sem o qual este sonho não se teria realizado, pela infinita paciência. A intimidade por vezes faz parecer que tudo deve ser tolerado. Agradeço a tolerância mesmo ao intolerável. Talvez esta seja uma das facetas do amor; às minhas irmãs Alice, esteio espiritual da família, sempre com um palavra de conforto e um sorriso acolhedor, e, de modo particular e especial, à Professora MSc. Maria Cristina Leite Gomes, simplesmente Cris, filósofa, sempre atenta aos meus passos, desde os primeiros, até os acadêmicos. Grande incentivadora da minha carreira acadêmica, debatedora constante das grandes questões da humanidade. A língua inglesa, na sua simplicidade, se vale da expressão “sister in law” para designar cunhada. Muito mais simpática e verdadeira a expressão inglesa. Agradeço, assim, à irmã Karyn Cavalheiro, a professora de metodologia de plantão, sempre com uma graça qualquer a distrair a tensão dos momentos finais do trabalho.

Agradeço a todos e a cada um dos meus colegas da Turma 2008 por todo o apoio, carinho e respeito manifestados ao longo desses dois anos.

Aos alunos dos nonos e décimos períodos do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco que partilharam pacientemente das angústias da reta final deste trabalho, tolerando as ausências e o cansaço que a cada dia se tornaram evidentes.

Às secretárias do programa de Mestrado, Andressa, Mary e Maryellen pela dedicação, atenção e paciência em todos os momentos do curso.

Agradeço aos professores do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba. Não são necessárias avaliações institucionais para reconhecer nesse time a excelência em pesquisa jurídica no Brasil.

Agradeço de forma distinta, ao meu Orientador, Professor Doutor Carlyle Popp, cujos ensinamentos transcenderam a sala de aula e as suas funções

institucionais. Foi, e sempre será, o meu modelo de professor e de advogado. Disse, sobre ele, o Professor Nelson Nery Junior, cujas apresentações são dispensadas no meio acadêmico, ser “dono de uma inteligência invejável”. Não há na assertiva qualquer generosidade, senão a exata correspondência à realidade. Se o trabalho apresentar falhas a serem corrigidas, chamo a responsabilidade integralmente para mim. Nada ficou por orientar, nenhuma obra a indicar, nenhuma linha que não tenha sido lida, apontada ou discutida. Nunca, a despeito de sua agenda concorrida, lhe faltou tempo para atendimento e orientação. Nenhuma dúvida ficou sem resposta.

Mas agradeço, essencialmente, ao amigo Carlyle Popp. É bem verdade que as peculiares circunstâncias da orientação favoreceram um contato mais próximo e freqüente, o que me possibilitou conhecer o homem do qual se fez a lenda. Um homem íntegro, honesto, atencioso, generoso, digno de todo o meu carinho, respeito e admiração; que dia após dia se foi tornando o meu porto seguro, a certeza de que tudo daria certo, de que tudo é possível porque não estamos sozinhos. O desenvolvimento das idéias de solidarismo e cooperação devem muito a essa relação de amizade. Agradeço por ter me aceito em sua vida, em sua rotina, e agradeço aos seus familiares por tolerarem, respeitosa e resignadamente, as horas de convívio roubadas.

Ao professor, a minha imensa gratidão. Ao amigo, o meu afeto, sempre!

Agradeço, por fim, a Deus, por todos os dons, mas principalmente por todas essas pessoas que hoje fazem parte da minha história.

“Estamos no fim da modernidade; estamos no fim da história. O socialismo está morto, a utopia está morta. Até a natureza morreu. Em tom mais alegre, estamos ingressando na nova era pós-industrial, na era da informação e da comunicação. Estamos no alvorecer de uma era pós-fordista, de pequenas empresas e renascimento do trabalho artesanal. Podemos esperar com ansiedade por um mundo pós-moderno que renunciou aos erros da modernidade e preparou o caminho para uma nova liberdade.”

Krishan Kumar

RESUMO

O presente trabalho objetiva a análise da função social do contrato, em especial do contrato empresarial. O destaque para o contrato empresarial decorre da possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais, especialmente os da dignidade humana, liberdade de iniciativa e solidariedade a todas as relações jurídicas, inclusive as notadamente mercantis. Além disso, a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor passou a exigir das empresas uma nova postura contratual pautada pela ética e representada, no mais, pelo princípio da boa-fé objetiva. Em sintonia, o Código Civil de 2002 estabelece, na forma de cláusula geral, que o princípio da boa-fé objetiva deve ser considerado em todas as relações contratuais. Expressa, ainda, a necessidade de observância da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Tais princípios passam, então, a integrar a nova teoria contratual. O próprio contrato tem o seu significado revisto, deixando de servir meramente à instrumentalização de interesses patrimoniais para servir, antes, à realização da existência humana. Não bastasse, o Código Civil revoga toda a primeira parte do Código Comercial e insere em seu bojo um novo livro, o Da Empresa. Com isso, passa-se à idéia de unificação do Direito Privado. A adoção da economia de mercado exige, nessa nova ordem jurídica, a composição de interesses econômicos empresariais, sociais e individuais, assim sendo, o intérprete/aplicador da norma deve enfrentar o desafio da conciliação de interesses até então tomados por opostos. As novas necessidades sociais evidenciam dificuldades no trato das questões fáticas e demandam do jurista novas habilidades. A Análise Econômica do Direito surge, então, como disciplina jurídica que, por meio dos postulados econômicos, fornece ao operador do Direito os instrumentos hábeis à realização da integração dos diversos interesses econômicos.

PALAVRAS-CHAVE

Função social do contrato; teoria contratual; análise econômica do direito

ABSTRACT

This paper aims to analyze the social function of contract, especially the business contract. The highlight for the business contract arises from the possibility of application of constitutional principles, especially of human dignity, free initiative and solidarity to all legal relations, including notably market. Moreover, the entry into force of the Code of Consumer Protection began requiring companies a new contractual position guided by ethics and represented in all, for the principle of objective good faith. In line, the Civil Code of 2002 states, in the form of general clause, that the principle of objective good faith should be considered in all business relationships. Also expresses the need to observe the social function of contract and the contractual balance. These principles are then to integrate the new contract theory. The contract itself has revised its meaning, leaving only to serve the instrumentalization of property interests to serve, rather, the realization of human existence. Not enough, the Civil Code repealing the entire first part of the Commercial Code and inserts in its wake a new book, Enterprise. With this, move on to the idea of unification of Private Law. The adoption of market economy requires that new law, the composition of economic interests, business, social and individual, therefore, the interpreter/applicator standard must meet the challenge of reconciling interests hitherto taken by opposites. The new social needs showed difficulties in dealing with factual issues and require new skills of the jurist. The Economic Analysis of Law, then, emerged as a legal discipline that, through economic postulates, gives the operator the tools to carry out the skillful integration of the various economic interests

KEY-WORDS

Social function of contract; contractual theory; economic analysis of law

Sumário	
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	11
1 DIREITO CONTRATUAL	15
1.1 Os contratos e a existência digna	15
1.2 O direito privado e a Constituição Federal	19
1.2.1 A constitucionalização e a re-personalização do direito privado.....	22
1.2.2 Os princípios, as cláusulas gerais e a segurança jurídica	28
1.3 Os princípios contratuais: do clássico ao moderno	35
1.3.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada	35
1.3.2 Do princípio da força obrigatória ao princípio da boa-fé	40
1.3.3 Do princípio da justiça contratual.....	47
1.4 A re-significação do contrato.....	50
1.4.1 A classificação tradicional dos contratos e a crítica ante a nova teoria contratual.....	53
1.4.2 A atual concepção do contrato	57
1.4.3 A nova classificação dos contratos: o paradigma da essencialidade	59
1.5 O contrato empresarial.....	61
2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	64
2.1 A função no direito	64
2.2 A solidariedade nas relações privadas: a função social no Direito.....	69
2.3 As funções no contrato: função econômica, existencial e social.....	74
2.4 A função social do direito: conteúdo e alcance	75
2.4.1 A liberdade de contratar e a função social do contrato.....	79
2.4.2 A função social como limite à liberdade de contratar: conteúdo interno	81
2.4.3 A função social como razão da liberdade de contratar: conteúdo externo	84
2.5 A função social do contrato empresarial: a liberdade de contratar e o exercício da liberdade de iniciativa.....	88
3 DIREITO E ECONOMIA	91
3.1 A Constituição Econômica: livre iniciativa e dignidade humana.....	93
3.1.1 A liberdade de iniciativa e a essencialidade da atividade empresarial	94
3.1.2 A valorização do trabalho humano	99
3.1.3 A existência digna.....	102
3.1.4 Os ditames da justiça social	106
3.2 A essencialidade da atividade empresarial: responsabilidade social	112
3.3 Noções elementares de economia.....	116
3.3.1 A economia ao longo do tempo: a história das doutrinas econômicas	116
3.3.2 Conceito de economia	126
3.3.3 Política econômica, ordenamento jurídico e desenvolvimento nacional ..	128
4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ...	131
4.1 A Análise Econômica do Direito	131
4.1.1 História da Análise Econômica do Direito	131
4.1.2 Metodologia da Análise Econômica do Direito.....	138
4.1.3 Postulados da Análise Econômica do Direito e a utilidade para o jurista	141
4.2 Análise Econômica do Direito e Função Social do Contrato	147
4.3 Efetividade: o entendimento jurisprudencial.....	151
CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	161
ANEXOS	167

INTRODUÇÃO

O exercício do direito na prática forense – seja na atividade do advogado, do magistrado ou do promotor – ou no ensino jurídico, vem revelando uma dificuldade elementar, qual seja, compor os interesses sociais resguardados por uma Constituição comprometida com o desenvolvimento social e econômico do país com os interesses de mercado, cujos desdobramentos – desenvolvimento tecnológico, abertura de postos de trabalho e a própria lucratividade, entre outros – são elementos essenciais à realização do projeto constitucional.

Ocorre que a Constituição Cidadã trouxe para o seio do ordenamento jurídico um conteúdo axiológico em princípio não condizente com a tradicional dogmática jurídica e, em tese, muito oposto aos fins empresariais, representado por princípios – dignidade humana e solidarismo entre outros – que além de auto-aplicáveis a todas as relações humanas inspiram dispositivos na seara do direito civil que, por sua técnica legislativa inovadora – cláusulas abertas – passaram a exigir do julgador sensibilidade na análise do caso concreto e profundo conhecimento jurídico e social para a aplicação da norma.

Mais tarde o Código de Defesa do Consumidor e, recentemente, o novo Código Civil, atendendo ao apelo constitucional, também integram aos seus preceitos os valores da ética e da solidariedade sob a forma dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social, todos, somados aos princípios contratuais clássicos, a reger o direito negocial.

A idéia de que toda relação jurídica deve pautar-se, antes de tudo, pelos valores da dignidade humana, da solidariedade e da eticidade de modo que o interesse social passa a ter a mesma relevância nas relações inter-privadas que os interesses individuais parece não ter encontrado terreno fértil em matéria de direito privado, sobretudo ao argumento de que, enquanto o tradicional positivismo jurídico confere a necessária segurança aos atos jurídicos, o novo modelo permitiria demasiada liberdade na intervenção do Estado – através da pena do Poder Judiciário – nos pactos firmados, de modo que, sendo assim, toda atividade econômica estaria comprometida.

Outro argumento a obstar a recepção de tais valores às relações privadas diz com a equivocada idéia de que, assim o fazendo, cairia por terra o princípio da

autonomia da vontade que norteia o direito obrigacional e que revela o valor do indivíduo, valor este inserido no ordenamento por inspiração iluminista, oitocentista.

Ora, se é certo que a dogmática jurídica confere a segurança tanto aos atos quanto às decisões, de modo que o indivíduo e todo o seu arsenal de direitos retem amplamente protegidos, não é menos certo afirmar que nos dias atuais, a considerar todos os eventos políticos e históricos vividos pela sociedade brasileira e pelas circunstâncias supranacionais que acabam por interferir no modo de ser e de pensar a própria sociedade – duas grandes guerras, a questão dos direitos humanos, os genocídios, as guerras religiosas, a globalização econômica, etc. –, o ideal iluminista que colocou o indivíduo no centro das atenções protegendo-lhe um sem número de atributos não mais responde com eficiência aos anseios sociais.

É a própria sociedade, aqui entendido o termo da maneira mais ampla possível, que anseia por comportamentos éticos, pelo reavivamento de valores que, talvez desde a Revolução Industrial e do Liberalismo Econômico, tenham ficado esquecidos, como a solidariedade que, no dizer de Fábio Comparato, reúne os homens, enquanto a igualdade os opõe.

De outro lado, tem-se que a atividade econômica, se outrora servia muito mais à lucratividade do empreendedor, deve hoje assumir, em consonância a este anseio social, novas funções. Atualmente a preocupação com o meio ambiente, de onde se extrai toda a matéria-prima e que é o habitat humano, a preocupação com o trabalhador e a qualidade do emprego, as questões inerentes aos consumidores entre outras questões do cotidiano empresarial devem ser levadas em conta pelo empreendedor cômico de seu papel social.

Em sede de ciências administrativas, a ética deve sempre ser levada em conta, e não apenas no que respeita à conduta entre empresários, mas no comportamento ético e comprometido com o desenvolvimento social, ou seja, espera-se do empresário ou sociedade empresária, como importante agente econômico que é, que adote um comportamento ético perante a sociedade. Não poderia ser diferente. Se, por um lado, a empresa é responsável por implementar as condições que levam à redução das diferenças sociais, ao desenvolvimento econômico e social de um país, de outro, a empresa só sobrevive se, e quando, a sociedade a recebe, quando os seus fins interessam à sociedade. Não é à toa que nos dias atuais a publicidade é um dos negócios mais rentáveis do mercado.

Os contratos representam o instrumento jurídico que dá forma aos negócios permitindo assim a circulação de riqueza. Por outras palavras, o contrato serve à economia à medida que é através dele que a finalidade da empresa se realiza. Da mesma forma, é através dos contratos que o cidadão concretiza seus objetivos de vida. O trabalho se estabelece por contrato, a aquisição de bens, a prestação de serviços, a moradia, a educação, a saúde, são todas necessidades humanas que somente se realizam por meio dos contratos.

Levando-se em conta que grande parte destes contratos ocorre sem a participação de uma das partes, qual seja, o consumidor, fácil é imaginar o poder que emana do fornecedor de produtos ou serviços. E é exatamente para neutralizar o poder econômico, garantindo assim o equilíbrio que deve existir entre as partes contratantes para que a autonomia privada se realize legitimamente, que surgem os novos princípios contratuais dentre os quais o que se pretende estudar: o princípio da função social do contrato.

Não se pode esquecer, no entanto, que o empresário, ou sociedade empresária, assim como uma parte da doutrina jurídica, muito embora a ciência administrativa oriente no sentido do comportamento ético, tem ainda muito presente a idéia de que a função da atividade empresarial é o lucro e que para atingir este fim não há limites. A conseqüência desse comportamento empresarial para a sociedade é desastrosa.

Diante de realidades tão diversas urge encontrar-se uma solução que atenda tanto aos anseios sociais quanto às necessidades empresariais. Parece ser esta a única forma de concretização do projeto constitucional.

A análise econômica do direito é teoria que objetiva a aproximação do direito à economia com fins de, analisando-se as conseqüências das medidas jurídicas sobre os fatos econômicos fornecer dados que permitam que o operador do direito atue de modo a não gerar efeitos econômicos indesejáveis o que, por sua vez, leva a normas jurídicas eficientes do ponto de vista tanto social quanto econômico, rompendo-se o ciclo de causas e efeitos nefastos entre decisões jurídicas e fatos econômicos possibilitando a concretização do festejado projeto constitucional.

Pretende-se, no presente trabalho, compreender o conteúdo e o alcance do princípio da função social do contrato expresso no artigo 421 do Código Civil a fim de encontrar os fundamentos que lhe dão concretude de modo que seu texto não se traduza em retórica.

Para tanto, o primeiro capítulo toma por tema o Direito Contratual, partindo-se da análise relativa à importância do contrato para a realização da existência digna, assim como da constitucionalização do direito privado. Também analisa os princípios clássicos e modernos da teoria contratual e a classificação tradicional e moderna dos contratos para o fim de demonstrar a necessidade de uma releitura dos contratos à luz dos mais atuais reclamos da sociedade.

O segundo capítulo objetiva a análise pormenorizada do princípio da função social do contrato, seu conteúdo interno e externo, assim como o seu alcance, especialmente em razão da importância econômica que representa o contrato empresarial.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo da aproximação existente entre as ciências jurídicas e econômicas para chegar-se, ao quarto capítulo, ao estudo da Análise Econômica do Direito.

O último capítulo encerra com a observação da aplicação do princípio da função social do contrato e dos postulados da análise econômica do direito na jurisprudência brasileira como forma de auxílio às conclusões do trabalho.

DIREITO CONTRATUAL

O Direito Contratual é o ramo do direito privado que tem por objeto o estudo do conceito, estrutura, classificação e função do contrato.

Muito embora tenha sido conhecido pelos romanos – os pais do direito privado – não foi à época conceituado, restando o encargo, como se verá, aos estudiosos do século XIX, pós publicação do Código Civil Napoleônico.

O contrato tem se prestado, desde então, a instrumentalizar a atividade econômica do ser humano, único, no reino animal, dado a barganhar, como bem lembrado por Adam Smith ().

Ocorre, porém, que à medida que a sociedade evolui, as necessidades humanas e mesmo as relações humanas se tornam mais e mais complexas. A compreensão do fenômeno jurídico, e bem assim a compreensão do contrato, deve estar de acordo com tais necessidades e complexidades.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, para o direito contratual brasileiro, novos desafios a serem vencidos, entre eles, a superação do liberalismo econômico até então reinante nesta seara.

1.1 Os contratos e a existência digna

O contrato, relação jurídica transitória de natureza obrigacional que se distingue das demais em razão da força jurígena da vontade dos contratantes, é tido por um dos pilares do direito privado, ao lado da propriedade e da família (CARBONNIER, 2001)¹.

Originado concomitantemente às civilizações modernas, conquanto estas apenas se viabilizaram em razão, entre outros², do desenvolvimento do comércio, um comércio ainda rudimentar baseado nas trocas – escambo –, foi conhecido e delimitado como instituto jurídico com o trabalho dos juristas romanos que concebiam à sua força obrigatória natureza moral, daí não descuidarem dos seus efeitos perante terceiros.

¹ Conforme Jean Carbonnier, o contrato, ao lado da família e da propriedade, é um dos três pilares do direito. CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10^a ed. Paris: LGDJ, 2001

Ao final do curso histórico do Império Romano³, como as normas jurídicas eram esparsas, o Imperador Justiniano, numa tentativa de resgatar a grandiosidade da cultura de seu povo, ordenou que se reunissem todos os estudos jurídicos desde os mais remotos, em uma só obra, denominada, mais tarde,⁴ *Corpus Juris Civilis*.

A Idade Média marcou-se pela total ausência de produção jurídica. Assim, com o passar dos anos, o estabelecimento do regime feudal, a evolução e complexidade das relações sociais, especialmente por conta do desenvolvimento do comércio e as traduções necessárias em razão do desuso do latim fizeram com que o Direito Romano também caísse em desuso.

Já ao fim da Idade Média, por volta de 1200, a necessidade de um direito unitário e homogêneo fez ressurgir o Direito Romano pelo trabalho dos glosadores, que resgataram o *Corpus Juris Civilis* e, a partir dele, desenvolveram o Direito Canônico, que seria o veículo de toda a jurisprudência romana⁵ até os dias atuais.

Nas palavras de Cláudio de Cicco (2006, p. 39):

Os séculos futuros ficaram devendo a Justiniano esse trabalho jurídico, sem o qual o direito romano ter-se-ia perdido. As leis e instituições romanas das Doze Tábuas a Augusto, e de Augusto a Justiniano, formavam o majestoso *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil), que, unido ao direito canônico, formou a base do direito medieval e moderno.

Vê-se, então, que o Direito Medieval e Moderno foram marcados pela forte influência da Igreja nas questões de Direito. Assim também nas de Estado, já que era por intermédio do Papa que se investia o soberano de seu poder. Seguiu-se de um longo período de absolutismo nos quais os direitos eram confundidos com os privilégios do clero e da nobreza.

É só com o advento do Iluminismo, e por força da convocação dos grandes pensadores da época, dos quais se deve ressaltar Kant (1988, p. 11) e o seu fervoroso chamado à razão – *Sapere aude!* – que o contrato é elevado à condição

² A história dá conta de que são três os fatores que propiciaram o surgimento das civilizações, quais sejam, o surgimento da escrita, a invenção das cidades e o desenvolvimento do comércio. Sobre o assunto, ver por todos, MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. São Paulo: Forense, 2002

³ O governo de Justiniano marca o final do período denominado Dominato ou Baixo Império, período este que se inicia com a Queda do Império Romano do Ocidente, em 476 e se estende até a morte do Imperador em 565.

⁴ Por volta de 1212 um dos fundadores da Escola dos Glosadores, Irnerio, cunha a expressão *Corpus Juris Civilis* para se referir à codificação justinianéia que servirá de base à formação do Direito Canônico.

⁵ O termo jurisprudência aqui se utiliza no sentido que lhe era dado pelos romanos, qual seja, o conjunto dos estudos sobre direito que se produziu ao longo da história do Direito Romano.

maior de instrumento de libertação contra os desmandos e arbitrariedades do Estado.

No estado liberal pós Revolução Francesa, contudo, o contrato passa a representar esta nova ideologia, qual seja, a ideologia da liberdade, da absoluta proteção do indivíduo – e de sua vontade – contra os arbítrios do Estado. O contrato passa a ser a fonte de direitos e deveres nas relações inter-privadas, direitos e deveres estes manifestados e assumidos por um novo homem: o homem livre e autônomo, o homem capaz de expressar a sua vontade e sua possibilidade de sujeitar-se a uma prestação em favor do outro contratante, assim como é capaz de exigir do outro que lhe cumpra a prestação prometida. O contrato, assim, expressa claramente todo vigor conferido ao valor da liberdade humana como resultado pós-revolução.

Ocorre, no entanto, que os efeitos da Revolução Francesa logo se mostraram adversos, assim como já se revelavam nocivos os efeitos da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra. O sonho de uma vida mais digna proporcionado pela sujeição ao poder do capital logo se revelou utópico já que os trabalhadores, que de fato produziam, trabalhavam diuturnamente por salários de miséria, enquanto os capitalistas – a aristocracia, detentora das terras, e a burguesia endinheirada – enriqueciam às custas do trabalho alheio. As diferenças sociais só se agravavam quando, nas origens, os ideais Iluministas que motivaram a Revolução Francesa, assim como a própria Revolução Industrial, oriunda das grandes invenções, intentavam proporcionar igualdade de condições a todos os membros da raça humana, como restara consignado na Declaração do Homem e do Cidadão de 1778.

Considerando tal cenário, o Estado foi chamado a intervir, a fim de que se reduzissem as tais diferenças, ou seja, inaugurou-se uma nova ideologia, qual seja, a da igualdade. De Liberal o Estado passa a Social, preocupado em proporcionar e manter a igualdade entre os homens. Tal ideologia se revela, no ordenamento jurídico, através do princípio da isonomia, pelo qual todos são iguais perante a lei.

O Estado Social criou a igualdade formal como meio de redução das desigualdades, aliando a exigência de respeito à igualdade entre os homens a uma série de políticas públicas de tutela do menos favorecido, como a proteção ao trabalhador e a criação da previdência social.

O contrato, neste novo panorama normativo, conservava a sua força obrigatória muito bem explicada pelo princípio da força do *pacta sunt servanda* – os

contratos serão cumpridos, porém iniciava-se já uma severa reflexão que pode ser resumida na máxima de que “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”⁶. Decorre, tal reflexão, da idéia de que muito embora a lei considerasse a todos como iguais, tal igualdade não encontrava par no mundo dos fatos, e assim sendo, o contrato passou a ser instrumento de opressão, de limitação da liberdade outrora tão festejada, à medida em que contratar passou a ser uma necessidade, mas cumprir o contrato, um desafio muito grande mormente entre partes economicamente díspares.

O contrato é uma necessidade humana, e não mais um mero ato de vontade. O agir que nasce da vontade é um agir racional, pensado, refletido sobre todas as conseqüências do ato de tal modo que a declaração de vontade obriga. O ato que dela deriva pode e deve ser exigido. Porém, as relações humanas evoluíram de tal modo que o contrato deve merecer uma nova interpretação. Não nasce mais apenas da vontade de agente capaz, mas, muitas vezes, da necessidade da vida em sociedade.

Não se pode deixar escapar o fato de que a segunda grande guerra moveu a economia mundial. Após o seu término na metade do século passado os países que nela se envolveram diretamente, tal qual a fênix, tiveram que ressurgir do pó. O desenvolvimento científico que superou em muito as grandes invenções da Era Moderna tanto em volume de criação como em intensidade produtiva propiciaram, de um lado, a própria guerra, e de outro um desenvolvimento tecnológico sem precedentes históricos. Em cinqüenta anos o homem foi capaz de produzir o que os seus antepassados produziram em milênios de evolução. É natural que tal efervescência produtiva refletisse nos seus hábitos econômicos. O contrato deixou de servir à circulação de riqueza para servir à própria existência humana. Nada se faz em sociedade senão através do contrato.

Por outro lado, o Estado Social é chamado a outras preocupações derivadas da produção capitalista de bens de consumo como, por exemplo, as relativas à exploração do meio ambiente, à exploração do trabalho humano, às conseqüências das práticas produtivas e comerciais atuais sobre as gerações futuras. O *Welfare State* não revogou o *laissez-faire*, apenas o adestrou. O que se reclama agora é

⁶ A máxima é de Lacordaire e vem expressa nas obras que se dedicam ao tema. No presente trabalho localizou-se referências tanto em POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 38, como em NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280.

ainda outra ideologia, a da solidariedade, do agir refletido sobre as conseqüências sobre os demais membros da sociedade, sobre o meio ambiente e mesmo sobre o interesse daqueles sujeitos de direito ainda sequer concebidos e que integram as gerações futuras.

Percebe-se, assim, que desde a Revolução Francesa, que marcou o início de uma nova era há cerca de duzentos anos, até o momento histórico atual, o Estado e suas funções vem passando por um processo evolutivo que não abandonou os ideais revolucionários. Ao Estado Liberal, correspondeu o valor da liberdade, ao Estado Social, o valor da igualdade e ao atual Estado Constitucional corresponde o valor fraternidade (solidariedade). O contrato, como expressão da autonomia do indivíduo em relação ao Estado, também reflete – e deve refletir – este processo evolutivo.

O contrato, ainda pilar do direito privado, mostra-se dos institutos jurídicos um dos mais aptos à realização da existência digna, desde que se lhe dê nova função. Não mais a singela função de fazer circular a riqueza e transferir a propriedade, função que não abandona, mas que se lhe reconheça a força de favorecer à livre iniciativa e à dignidade humana com vistas à justiça social e ao desenvolvimento nacional através da livre manifestação da vontade, esta submissa, então, aos interesses fundamentais expressos nos princípios constitucionais, e da conduta ética das partes contratantes.

1.20 direito privado e a Constituição Federal

A clássica dicotomia Direito Privado-Direito Público tem, assim como a institucionalização do contrato, suas origens no Direito Romano.

Para aquele povo, ainda bastante fiel à religião antiga, as questões de Estado respeitavam unicamente aos deuses, pelo que não se dedicaram ao estudo do direito público, mas apenas ao direito privado.

Como já se anotou, é através do Direito Romano, dedicado essencialmente às questões inter-privadas, que se há de construir, mais tarde, o Direito Moderno. Daí a profunda ligação entre o direito contemporâneo e as instituições de direito romano forjadas no início da era cristã.

A evolução do estado desde os gregos, mas especialmente após a Queda do Império Romano, revelou uma das faces mais nefastas do ser humano: a sua

sede pelo poder. Esta, aliás, uma das razões do declínio daquele que foi o maior Império, em extensão e poder, que a história humana já conheceu.

O regime feudal, por seu turno, se caracterizou pelo poder dos senhores feudais cuja gênese se encontrava na propriedade e, portanto, a sujeitar todos aqueles que dela dependiam. O senhor feudal, conta a história, tinha poder de vida e morte sobre os seus vassallos, assim como os *pater familiae* sobre seus *fili* séculos antes.

Por não existir um Estado estruturado; por ser a sociedade fragmentada em tantas unidades quantos fossem os feudos, (i) o rei era figura alegórica. O seu poder não ultrapassava o seu próprio reino, o seu próprio feudo. (ii) Não existia um direito homogêneo, mas difuso. Cada feudo valia-se de suas próprias regras de modo que o homem vivia em completa insegurança sobre o que era lícito e ilícito, especialmente quando em trânsito.

Para conferir hegemonia ao Estado é que, por iniciativa da Igreja – ressalte-se que a religião desde os tempos mais remotos ditava os rumos da política – se fez ressurgir o Direito Romano que serviu de molde ao Direito Canônico que, por sua vez, passou a regular a conduta humana, isso já ao final da Idade Média e início da Idade Moderna.

Ora, se o Direito Romano cuidou de estudar tão somente o Direito Privado, e se era de interesse do clero a sujeição dos homens ao poder do Rei, representação de Deus na terra, então é natural conceber que o novo direito surgido dos estudos romanísticos consolidassem essa dicotomia.

O poder de Estado era, à época, o poder divino, incontestável. Aqui está, em linhas superficiais, a origem do Estado Absolutista, no qual todo poder é concentrado nas mãos do governante. Esta forma de Estado pode ser bem compreendida através das palavras de Luís XIV⁷: “*L'état c'est moi*”, o Estado sou eu.

É a partir do pensamento Iluminista que se passa a questionar a origem do poder do Estado e a se tecer as diversas teorias que tanto vem auxiliando na compreensão do fenômeno.

Dalmo Dallari (1995, p. 43) lembra que “A denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em ‘O Príncipe’ de Maquiavel, escrito em 1513”.

Os iluministas foram os pensadores que, a partir do século XVI, se preocuparam em dar fim aos privilégios da nobreza e do clero, privilégios estes advindos desse poder transcendental, divino e inquestionável dos governantes, através do chamado à razão. Dalmo Dallari, ainda, adverte que “durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual” (1995, p. 233).

Através do questionamento dos dogmas da Igreja e do poder do soberano os iluministas buscavam a distribuição da justiça social através da luta pela participação política e da equilibrada distribuição da riqueza.

Sob o lema “Liberdade, igualdade, fraternidade” os iluministas franceses derrubaram o modelo de governo então vigente. A Revolução Francesa, de 1789, marca esse momento histórico, contudo, ainda antes disso, já se propunha a elevação do homem à condição de destinatário da tutela do Estado, e não mais de seu servo.

Ingo Sarlet (2007, p. 48) apresenta claramente o tema:

[...] Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.

Destes ideais surgem, em 1776, a Declaração de direitos do povo da Virgínia, nos Estados Unidos da América, e em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em França, ambos os documentos pretendendo o estabelecimento das tutelas e garantias do homem em face do Estado, o que importou em restrições às funções estatais.

Se as Declarações de Direitos dos Homens vieram para limitar o poder do Estado em razão do indivíduo, o Código Civil Francês de 1804 surgiu para – ainda que com o mesmo objetivo de limitação da atuação do poder estatal – expressar, tutelar e regular a ampla liberdade de ação do indivíduo em oposição aos limites e restrições impostos ao Estado.

⁷ Governou a França de 1643 a 1715. Conhecido como o Rei-Sol.

As características do Code podem ser resumidas nas idéias (i) de hermetismo, no sentido de que ao Estado não cabia intervir nas relações privadas, (ii) de patrimonialismo, já que ao redor do indivíduo gravitaria o seu patrimônio e (iii) de não interpretação, a medida em que a letra da lei devia ser tomada no seu sentido literal, sem qualquer possibilidade de interpretação pelo aplicador.

Dessa forma estabeleceu-se, de modo claro, a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, sendo a noção tradicional de que a este incumbe a regulação das relações inter-privadas, enquanto àquele a regulação do Estado no que respeita à sua forma (constituição) assim como na sua relação com os cidadãos e com outros Estados.

1.2.1 A constitucionalização e a re-personalização do direito privado

Para que se compreenda o tema da Constitucionalização do Direito Privado, necessário se faz partir da noção de Constitucionalismo.

Para Gisela Maria Bester (2005, p. 29), valendo-se do pensamento de Luis María Díez-Picazo, o constitucionalismo pode ser entendido como “doutrina que sustenta a necessidade de estruturar e limitar o poder político através do direito”, de tal modo que se pode admitir haver constitucionalismo ainda que não exista constituição.

Por mais que se tenha tradicionalmente a idéia de constitucionalismo vinculada à de constituição, a mesma autora adverte que:

Há autores que consideram o constitucionalismo somente como um momento datado, justamente o do surgimento das primeiras constituições escritas, no século XVIII. Outros o entendem como um processo. [...] O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor, sendo o *constitucionalismo moderno* entendido como uma técnica de limitação do poder com fins de garantismo. A partir disso, sempre que em um Estado divisarmos essa limitação do poder para assegurar garantias às pessoas, estaremos diante da manifestação do fenômeno “constitucionalismo”. (BESTER, 2005, p. 28-29)

A história nos dá conta, porém, dessa preocupação com a constituição dos estados, ainda num momento em que não existia uma teoria constitucionalista propriamente dita ou uma teoria do estado sequer em construção.

A idéia de Constituição é antiga e pode ser localizada na Grécia e em Roma, no domínio do pensamento filosófico e político. *Aristóteles* concebeu a Constituição – a *politeia* – como sendo o elemento que confere forma à cidade, aquele que a constitui. *Sócrates* identificava a Constituição como a alma da cidade. Em Roma, *Cícero* falava na Constituição da República – *Constitutionem rei publicae*. (HORTA, 1995, p. 53).

Por mais que as Teorias do Estado se tenham começado a conceber ainda na Idade Média, a forma de governo que se estabeleceu ante o feudalismo decadente foi a Monarquia absolutista, na qual o poder do Rei, advindo de Deus, recaia sobre os súditos de forma injusta e desigual. As regras não alcançavam o próprio Estado. Assim, aos nobres todos os direitos e privilégios. Aos plebeus a lei. (BONAVIDES, 2001)

No século XVIII, entretanto, os ideais iluministas que culminaram na Revolução Francesa em 1789 sustentavam a necessidade de limitação do Poder do Estado e a proteção dos direitos individuais, de tal modo que a Constituição Francesa de 1791, atendendo aos ditames antes declarados na Carta de Direitos Humanos, pretendia, além da separação dos poderes, a tutela dos direitos dos homens⁸.

O constitucionalismo evoluiu seguindo as necessidades dos Estados. Depois do Estado Liberal, os efeitos da industrialização demandaram a intervenção do Estado para socorrer os cidadãos excluídos do sistema capitalista e para reduzir os abusos advindos daqueles que detinham o poder econômico em detrimento do trabalhador. Surge, assim, o Estado Providência, o *Welfare State*. O constitucionalismo moderno evidencia a preocupação com direitos individuais, sociais e coletivos, o que demonstra o seu desenvolvimento se comparado ao constitucionalismo liberal do século XVIII.⁹

Com o advento das codificações que ocorreu especialmente nas famílias do Direito Romano-Germânico, a idéia de constitucionalismo passou a confundir-se com a de Constituição, de modo que, de uma forma bastante simplista, é possível se afirmar que, assim como o constitucionalismo, as Constituições também evoluíram, especialmente no que respeita à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

⁸ Importa ressaltar que, a despeito de ser a Constituição Francesa, de 1791, posterior à Norte-Americana, que data de 1776, ao menos no que respeita aos direitos fundamentais a francesa ocupa posição de destaque. Sobre o assunto v. SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁹ Sobre o assunto voltar-se-á mais adiante, quando se abordar o tema da autonomia da vontade à autonomia privada.

Acerca do assunto, é esclarecedora a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 54):

Os direitos fundamentais [...] são o produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. [...] Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Derivando também dos ideais liberais revolucionários estão os preceitos encartados no Código Civil Francês de 1804 que, corroborando a necessidade de limitação dos poderes do Estado e constituindo-se em verdadeira Constituição do Homem Comum, pretende a regulação de toda conduta humana possível tutelando, especialmente, a autonomia da vontade e a propriedade privada.

Os séculos XIX e XX foram marcados pelo meteórico desenvolvimento industrial, científico e tecnológico, o que evidenciou os efeitos colaterais do modelo econômico liberal, ou seja, o agravamento das desigualdades sociais e a má distribuição de riquezas que levou parcela dos cidadãos à condição de excluídos do sistema econômico e social.

Se, de um lado, o direito público viu-se às voltas com questões originalmente relacionadas com os interesses privados, também o Direito Privado viu a necessidade de flexibilizar-se cuidando de interesses públicos, como os terceiros alheios à relação contratual.

No direito brasileiro a evolução do Estado Liberal para o Estado Social se evidencia na Constituição Federal de 1934, mormente no que respeita aos direitos dos trabalhadores posto que, daqueles efeitos nocivos do capitalismo são os trabalhadores os primeiros a suportá-los. À Constituição Federal de 1988 coube, após as duas décadas de ditadura militar e suspensão dos direitos políticos dos cidadãos, recolocar o Direito Constitucional brasileiro nos trilhos da evolução, partindo da consagração do Estado Social e avançando para a construção do Estado Constitucional.

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 tem fundamental importância para o desenvolvimento do direito brasileiro. É por seu intermédio que a sociedade passa a contar com estrutura política, mas sobremaneira jurídica, em sintonia com o

momento histórico e econômico mundial, apta, portanto, a alavancá-la para o desejado patamar da integração das idéias de liberdade, igualdade e fraternidade.

Essa transição proporcionada pela Constituição Federal de 1988 se revela entre outros, na eleição de princípios fundamentais a reger todas as relações jurídicas.

Como bem pontua Ingo Sarlet (2010, p. 71)

A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente [...] foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.

Consoante amplamente aceito, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional [...].

Tais princípios vêm, então, consignados nos artigos 1º a 4º, dentre os quais se destacam¹⁰ o artigo 1º, que enumera os fundamentos do Estado, e entre eles a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV); e o artigo 3º que elenca os objetivos fundamentais da República, e entre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹¹ (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II) e a redução as desigualdades sociais.

A Constituição Federal deixou de ser o estatuto de constituição – em sentido estrito – do Estado para ser também a diretriz de todas as relações, tanto as que interessam propriamente ao Estado, como as que interessam unicamente aos particulares e que, nos modelos de Estado Liberal e Social eram reguladas pelo Código Civil.

Sobre este aspecto, Daniel Sarmento (2004, p. 98) assim se posiciona:

[...] a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-

¹⁰ Para os efeitos do presente trabalho.

¹¹ Veja-se mais uma vez a referência, ainda que indireta, aos ideais revolucionários “liberdade, igualdade e fraternidade”

formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo.

A este fenômeno denominou-se Constitucionalização do Direito Privado.

Ainda decorrentes da aplicação dos princípios fundamentais sobre as relações jurídicas interprivadas, e a considerar o ângulo de análise desta aplicação, surgem duas outras expressões significativas para o Direito Privado: Despatrimonialização do Direito Privado e Repersonalização do Direito Privado.

Cumprе ressaltar que é da essência do direito privado o foco no indivíduo e a tutela de seu patrimônio. Porém, ao longo do tempo, o que se viu foi a preponderância da preocupação com a circulação de riqueza em virtude da consideração de um indivíduo idealizado. Assim, o direito privado priorizou a circulação de riqueza à realização da existência humana que a estimula, o indivíduo abstrato à pessoa. As expressões surgem para esclarecer que, ainda que as relações que interessam ao Direito Privado sejam as interpessoais, a primazia da interpretação da lei, da vontade e do contrato deve estar no agente, e não na ação.

Ao tratar da resignificação da autonomia da vontade, agora autonomia privada, Judith Martins-Costa faz menção a esta nova percepção do indivíduo que lhe transmuta em um ser integrado ao meio em que vive:

[...] uma tal re-significação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das pessoas concretas ao abstrato sujeito sempre-igual. (MARTINS-COSTA, 2006, p. 226)

No mesmo sentido são as palavras de Daniel Sarmento (2004, p. 116):

[...] para o Direito Privado do Estado Liberal, o indivíduo era uma realidade abstrata e impalpável, um sujeito de direito, ao qual correspondia uma vontade, que ele empenhava livremente, e um patrimônio que ele fazia circular. Não era a pessoa real, de carne, osso e alma, que sente fome e frio, mas também afeto e paixão, que adoce e convalesce, que se alegra e entristece, que vive e convive.

Este deslocamento da atenção do direito privado, do patrimônio para a pessoa pode ser denominado Repersonalização do Direito Privado, e o reconhecimento de que “os bens e direitos não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa

humana” (SARMENTO, 2004, p. 115-116), por sua vez, de Despatrimonialização do Direito Privado.

Os princípios constitucionais privados são encontrados ainda no artigo 170 da Constituição Federal que, ao revelar a adoção por um modelo de economia de mercado, fundado na livre iniciativa e na propriedade privada, lhe dá contornos sociais ao dispor que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Elenca, o mencionado dispositivo que são princípios da ordem econômica, entre outros, a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V).

Com base nessa resignificação das relações privadas impostas pela Constituição federal, e considerando que a legislação infraconstitucional em matéria de direito privado prescindia de revitalização, importante foi a edição do Código de Defesa do Consumidor que cuidaria de dar margem à tutela da boa-fé objetiva nos contratos consumeristas, como de fato ocorre na previsão de seus artigos 4º, III, que adota a boa-fé como princípio das relações de consumo e 51, IV, que fulmina de morte as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Por fim, é o Código Civil de 2002 que insere, no direito privado brasileiro, uma nova sistemática de interpretação das relações inter-privadas, ou seja, através das cláusulas gerais da boa-fé e da função social dos contratos, os princípios constitucionais elencados principalmente nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal, demandam uma releitura da essência dos contratos.

O que importa da análise que se faz acerca da Constituição Federal e dos dispositivos de Direito Privado, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor é que, a partir dos movimentos sociais relacionados ao desenvolvimento industrial e econômico, Direito Privado e Direito Público aproximaram-se no sentido de priorizar os interesses humanos considerados em sua generalidade, ou seja, passaram, ambos os sistemas, a ter o homem como centro das relações.

Ao se referir aos códigos oitocentistas e sua origem liberal, Gustavo Tepedino (2008, p. 03) assim se posiciona:

Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança”. Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo.

As cláusulas gerais, já existentes na legislação anterior, mas relevadas na vigente, introduzem no ordenamento jurídico uma nova sistemática legislativa, rompem com essa sensação de segurança, zona de conforto com a qual se habituou o operador do Direito, exigindo-lhe que se valha de sua experiência e de uma boa dose de ética na solução dos conflitos da vida real. É justamente neste ponto que atacam, os críticos, a nova sistemática do Direito Privado.

Importa ressaltar, contudo, que a Constituição Cidadã, ao elencar como fundamentos da República a livre iniciativa e a dignidade humana, e como objetivos do Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros fundamentos e objetivos, centralizou no homem, no cidadão, no membro da raça humana, detentor de vontades, desejos e necessidades inerentes à sua própria existência, as bases para a edificação de um novo Direito.

1.2.2 Os princípios, as cláusulas gerais e a segurança jurídica

A Constituição Federal de 1988, que representa o momento de redemocratização do Estado brasileiro e, portanto, prima pelo valor da liberdade e da igualdade, mas antes de tudo pela dignidade humana, convoca os agentes políticos – cidadãos, tomado o termo na sua acepção mais ampla – a pautarem toda a sua atividade pelo ideal de cooperação, de solidarismo.

Sendo assim, e de acordo com o que há de mais atual em termos de técnica jurídica e teoria do Estado e do Direito, adota a auto-aplicação dos princípios nela elencados. É esse o sentido do parágrafo 1º do artigo 5º do texto constitucional que prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O sentido vem ratificado pelos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal fato acaba por refletir-se nos demais textos legais que integram o ordenamento jurídico brasileiro e representam, ademais, uma nova forma de compreender, interpretar e aplicar o Direito, demandando, de parte do destinatário da lei, uma nova forma de conduzir-se também.

O direito privado sistematizado em Códigos cujas normas precisas e impermeáveis à atuação de um Estado intérprete, característica do Direito Liberal, associado ao trabalho de Hans Kelsen no sentido de dar cientificidade ao direito e, para tanto, despir-lhe de conteúdo valorativo, acabou por criar uma zona de conforto tal que se passou a acreditar que a análise do caso concreto à luz de valores seria temerosa já que abriria a possibilidade de o aplicador do direito valer-se de uma certa subjetividade e, assim, julgar de maneira arbitrária.

Na verdade, como adiante se verificará, não há em tal argumento uma verdade, senão uma lógica decorrente de um método já bastante criticado por pensadores do porte de Ronald Dworkin (ÁVILA, 2007), que reduziu o Direito à norma, fazendo esta confundir-se com a lei.

Sobre o conceito de norma, bastante clara é a idéia de Humberto Ávila (2007, p. 30):

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo, haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Denota-se, assim, que as normas decorrem da interpretação que se faz de todo o ordenamento, e o ordenamento jurídico brasileiro atual dá importância sem precedentes aos princípios.

O conceito de princípio não é simples nem unívoco. Certo é que integra a idéia de valor. Assim, poder-se-ia afirmar que os princípios constituem os valores sobre os quais se erige o ordenamento jurídico. A questão que se coloca é a relativa à aplicabilidade direta ou não destes princípios ao caso concreto.

De uma perspectiva bastante conservadora e positivista, os princípios são fundamentos abstratos e orientam a elaboração do texto legal ou a interpretação da lei, e só por meio deles alcançam o caso concreto. Desta ótica, não seria possível argüir a nulidade de um ato jurídico, por exemplo, ao argumento de que não estaria

de acordo com o princípio da dignidade humana, já que este não está regulado por lei, senão como um dos fundamentos do Estado brasileiro ou da boa-fé, que sequer está expresso no texto constitucional. A ilegalidade levaria ao reconhecimento da nulidade ou anulabilidade de um ato, mas a ofensa a um princípio não necessariamente.

Tal entendimento foi defendido, grosso modo, por pensadores como Josef Esser, Karl Larenz e Canaris.

Para Dworkin (2002), contudo, a diferença entre regras e princípios consiste no fato de que as regras são aplicadas de tal modo que, ou ela é preenchida pelo fato analisado, e assim, é aplicável, ou não, e nesse caso não se aplica. Já os princípios comportam conjugação.

Robert Alexy contribui, nessa perspectiva, ao apresentar a idéia de ponderação por meio da qual os princípios, quando em conflito, devem ser comparados, atendendo-se sempre àquele que importe em maior valor par o caso em análise (ÁVILA, 2007).

Sobre a distinção entre os princípios e as regras, mais uma vez é Humberto Ávila (2007, p. 43) que lança a luz:

[...] não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem conseqüências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem conseqüências normativas. De em lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto. De outro, o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado.

As cláusulas gerais, por sua vez, são dispositivos legais que introduzem no sistema normativo critérios de natureza axiológica para auxiliar na aplicação da lei, favorecendo, assim, a distribuição da justiça sem a necessidade de mutilação dos interesses individuais em oposição à norma genérica e objetiva.

Preleciona Judith Martins-Costa (2000, p. 274) que:

[...] 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.

Não se quer, contudo, advogar no sentido de que há possibilidade de contaminação, na decisão, da subjetividade inerente à condição humana do julgador, mas que, através de critérios objetivos, é possível ao julgador valer-se, sim, dos princípios e valores que norteiam o ordenamento jurídico, como a função social do contrato e da propriedade, a boa-fé objetiva nas relações inter-privadas e a dignidade humana.

Conforme já afirmado, a considerar as circunstâncias que levaram à elaboração do Código Civil francês, em 1804, no qual se inspirou nosso Código Civil de 1916, a saber, a Revolução Francesa e o triunfo dos ideais liberais, não é de se estranhar a adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, de um sistema fechado, no qual não se dava ao operador do direito qualquer possibilidade de interpretação da norma positivada. Ora, se o valor maior da sociedade no momento da construção de seu ordenamento era o homem-indivíduo expresso no mais pela sua vontade, certo é que o que se privilegiasse fosse exatamente esta vontade. Assim, ao Estado não poderia jamais incumbir intervir na vontade humana. Daí a proteção ao princípio do *pacta sunt servanda*, ao primado da vontade.

Ocorre, no entanto, que com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade seja no que respeita aos usos e costumes, seja no que diz com o desenvolvimento industrial e econômico, viu-se a necessidade de estabelecimento de um valor ainda maior que o homem-indivíduo, qual seja, o homem-sociedade. Diante deste novo paradigma, surgiu a necessidade de uma nova forma de pensar o direito, de uma nova sistemática que viesse não substituir ou revogar a primazia da lei, mas que, caminhando ao lado, possibilitasse a sua flexibilização e, bem assim, permitisse ao Direito o alcance de um de seus fins: a realização da justiça social. Daí o estabelecimento das cláusulas abertas ou gerais, que se revelam no Direito Brasileiro através dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da função social da propriedade, alguns deles, aliás, já tutelados pela Carta Magna de 1988.

Sobre a boa-fé objetiva, ensina 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.

Já, quanto à função social dos contratos, a lição é de Teresa Negreiros (2006, p. 226):

A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito – sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.

O que se vê na prática jurídica, porém, é algo bem diverso: a tradição liberal, o conforto da regra expressa por um dispositivo escrito, a necessidade de segurança nas relações e nas decisões impõe à boa parte dos magistrados, advogados e mesmo professores no ensino jurídico, certa resistência no uso dessa janela aberta pelo legislador que os transforma em agentes do Direito, e não mais em meros escravos da lei. Outras vezes, e em sentido oposto, o que se observa é o uso arbitrário desses dispositivos legais como se a partir deles a racionalidade contratual não mais produzisse efeitos.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 20) assevera o seguinte:

[...] do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do Juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.

Dentre as cláusulas abertas elencadas no novo diploma civil está o dispositivo que expressa o princípio da função social do contrato, artigo 421. No dizer de César Fiuza (2006, p. 408):

Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e de circulação de riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social.

Por sua natureza precipuamente econômica, os contratos são os instrumentos mais aptos à promoção social, mas também são estes os que mais favorecem ao abuso do poder econômico. O princípio da função social surge, então, como balizador dos interesses econômicos ou, no dizer de Teresa Negreiros (2006, p. 280):

A instrumentalização, ou funcionalização, da liberdade contratual foi-se impondo à medida que se verificou, na prática das transações econômicas, a repetição de resultados vantajosos para uns, e desvantajosos para outros. Este desequilíbrio revelou que, por detrás de um valor supostamente intrínseco, a liberdade operava no âmbito contratual como um instrumento de dominação e, portanto, de discriminação: ‘... entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta’.

As cláusulas gerais são, assim, dispositivos que permitem ao aplicador do Direito, especialmente o julgador, a utilização dos princípios constitucionais, assim como de outros valores – desde que em sintonia com o ordenamento jurídico – na apreciação dos fatos e conflitos oriundos da atividade humana, e naturalmente, da atividade econômica.

Percebe-se, assim, a importância e relevo que é conferido pela Constituição Federal e pelo ordenamento infra-constitucional à humanidade intrínseca aos atos que são regulados pelo Direito. Negar a possibilidade de análise subjetiva do caso concreto é negar ao ser humano o que lhe torna distinto dos demais animais: a sua cultura e os seus valores.

De uma perspectiva técnico-jurídica, negar ao magistrado a possibilidade de valorar o caso concreto é negar a ele, juiz, enquanto homem que é, o exercício de sua capacidade intelectual, e ao querelante a possibilidade de um julgamento justo.

Da mesma forma, a técnica introduzida pelas cláusulas gerais, já existentes no sistema anterior, mas que se destacaram neste inaugurado pela Constituição Federal de 1988, exige de todos os operadores do Direito o exercício da cooperação e da cidadania, e não apenas a aplicação matemática da lei ao desprezo das diferenças inerentes à condição humana dos agentes e que torna a aplicação do Direito equivalente ao mito do Leito de Procusto¹².

O princípio da segurança jurídica ele mesmo não está escrito em lugar algum. Deriva da interpretação da regra constitucional consubstanciada no inciso XXXVI do artigo 5º que prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada”.

No Direito Liberal Positivista, a lei é a medida da justiça e da segurança e o contrato, na esfera do domínio econômico privado, a lei particular que se estabelece

¹² O Leito de Procusto é o mito grego que representa a metáfora da medida única. Se sobra, corta; se falta, estica. Sobre mitologia, ver por todos, BRANDÃO, Juanito de Souza. **Mitologia grega**. Rio de Janeiro: Vozes.

entre partes que se encontram em uma mesma posição de capacidade intelectual, social, jurídica e econômica.

A história evidenciou que a igualdade que se exige para o equilíbrio das relações não é a formal, que deriva da idéia de que todos são iguais perante a lei, mas a material, que reconhece que os agentes são diferentes em conhecimento, em poder econômico e em acesso à justiça.

A segurança jurídica consiste, outrossim, na observância da lei, como corolário do Direito, mas igualmente nos princípios que orientam todo o ordenamento, como corolários da justiça.

Da mesma forma, deve-se considerar o conjunto dos elementos essenciais à realização da vida em sociedade para que a expressão “segurança jurídica” não se esvazie de significado. A segurança jurídica envolve a noção de pleno exercício de cidadania e, bem assim, de ampliação das faculdades humanas, e não a sua restrição.

Paulo Nalin (2001, p. 213) muito bem esclarece sobre o que se busca na expressão atualmente:

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio das obrigações reciprocamente consideradas.

A segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega da lei do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida. Ela é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento pelo devedor.

A segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva, é a de que poderá cumprir sua parcela da avença [...] sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé.

O Direito neo-constitucional não afasta o primado da lei, mas busca a integração de outras normas – os princípios – na condução do Estado à realização do bem comum.

1.3 Os princípios contratuais – do clássico ao moderno

Toda a teoria contratual, cujos contornos hodiernos, como já se afirmou, derivam do pensamento liberal, se estabeleceu sobre três princípios clássicos: autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade.

Outros princípios surgiram como consequência da evolução da sociedade, das relações inter-privadas cada vez mais complexas, e da própria evolução do conceito de Estado e seus fundamentos e objetivos. São os princípios da autonomia privada, da boa-fé, da justiça contratual e da função social do contrato.

Analisar-se-á o conteúdo e alcance de cada um deles, bem como a sua evolução e aplicação.

1.3.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada

O princípio da autonomia da vontade está intimamente ligado à idéia de liberdade de contratar. O direito liberal prescindia da possibilidade de exercício autônomo, independente e ilimitado da vontade individual já que tutelava o homem como núcleo ao redor do qual gravitam os seus direitos subjetivos. Daí a idéia de indivíduo atomizado. Assim sendo, ao Código Civil se reservava posição de destaque uma vez que regulava as relações entre sujeitos de direito que se encontravam na mesma condição de negociar, enquanto à Constituição se reservava a função de dizer o Estado, sua forma e seus deveres e seus poderes estariam, assim, limitados pela vontade individual.

A idéia de liberdade de contratar fazia presumir a igualdade entre as partes, assim, desde que capazes para livremente expressarem sua vontade, estas partes poderiam, sem embaraço de qualquer natureza, valer-se das prerrogativas de proprietário para dispor de seu patrimônio.

Veja-se que, um dos mais importantes Iluministas, movimento basilar das idéias liberais que se refletiram no Direito oitocentista, foi Immanuel Kant, que propunha que a autonomia do homem em relação ao estado só se poderia conseguir a partir da razão.

É a racionalidade humana o elemento primordial ao reconhecimento da força jurídica da vontade, ou seja, da possibilidade de a composição de vontades fazer nascer, modificar ou extinguir direitos.

Esta a idéia propugnada pelo princípio da autonomia da vontade.

Desta racionalidade que permite o exercício da liberdade de contratar deriva outro princípio sobre o qual se discorrerá oportunamente: o Princípio da Força Obrigatória.

Contudo, vale lembrar que bem pouco depois de constituídas as bases do Direito Liberal, o desenvolvimento industrial mesmo apresentou nova realidade que colocou em xeque a idéia de autonomia da vontade como expressão da liberdade de contratar e como respeito à igualdade subjetiva das partes.

O que se viu, como já afirmado, foi a sujeição do trabalho humano ao poder do Capital, ou seja, às indústrias, já a partir da metade do século XVIII¹³.

As indústrias, pela sua capacidade produtiva, acabaram por desestimular a forma de produção doméstica, de modo que os artesãos se viram levados à prestar os seus serviços, pela via contratual naturalmente, às indústrias. Ou isso, ou passar fome.

Esclarecedoras as palavras de Ana Prata (1982, p. 08) nesse sentido:

[...] a ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário destes. Declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente.

Pode-se notar que já era possível denotar-se que a liberdade de contratar já não configurava uma realidade. O contrato passou a ser necessidade, e não mais exercício de autonomia individual.

Verificou-se que as partes contratantes não se encontravam em situação de igualdade. A uma competia o poder de determinar o que contratar, quando contratar e como contratar, enquanto à outra incumbia apenas e tão somente contratar como se lhe fosse dado contratar.

¹³ A Revolução Industrial é um movimento que se inicia como decorrência da revolução burguesa na Inglaterra. A Revolução Industrial se marca pela substituição das ferramentas por máquinas, da energia humana pela energia motriz e do modo de produção doméstico pelo sistema fabril. Diz-se Revolução pelos grandes impactos sociais e econômicos que gerou, além de se ter espalhado primeiramente pelos países da Europa para, posteriormente, alcançar todo o globo. A economia mundial como se vê nos dias de hoje deve suas origens à Revolução Industrial.

A não intervenção do Estado nas relações inter-privadas acabou por revelar uma situação nefasta à sociedade, situação esta muito bem expressa nas palavras de Lacordaire: “entre o forte e o fraco é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

A liberdade mencionada por Lacordaire é exatamente a liberdade de contratar expressa no mais pelo princípio da autonomia da vontade. Ao dizer que a liberdade oprime, disse que nem todos estariam em condições de fazer valer a sua vontade no contrato, e a idéia de que a lei liberta, importa no chamado do Estado a intervir. Não que tal intervenção devesse recair sobre as estipulações contratuais, mas que regras houvessem a garantir agora a igualdade ao lado da liberdade.

Dessa sujeição do trabalho humano ao poder do capital surgiu a necessidade de intervenção do Estado para a tutela dos interesses dos desiguais.

A intervenção do Estado no contrato de trabalho foi uma das vitórias que marcaram o surgimento de um Estado Social.

Evelyse Pilsier (2004, p. 155), analisando a participação de Léon Bourgeois na construção desse novo modelo de Estado, assim se manifesta:

Léon Bourgeois, primeiro presidente do Conselho radical (1895), esforça-se para elaborar uma teoria social e política com base no conceito de *solidariedade*. Trata-se de tornar aceitável a tese do Contrato Social para uma superação: na origem da soberana estatal, não poderia haver um contrato no sentido estrito do termo, já que a transmissão de tal ato pressupõe uma sociedade já organizada, mas, há, mais precisamente, um *quase-contrato*. O fato de nascer em uma sociedade humana compromete imediatamente o indivíduo com essa sociedade. Mas o compromisso é bilateral: a sociedade compromete-se a reparar as injustiças de sua responsabilidade. Desse modo, as leis, atos de vontade coletiva, devem remediar as injustiças e restabelecer a igualdade. Tal é a função do Estado que “não é nada mais que o fiador de todos os contratos” e, então, deve dar aos que são credores e fazer que os devedores paguem.

É no século XIX que os valores do Liberalismo são contrastados pela necessidade de solução das questões sociais, estas na sua maior expressão relativas ao trabalho e seus reflexos, como o salário, a jornada de trabalho, a previdência social. Outras questões relevantes, que merecerão apenas apontamento neste trabalho, mas importam também para a constituição de um novo modelo de Estado, dizem com a marginalização e exclusão social.

O Estado Social se marca, então, por novos valores, mormente pelos valores da dignidade humana e do solidarismo.

Este novo paradigma se impõe sobre os contratos, de modo que a liberdade para contratar, com quem contratar e o que contratar passa a ser exercida dentro de limites pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A considerar o novo paradigma do Estado Social, a intervenção do Estado na esfera da liberdade de contratar do indivíduo passou a se impor.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 17) explica que

Em diversos termos, a desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações impôs – já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de solidarismo, de que é instrumento um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo.

É de ressaltar, entretanto, que a possibilidade de intervenção do Estado recaia sobre os contratos que, de alguma forma, regulavam os direitos sociais – trabalho, educação, saúde, segurança, etc. À autonomia da vontade ainda se reservava força jurígena, mormente no que respeitava à disposição do patrimônio.

O Estado Social cujas primeiras idéias surgem em meados do século XIX, apenas se consolida no começo do século XX em razão da disseminação dos ideais socialistas. A primeira expressão do Estado Social é a Constituição de Weimer, de 1919, que prescrevia, entre outros comandos que “a propriedade obriga”.

As lutas populares ampliaram o espectro de direitos civis, assim viu-se o surgimento de direitos coletivos – sindicatos, associações, partidos políticos – e dos direitos das minorias – mulheres, idosos, índios.

Pode-se dizer, a exemplo do que ocorreu com os direitos fundamentais¹⁴, que o Estado evolui, de Liberal a Social e, deste, a Democrático e Constitucional seguem a ideologia contida no lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Desse modo, se o Estado Liberal cuidou da tutela da liberdade, o Estado Social o supera para, a partir da verificação de que a liberdade só se exerce com igualdade, tutelar a igualdade, agora substancial e não meramente formal.

Entende-se, e não poderia ser diferente, com Carlyle Popp (2008, p. 38) que

¹⁴ Ingo Sarlet (2007, p. 66) bem observa que “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões”.

[...] com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocupar com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel. A lei surge não para limitar a liberdade mas sim, para aumentá-la, na medida em que ela passa – a liberdade – a ser real. Assim, o legislador começa a se preocupar com a diminuição das desigualdades.

A expressão *autonomia da vontade* se esvazia de sentido já que a ampla liberdade de contratar só pode ser exercida de acordo com a igualdade entre as partes. A idéia de autonomia privada, entendida agora como a possibilidade individual de dispor livre e conscientemente de seu patrimônio, tendo resguardadas a liberdade e a igualdade pelo ordenamento jurídico, se apresenta como mais condizente com a moderna teoria contratual.

No Brasil, o direito expresso no Código Civil de 1916 revelava profundo vínculo com os ideais liberais oitocentistas, isso porque, ainda que o Constitucionalismo brasileiro já se encontrasse em franco desenvolvimento, as teorias de estado surgidas na Europa ainda não haviam encontrado terreno fértil para firmar-se por estas terras.

Só em 1934 a Constituição brasileira revela aqueles valores característicos de um Estado Social, quais sejam, o foco na dignidade humana – ainda que não houvesse menção expressa a isso no texto, a tutela dos direitos sociais pode ser considerada para efeitos de reconhecimento da dignidade humana – e no solidarismo. Significa dizer que a teoria contratual carreada pelo código civil de 1916, e forte nos ideais liberais oitocentistas como já se asseverou, logo entrou em dissenso com a Carta Magna.

Seguiram-se a publicação de diversas leis especiais que formaram um micro-sistema de direito civil a tentar compor tal dissenso. Viu-se, assim, disciplinar a usura, os direitos da mulher casada, o divórcio, os direitos dos menores, o uso da terra, etc.

Só em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, que o ordenamento jurídico brasileiro vê se encerrar num texto constitucional as normas condizentes a um moderno Estado Constitucional de Direito.

Mais tarde, em 2002, o Código Civil, diploma legal voltado à regulação das relações inter-privadas, de acordo com a nova sistemática de interpretação do

direito, apresenta o contrato funcionalizado, cuja expressão maior da liberdade e da igualdade dos indivíduos é a autonomia privada.

1.3.2 Do princípio da força obrigatória ao princípio da boa-fé

Ao abordar o tema da boa-fé em sua tese de doutoramento, Teresa Negreiros (2006) salienta tratar-se da ética no contrato. Tal assertiva parece expressar com fidelidade o que a sociedade espera dos contratantes: que hajam de forma ética.

Cabe lembrar o imperativo universal de Kant, que propunha: “age de tal modo que a máxima de tua ação possa sempre valer como princípio universal de conduta” (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 285).

Se outrora o indivíduo era considerado enquanto núcleo de uma esfera de direitos e prerrogativas cuja liberdade lhe permitia dispor de seu patrimônio de tal modo que a simples manifestação da vontade obrigava partes consideradas iguais pela lei, o direito no Estado Democrático assim como no Estado Constitucional, expressando a evolução do Estado Social, passa a valorizar a conduta solidária. Seguindo a linha de raciocínio já formulada linhas acima, far-se-ia uma analogia com o terceiro ideal do lema da Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade.

Não se trata, contudo, de uma idéia de caridade, benevolência ou beneficência, senão a idéia de consciência do outro.

Fabio Konder Comparato (2006, p. 577) explica que “Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade”.

Assim é que a idéia de boa-fé não escapa às relações jurídicas, tampouco às relações contratuais.

Não é o caso de fazer-se aqui alusão à história da boa-fé no direito, mas importa lembrar que a boa-fé, ao menos a confiança e o respeito à palavra dada sempre orientaram as relações humanas desde os tempos mais remotos.

Karina Nunes Fritz dá conta do anseio pela boa-fé nas relações jurídicas desde os romanos que, como se sabe, foram os responsáveis pelos contornos e pela essência do direito privado ocidental. Explica a autora que

Boa-fé é termo dotado de diversos significados, condensados e acumulados ao longo da história, tendo suas origens no direito romano, antes de Cristo, portanto, presente em vários institutos da época da fundação de Roma, como a clientela, no qual assumia a idéia de garantia, promessa. A *fides* primitiva não tinha, contudo, um significado único, expressando a terminologia também conotações religiosas e éticas, refletindo então a idéia de dever. Mas, segundo Wieacker, na base da *fides* houve sempre a idéia de **adstrição de comportamento**, inicialmente mágico, depois religioso, moral e finalmente jurídico.

Com a expansão territorial romana e as novas exigências decorrentes da intensificação das atividades comerciais, a *fides* adquire o sentido de **respeito à palavra dada** principalmente no campo dos contratos internacionais celebrados entre romanos e estrangeiros. (FRITZ, 2008, p. 83-84)

Já se fez menção ao fato de que o Estado Social se revela no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1934, o que importa dizer que o mote do direito antes disso era o Liberalismo e, através dele, o individualismo. Porém, o Código Comercial de 1850 já carregava para o direito positivado algum sentido de boa-fé. Dizia o artigo 131¹⁵ que

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; [...].

Como critério de interpretação dos contratos, a boa-fé se apresenta no dispositivo em questão, na sua vertente subjetiva. Implica, assim, no fato de que a boa-fé é compreendida como ato moral, como predisposição de espírito que orienta no sentido da confiança no outro.

Como ato individual, derivado da predisposição do espírito, entendia-se não se poder obrigar a conduta, mas reconhecia-se valor a partir da interpretação de acordo com a boa-fé.

A evolução da idéia de boa-fé subjetiva é a boa-fé objetiva, norma de conduta que obriga as partes contratantes. Hodiernamente o ordenamento jurídico contempla as duas formas de expressão da boa-fé de tal modo que se pode falar em polissemia do termo, sendo necessária cautela do intérprete e aplicador da norma para bem reconhecê-las.

¹⁵ Revogado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

O fundamento da boa-fé objetiva é o princípio da dignidade humana expresso, no ordenamento jurídico brasileiro, no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. Ainda seguindo a linha de raciocínio de Karina Fritz:

A raiz do princípio da boa-fé encontra-se, em Larenz, no **personalismo ético**, fundamento básico do Código Civil alemão e que traduz a consideração do homem enquanto fim em si mesmo, idéias cujas raízes se encontram na religião cristã e na filosofia kantiana, da qual decorre a necessidade elementar de **respeito à pessoa e à sua dignidade**, consagrada no art. 1º da Grundgesetz como o mais importante princípio da ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana também constitui valor máximo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 a erigiu **fundamento do Estado**, nos termos do art. 1º III, e, portanto, de toda a ordem jurídica. Por isso, a dignidade da pessoa humana constitui também valor essencial do novo Código Civil [...]. (FRITZ, 2008, p. 105)

Teresa Negreiros (2006, p. 120) oferece clara distinção sobre o conteúdo da boa-fé subjetiva e da boa-fé objetiva. Diz ela que

Analisada sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar. Transposta para o domínio das obrigações contratuais, a noção de boa-fé adquire conotação muito diversa das que se inferem da sua vertente subjetiva. A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta.

Assim sendo, além do dispositivo, já revogado, do Código Comercial mencionado acima, pode-se localizar no sistema de normas brasileiro várias menções ao reconhecimento da boa-fé, ora no sentido subjetivo, ora no sentido objetivo.

É certo, entretanto, que a boa-fé objetiva só vem a integrar o conteúdo normativo brasileiro a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Em verdade, e na seara do direito privado, especialmente em razão ausência de legislação mais de acordo com o grau de evolução da sociedade, foi o CDC o primeiro Estatuto de normas jurídicas a adequar o sistema ao novo paradigma proposto pela Constituição Federal de 1988, ou seja, é através dele que o direito privado passa a se valer da ideologia humanística proposta pela Carta Constitucional.

Ainda que se tenha adotado por método neste trabalho a não transcrição de dispositivos de lei, parece que o tema assim o requer, de tal modo que, transcrever-se-á alguns dos mais importantes.

Ao elencar os princípios norteadores do direito do consumidor, o CDC assim dispõe:

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; [...]

Superadas as questões atinentes à aplicabilidade dos princípios no novo modelo de ordenamento jurídico proposto pela Constituição Federal, percebe-se o intuito regulatório do legislador ao determinar que o direito do consumidor tem por princípio a harmonização dos interesses dos particulares sempre com base na boa-fé.

Ainda mais contundente para o momento histórico de sua publicação é o contido no artigo 51:

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; [...]

Vê-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor fulmina de morte as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé.

Como, da tradição jurídica até aquele momento, a boa-fé nada mais era do que um requisito de ordem moral, não exigível juridicamente, a polissemia do termo careceu de explicações.

Vários autores se dedicaram ao estudo do tema e muito se publicou a respeito. Não é o caso, no momento, de esmiuçar o tema, senão de apresentar as suas implicações na construção desse novo direito.

Assim, significativas as palavras de Claudia Lima Marques (2005, p. 216) a esclarecer que

[...] 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.

O Código Civil de 2002 insere a boa-fé objetiva como cláusula geral na regra do artigo 422, que prevê que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Denota-se, então, que o significado da expressão boa-fé objetiva pode indicar o seu conteúdo e alcance: a equidade, a razoabilidade e a cooperação (NEGREIROS, 2006). Partindo-se destes é possível identificar as suas funções interpretativa, supletiva e corretiva (GODOY, 2004, p. 76).

Função interpretativa: A boa-fé objetiva apresenta uma vertente de equidade, à medida que requer do aplicador do direito a interpretação do contrato, e mais, do comportamento dos contratantes conforme tais preceitos na análise do caso concreto.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 76) assevera que

Interpretar um contrato, com efeito, significa buscar apreender o alcance não da vontade de cada qual dos contratantes, mas sim do consenso de ambos, do que tenha sido sua intenção comum, objetivada no ajuste. Portanto, procura-se a vontade contratual. Ou, por outra, interpretar o contrato, inserido em contexto de recompreensão da autonomia da vontade, longe, hoje, de constituir um dogma, significa mesmo, na exata asserção de Franco Carresi, a procura de se individuar o concreto modo de ser do auto-regulamento que o ajuste contratual encerra.

Verifica-se, assim, que as peculiaridades do caso concreto é que orientam o intérprete-aplicador da norma na verificação do atendimento ao princípio da boa-fé.

Função supletiva: decorrente do princípio da boa-fé é a idéia de que a obrigação – e, como espécie, o contrato – não mais representa um vínculo através do qual a uma parte incumbe um dever de prestar e à outra o direito de exigir a prestação, mas que a ambas as partes incumbem deveres hauridos da máxima proposta por Claudia Lima Marques de “agir refletido, refletindo no outro contratante”.

A função supletiva da boa-fé objetiva consiste na idéia de complexidade das relações jurídicas, especialmente dos contratos, de modo tal que, de uma obrigação principal derivam deveres secundários e laterais que devem ser observados pelos contratantes.

À sombra do Mestre, entende-se que

Ao celebrarem as partes um negócio jurídico, ou mesmo desde as tratativas, surge para elas uma gama diversa de deveres e é isso o que justifica a pós-moderna assertiva acerca da complexidade da relação jurídica negocial ou obrigacional, nos termos do BGB. Significa dizer que a relação de crédito e débito não pode ser vista como “uma relação de prestação isolada”, mas sim, como uma “relação jurídica global”. Deve ela ser vista como uma totalidade, de tal sorte a nela serem considerados todos os aspectos. [...] É bom frisar que os deveres de comportamento negocial, nos termos da boa-fé, não significam a responsabilidade de garantir determinado resultado, mas sim se configuram como verdadeira obrigação de meio. (POPP, 2008, p. 193-195)

Enumeram-se, ainda no esteio do pensamento de Carlyle Popp (2008, p.197), como deveres laterais de conduta, o “dever de conselho, informação e recomendação; dever de guarda e restituição; dever de segredo, dever de clareza; dever de lealdade; e dever de proteção e conservação”.

Não cabem, para os objetivos deste trabalho, reflexões mais profundas sobre as distinções entre deveres principais, secundários e acessórios, mas tão somente apresentar a idéia que deriva do princípio da boa-fé¹⁶.

Função corretiva: por fim, uma vez que a boa-fé objetiva é dever de conduta e consiste, antes de tudo, em princípio jurídico, e mais, no próprio texto legal, em cláusula aberta que se apresenta ao aplicador do direito como ferramenta à sua disposição para o julgamento do caso concreto, os contratos podem ser fulminados de morte caso não estejam em conformidade com tal princípio. Essa a idéia de função corretiva.

A boa-fé objetiva se apresenta, ainda, como limitadora do comportamento das partes contratantes. Assim, entende-se que a análise do comportamento do contratante perante o contrato e perante o outro contratante pode determinar efeitos jurídicos em razão da desobediência ao princípio.

¹⁶ Para uma leitura mais aprofundada do tema, veja-se POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial:** o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2008 e GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Assim, importa ressaltar os casos conhecidos como *Tu quoque* e *Venire contra factum proprium*.

Entende-se por *tu quoque*¹⁷ o comportamento do contratante que, tendo violado determinada obrigação contratual, se volta contra o outro contratante quando este comete a mesma violação. A idéia elementar é a de que, em razão do princípio da boa-fé objetiva, não se pode exigir do outro contratante aquilo que não se pode, ou não se quer cumprir.

Esclarecedoras as palavras de Teresa Negreiros (2006, p. 143):

A respeito do *tu quoque*, a idéia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. Voltar-se contra os próprios atos constitui, nesta hipótese, um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera: *equity must come in clean hands* – resume o brocardo inglês. No caso específico da regra do *tu quoque*, a boa-fé objetiva atua como guardiã do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual [...].

Como regra de conduta amparada no mais por um dever moral, o *tu quoque* pode ser sintetizado no ditado popular “Não faça para o outro o que não deseja seja feito para ti”.

A boa-fé objetiva, tendo por função a limitação do comportamento do contratante, veda condutas incompatíveis com a lei, com o contrato ou com os próprios atos. Assim, se de um lado, o *tu quoque* é regra pela qual se veda que um contratante ataque ou se defenda do outro partindo de um ato por ele mesmo executado, o *venire contra factum proprium* é regra que veda que o mesmo contratante, a partir de dois comportamentos contraditórios sucessivos, venha a prejudicar o contrato e o outro contratante, ou, nas palavras de Carlyle Popp (2008, p. 126), “trata-se da tomada de dois comportamentos, duas ações, ambas lícitas, de tal sorte que a segunda é incompatível com a primeira”.

Conclui-se que a boa-fé objetiva relativiza – e que se ressalte que relativiza, mas não rivaliza com – o princípio da força obrigatória do contrato segundo o qual, uma vez que deriva da manifestação livre e consciente de um sujeito capaz, o

¹⁷ A expressão é atribuída a Julio Cesar, Consul Romano assassinado em virtude de conspiração levada a efeito por seu sobrinho e filho adotivo Brutus. Teria dito ele, no momento do ataque: *Tu quoque, Brutus?* (Até tu, Brutus?)

contrato deve ser cumprido. A relativização consiste em entender-se que o contrato há de ser cumprido, e neste caso não se falará em intervenção do Estado pela via do Poder Judiciário nos pactos inter-privados, sempre que tanto as cláusulas contratuais como o comportamento individual de cada contratante perante o contrato e perante o outro contratante, esteja de acordo com os preceitos éticos introduzidos no ordenamento jurídico pelo princípio e cláusula geral que é a boa-fé objetiva.

1.3.3 A Justiça Contratual

Para que se compreenda o sentido da expressão Justiça Contratual, ou Equilíbrio Econômico, mais uma vez se há de valer do significado liberal de contrato, ou seja, da idéia de contrato como pacto oriundo da manifestação livre das vontades de partes formalmente iguais no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos sobejamente patrimoniais, corpóreos ou incorpóreos, para uma ou ambas as partes contratantes e, portanto, hermético à intervenção do Estado¹⁸.

Já se analisou que esta forma de tutela da vontade individual, se por um aspecto pretendeu, ao seu tempo, a valorização do indivíduo através do reconhecimento da força jurígena da sua vontade, por outro, em certos casos e a despeito da pretensão, acabou por promover, ou ao menos, proteger, relações jurídicas nas quais a vontade de uma das partes se impôs sobre a outra de maneira desequilibrada, o que revelou que a igualdade formal não era suficiente a garantir o mesmo poder entre as partes contratantes.

Viu-se, ainda, que esta insuficiência foi um dos elementos propulsores da constituição de um novo modelo de Estado, o Estado Social. Porém, este novo Estado interventor foi chamado a solucionar questões de ordem social, como o direito do trabalho, da previdência, questões relacionadas à saúde e segurança, o direito das associações e das minorias, mas ao particular resguardou-se grande parcela de liberdade contratual.

Mesmo no Estado Social, ao menos em suas primeiras expressões, dizer contratual equivalia a dizer justo. Não incorrendo em atentado à lei, hipótese na qual

¹⁸ Ressalte-se que a análise do contrato liberal tem utilidade neste momento para que se frise que, enquanto naquele o justo contratual decorria precisamente da manifestação da vontade, sem qualquer julgamento acerca do conteúdo ou da proporção das prestações, a idéia de justiça contratual que se tem por força da Constituição Federal de 1988 é diversa. Mais do que isso, é oposta e incompatível com o justo contratual liberal, conforme se denotará.

o contrato seria nulo, o pacto haveria de ser cumprido. Assim, a noção liberal de justiça contratual perdurou reinante na sociedade brasileira até bem pouco tempo atrás.

Feliz é a síntese de Teresa Negreiros (2006, p. 158-159):

[...] o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante. [...] Inspirado na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável. Em face da disparidade de poder negocial entre os contratantes, a disciplina contratual procura criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das prestações. De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes.

Ocorre, entretanto, que neste novo paradigma de Estado Constitucional no qual a Lei Maior se impõe através de seus princípios informadores, especialmente o princípio da dignidade humana – a todas as relações jurídicas, mesmo as de natureza contratual, há que se admitir que, sempre que o conteúdo da estipulação for tal que acarrete uma vantagem excessiva a um dos contratantes em detrimento do outro, ou por outras palavras, sempre que a prestação a ser cumprida por um dos contratantes lhe for ruínosa se comparada à vantagem advinda ao outro contratante, o Estado venha a intervir para promover ou restaurar o equilíbrio econômico das partes uma em relação a outra. Essa a moderna concepção de Justiça Contratual¹⁹.

Tal princípio comporta, todavia, modulações. É que o desequilíbrio entre as prestações nem sempre decorrerá de má-fé de um dos contratantes, ou de uma hipossuficiência de um em relação ao outro.

Há casos em que o negócio jurídico, o contrato, só é possível em razão de um desequilíbrio. Exemplo pode ser extraído da revenda de automóvel usado. O contrato só é economicamente viável para o revendedor se o vendedor aceitar

¹⁹ Ressalve-se que os autores e obras que serviram de base a esta pesquisa tratam do tema sempre fazendo referência às duas expressões: Justiça Contratual e Equilíbrio Contratual. Optou-se por utilizar neste trabalho, e daqui por diante, apenas a expressão Justiça Contratual em razão da filiação da autora à idéia de que os novos princípios contratuais importam sempre na releitura do instituto do contrato à luz de um conteúdo axiológico. Assim, e no esteio de Teresa Negreiros (2006) entende-se que ao Princípio da Boa-fé, corresponde o valor Ética; ao princípio da Justiça Contratual corresponde, como o nome o diz, o valor Justiça, e ao Princípio da Função Social, como adiante se verá, corresponde o valor Solidariedade.

receber menos do que o correspondente ao valor de mercado do veículo. A diferença entre o percebido e o valor de mercado corresponde ao lucro do revendedor. Este desequilíbrio que equivale a uma onerosidade excessiva logo na formação do contrato não enseja a nulidade do mesmo nem sequer a sua revisão. Decorre da própria natureza contratual.

A lesão e o estado de perigo também ocorrem na formação do contrato, porém, configuram patologias contratuais capazes de sujeitar o pacto à revisão ou resolução.

A lesão está disciplinada no texto do Código Civil no capítulo dos Defeitos do Negócio Jurídico, precisamente no artigo 157 que prevê que “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Assim, a formação contratual se compromete em razão da declaração de vontade manifestada por inexperiência ou premente necessidade. Nesse caso o contrato poderá ser revisto e ao necessariamente resolvido se houver a complementação da prestação tornando o equilíbrio na relação. É de observar também o intuito cooperativo da regra já que a inexperiência de uma parte exige, para a validade do pacto, a ação da outra no sentido de preservar o interesse de ambas, por exemplo, pela via da informação.

O artigo 156 estabelece o estado de perigo: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Neste caso a premente necessidade está expressa na forma de dano conhecido pela outra parte. Significa dizer que, na hipótese, um dos contratantes se vale da necessidade do outro para estabelecer a desproporção entre as prestações. Evidente que a manifestação de vontade neste sentido é viciada de modo que o Direito não pode reconhecer a validade do pacto.

Há, contudo, a onerosidade excessiva que deriva da ocorrência de um evento inesperado no curso da execução de um contrato de longa duração e que inviabiliza ou ao menos dificulta de modo severo o cumprimento da avença por uma das partes que fica, assim, prejudicada (MARTINS, 2009).

Neste caso, ainda que não haja vício na formação contratual, nem tampouco a má-fé de qualquer das partes, o contrato poderá sofrer a intervenção do Estado pelas mãos do Poder Judiciário com o fim de restabelecer-se o equilíbrio e possibilitar a execução do ajuste.

Como se vê, o intuito é sempre o de viabilizar a execução do contrato, sendo a resolução a exceção²⁰.

1.4 A re-significação do contrato

O contrato é instituto jurídico cujas concepções primárias datam do início das sociedades civilizadas.

Já se disse que a evolução social, da vida nômade à vida em sociedade, perpassa por três fatos de suma importância: a invenção da escrita, o desenvolvimento do comércio e o surgimento das cidades.

A base dessa evolução está na verdade incontestável que o homem, dotado de inteligência e, portanto, criativo, não é capaz de dar conta, pelo esforço próprio de todas as suas necessidades. Mas não são apenas as necessidades que movem o ser humano, mas também, e talvez com a mesma intensidade, os seus desejos. O comércio, ainda mesmo na sua fase mais primitiva que é o escambo, a troca dos excedentes, se revela a melhor forma de se suprir tanto as necessidades quanto os desejos humanos.

Analisando-se estas formas primitivas de realização da existência humana seja pela concretização de necessidades ou pela realização de desejos já se pode perceber o elemento negocial das relações humanas, que importava no ajuste entre o que se pretendia e o que se podia dar em troca, desde os idos mais remotos da história do homem na terra.

Ocorre, contudo, que é bastante recente a teoria do contrato. Assim como disse Cecília Meireles sobre a liberdade – não há ninguém que explique, nem ninguém que não entenda – se pode dizer sobre o contrato: sempre foi utilizado, mas só recentemente teorizado.

Os romanos, considerados os grandes inventores do direito civil, cuja dedicação ao estudo do Direito fez surgir a ciência jurídica e cujos conceitos ainda servem de parâmetro para a ciência jurídica moderna, mesmo eles não conceituaram contrato.

²⁰ O princípio da justiça contratual interage com os demais princípios contratuais e comporta diversas nuances. Não é o objetivo do presente trabalho a análise profunda, mas apenas perfunctória sobre o tema. Para uma abordagem mais específica, ver por todos MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva.

Entendiam, sim, que os contratos eram fontes de obrigações pois distinguiam entre “convenção”, “pacto” e “contrato” de modo que o termo convenção importava em gênero que abarcava todos os acordos, pacto, um acordo sobre um objeto determinado porém desprovido de forma, e em razão disso, à obrigação dele nascida não correspondia uma ação em sua defesa e, por fim, contrato, cujo termo dizia respeito não ao acordo de vontades, mas à relação jurídica ou vínculo obrigacional (LORENZETTI, 2004, p. 20).

Ainda que muitos dos elementos contratuais se tenham delineado por força do trabalho dos jurisconsultos como, a título de exemplo, a ideia de sinalagma que refere a negócio bilateral do qual surgem obrigações recíprocas, o contrato era considerado fonte de obrigações.

A força obrigatória do contrato, contudo, decorria de um aspecto nada jurídico. É de lembrar que o povo romano, pandeísta e religioso, guiava todos os seus atos por critérios religiosos. A formalidade que legitimava os atos não decorria da força jurígena da vontade ou da liberdade das partes, mas antes da observância de preceitos religiosos que envolviam, entre outros o dizer de palavras solenes diante dos altares de seus deuses. É essa vocação religiosa do povo romano que vincula o contratante ao cumprimento da obrigação, sob pena de, não o fazendo, terríveis castigos recaírem sobre a pessoa do devedor e sobre toda a sua família, ascendentes ou descendentes.

O contrato revela sua veste econômica²¹ com o advento do liberalismo, no século XVIII. Sendo a liberdade o fundamento maior do Estado Liberal, o indivíduo só se obrigava quando manifestava, em virtude dela, a sua vontade de se obrigar. Assim, a ideia de autonomia da vontade, que implicava na possibilidade de o cidadão escolher se contratava ou não, o que contratar assim como o conteúdo do contrato, a legitimar o negócio jurídico e a lhe conceder força obrigatória, bem como a ideia de que o contrato só produz efeitos entre as partes que declararam a vontade de se obrigar. O contrato formava, assim, um vínculo, um elo a atar duas partes, e tal vínculo só se rompia, ou seja, as partes só se desobrigavam com o cumprimento da avença.

Tendo nascido da vontade de pessoas que se encontravam em equivalente posição, dotadas de mesma liberdade, o contrato era impermeável a qualquer vontade externa. De modo bem específico, o contrato era impermeável à vontade do

Estado e refletia fielmente os interesses particulares e individuais de cada um dos contratantes.

Assim delineado, o contrato se tornou um instrumento à serviço de uma economia de mercado que marca a época: o liberalismo econômico ou capitalismo, doutrina nascida especialmente em razão da obra de Adam Smith²² que rejeita as formas até então postas de medir riqueza – o ouro e a terra – para valorizar o trabalho.

Ricardo Lorenzetti dá conta de que essa acepção de contrato se consolidou ao longo do período das codificações, no século XIX e entrou em crise na segunda metade do século XX.

A crise do contrato enquanto instrumento liberal de circulação de riqueza coincide com a estruturação e consolidação de um novo modelo de Estado: o Estado do Bem-Estar Social – o *Welfare State* – que deriva, como já se disse, da necessidade de proteção dos legítimos interesses das parcelas menos favorecidas da sociedade. O Estado Social se viabiliza, em muito, por uma nova concepção econômica, a keynesiana, que leva em conta algo não considerado por Adam Smith: o fato de que nem todos os indivíduos da sociedade tinham igual acesso ao trabalho.

A partir de então, a rigidez contratual começa a sofrer a infiltração dos interesses de ordem pública. A autonomia da vontade decorrente de uma liberdade plena, passa a ser limitada. Há a possibilidade de admitir-se contratos por força de lei (os de serviços públicos), o que restringe a liberdade de contratar; a liberdade contratual, entendida como aquela atinente ao próprio conteúdo do contrato, sofre também severa limitação à medida que se protege a parte mais frágil da relação. Daí o ressurgimento de institutos como a lesão (do direito romano), a onerosidade excessiva, o abuso de direito e a boa-fé, dentre outros; em sintonia, a força obrigatória do contrato é relativizada pela noção de emergência econômica, caso em que os juízes poderiam rever e alterar as cláusulas contratuais para adequá-las à situação imprevista.

O contrato passa a ser instrumento contido por uma ordem pública, ou seja, passa a cumprir uma função social.

²¹ Expressão cunhada por Enzo Roppo.

²² Sobre as doutrinas econômicas voltar-se-á mais detidamente em capítulo próprio, o que justifica a abordagem superficial que ora se faz.

Tal *status* contratual se mantém no novo Estado Constitucional, contudo, os limites da liberdade se encontram expressos na Constituição Federal, no caso brasileiro, a de 1988.

Se a sociedade, a economia e a política mudaram, é natural que mude também o Direito.

1.4.1 A classificação tradicional dos contratos e a crítica ante a nova teoria contratual

Um dos métodos utilizados para o conhecimento do objeto em uma ciência é a sua classificação. Assim, o contrato, enquanto objeto de estudo do direito, também admite ser classificado.

A utilidade da classificação para o operador do direito reside na facilidade de interpretação e, a partir de então, de reconhecimento, dentre os diversos efeitos jurídicos possíveis, daquele que mais se ajusta ao caso em análise.

Tradicionalmente a teoria classifica o contrato de acordo com diversos critérios. O mais tradicional deles é o que considera os contratos em si mesmos e reciprocamente em relação a outros.

Os contratos considerados em si mesmos assim se classificam:

a) Quanto à natureza da obrigação os contratos podem ser:

a.1) Unilaterais e bilaterais: os termos aqui utilizados não respeitam ao número de partes, já que o contrato é negócio jurídico, e requer, sempre, dois personagens, mas sim à carga de obrigações que recai sobre cada um dos contratantes. Contrato unilateral é aquele que impõe a apenas uma das partes o dever de prestar, de modo que à outra incumbe tão somente o direito de exigir a prestação. Exemplo clássico é o da doação pura e simples pela qual um dos contratantes se obriga à entrega da coisa e o outro a pode exigir. Outros exemplos são o comodato, o mútuo, o depósito e o mandato. Já contrato bilateral é aquele que importa tanto no dever de prestar quanto no direito de exigir a prestação, de forma recíproca, a cada uma das partes contratantes. O exemplo corriqueiro é a compra e venda na qual uma das partes se obriga à entrega da coisa e a outra à entrega do preço, podendo cada uma exigir da outra a prestação que lhe favoreça. Esta reciprocidade é que caracteriza o *synallagma*, ou seja, a dependência das obrigações. Orlando Gomes (2001) adverte que não se deve confundir a bilateralidade da obrigação com a bilateralidade do consentimento já que a primeira

diz com a eficácia do ato negocial enquanto a segunda respeita à formação. Assim, o contrato sempre será bilateral, como se disse, na formação, mas pode ser unilateral no que respeita à obrigação dele advinda.

a.2) Gratuitos e onerosos: contrato gratuito é aquele que opera uma vantagem (bônus) a uma das partes e um sacrifício (ônus) à outra. Outra vez a doação pura e simples serve de bom exemplo; contrato oneroso, por sua vez, é aquele que acarreta tanto ônus quanto bônus para ambas as partes. Exemplo é a locação, na qual uma das partes tem o direito de usar a coisa mediante remuneração à outra e esta, por seu turno, perde a faculdade de usar a coisa no período contratual.

Os contratos onerosos classificam-se, por sua vez, em comutativos e aleatórios. Contrato comutativo é o contrato bilateral e oneroso cujas prestações são equivalentes já na formação do contrato, porém Orlando Gomes (2001) adverte para o fato de que essa equivalência não é objetiva, senão subjetiva, à medida que cada contratante, senhor dos seus interesses e convicções, é capaz de avaliar comparativamente as prestações. Assim, legitima-se o contrato, considerando-se comutativo, ainda que as prestações apresentem certa e moderada desproporção decorrente dos interesses de ambos os contratantes. Exemplo é o da venda de automóvel por terceiro. O negócio só será viável economicamente se o vendedor puder lucrar com a intermediação. Deste modo, ao proprietário interessará aceitar valor menor do que aquele correspondente ao valor de mercado, e a diferença entre aquele e este corresponderá à remuneração/lucro do terceiro intermediário.

Já o contrato aleatório é aquele em que a prestação de uma das partes depende de um elemento aleatório, ou seja, a prestação consiste em suportar, no lugar do outro contratante, uma obrigação decorrente de um evento/risco futuro e incerto cujo valor é imprevisível.

a.3) Contratos paritários, de adesão e por adesão: O contrato paritário é aquele no qual as partes tem ampla possibilidade de discussão das cláusulas contratuais que regularão o negócio. O contrato paritário é o que melhor permite o exercício da autonomia privada, já que a manifestação da vontade é ampla e limitada apenas pelos princípios que orientam o ordenamento jurídico e pela lei.

Contrato por adesão é aquele cujas cláusulas são propostas por um dos contratantes de modo tal que não se possibilita ao outro a discussão de seus termos, senão apenas a eles aderir. Os contratos consumeristas são, via de regra,

contratos por adesão, mas bons exemplos são os contratos de seguro ou os contratos bancários de um modo geral.

A doutrina distingue o contrato por adesão do contrato de adesão. Este último trata de modalidade contratual na qual o contratante aderente não tem sequer a possibilidade de não contratar senão abrindo mão do objeto do contrato. O caso típico é o contrato de fornecimento de energia elétrica. A limitação ao exercício da autonomia privada é tal que sequer a escolha de com quem contratar fica obstaculizada à medida que, normalmente, o Estado é que determina o prestador do serviço.

b) Quanto à forma:

b.1) Contratos consensuais e reais: Contrato consensual é aquele que se aperfeiçoa pela simples manifestação da vontade, ou seja, pela anuência das partes. Exemplo é o contrato de locação. Já o contrato real é aquele que se consuma com a entrega da coisa, não bastando o concurso de vontade. Bom exemplo é o do comodato. Antes da entrega da coisa o que existe é uma promessa de contratar, mas não o contrato propriamente dito.

b.2) Contratos formais e não formais: Contrato formal é aquele que depende, para sua validade e eficácia, de obediência à forma prescrita em lei. Exemplo é o contrato que tenha por objeto a alienação de imóveis, cuja forma é a escritura pública conforme dispõe o artigo 108 do Código Civil²³. Contrato não formal, por seu turno, é aquele que, a contrario sensu, não obedece a forma prevista em lei. Cabe ressaltar que, a despeito de alguns juristas entenderem pela sinonímia entre formalidade e solenidade, se entende que o contrato formal não se confunde com o contrato solene. Este, além da obediência à forma prevista em lei, requer, para sua validade, a prática de uma sucessão de atos solenes. Bom exemplo é o casamento. A despeito de não se tratar de um contrato *stricto sensu*, já que o objeto é a comunhão de vida, como assinala o texto da lei, a regra para a sua validade bem explicita a noção de solenidade. O legislador civilista previu, para tanto, que “celebrar-se-á o casamento no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato”²⁴. Mais adiante se lê:

²³ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

²⁴ Artigo 1.533, CC

Art. 1.534 A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edifício público ou particular

Veja-se que o contrato solene é, assim, bastante complexo se relacionado ao contrato formal.

c) Quanto à designação ou previsão legal:

c.1) Contratos típicos e atípicos: Típico é o contrato cujas características estão disciplinadas no texto da lei. Assim, e analogamente às condutas repudiadas pelo ordenamento jurídico que revêem sanções, o conjunto de elementos dispostos na lei civil formam o tipo contratual, daí falar-se em contrato típico. Forma-se, a partir desse tipo, um esquema ou modelo de regulamentação que é útil à identificação e aplicação ao caso concreto. O contrato atípico, ao contrário, não está contemplado pela lei, e sua estipulação é livre, devendo ater-se, contudo, ao ordenamento jurídico de um modo geral.

d) Quanto ao tempo de execução:

d.1) Contratos de execução instantânea e contrato de execução continuada: o contrato de execução instantânea é aquele que se forma, executa e extingue praticamente ao mesmo tempo. Exemplo é a compra e venda de coisa móvel à vista. O contrato de execução continuada, por outro lado, é o que se caracteriza pelo necessário decurso do tempo para a consecução da prestação de um ou de ambos os contratantes. A locação é exemplo de contrato de execução continuada, sendo certo que o pagamento do aluguel a cada mês não o extingue, mas ao contrário, o caracteriza.

e) Quanto à pessoa do contratante:

e.1) Contratos pessoais ou contratos *intuitu personae* e impessoais: Contrato pessoal é aquele em que a pessoa do contratante é considerada pelo outro como elemento essencial à declaração de vontade e, por isso, obrigam a execução por pessoa determinada, ou seja, aquele contratante em especial. O contrato impessoal dispensa o elemento pessoal de modo que o que realmente importa é que a prestação seja cumprida, não importando por quem.

Pode-se classificar os contratos ainda considerando-os reciprocamente. Neste caso, encontram-se os contratos principais e acessórios. Contrato principal é

aquele que existe e tem validade independentemente de outro. Contrato acessório é aquele que só existe em função de outro. Assim, é principal, a título de exemplo, o contrato de locação, e é a ele acessório o contrato de fiança, que lhe garante a execução.

f) Quanto à natureza jurídica da obrigação contratada

f.1) Contratos civis e mercantis: O contrato civil é aquele que instrumentaliza os interesses dos homens comuns, enquanto o contrato mercantil instrumentaliza os interesses dos comerciantes em relação aos atos de comércio

Orlando Gomes (2001) insere na classificação dos contratos a figura do Autocontrato, advertindo não se tratar de um contrato propriamente dito, mas da confusão das posições jurídicas de dois contratantes, o que só é possível pelas figura do mandato e da representação.

A tradicional classificação do direito considera como critério os tipos contratuais clássicos. Adverte Teresa Negreiros (2006) que assim sendo a teoria contratual prima pela forma e não pela essência do contrato.

O que se questiona agora, nesse novo paradigma contratual, é o papel do contratante no cumprimento do contrato, o que interessa, mediatamente, à sociedade e, daí, a sua função social.

Sendo assim, a classificação do contrato também passa a comportar novos critérios e a tomar novas formas e cores.

1.4.2 A atual concepção do contrato

O atual cenário das relações humanas, sejam as civil como as mercantis, empresariais, não se atentando aqui para as idéias de unificação do direito privado, são evidentemente diferentes das que deram origem ao clássico conceito de contrato.

Oriundo de uma economia liberal, o contrato clássico impregnou-se de sua função econômica, de circulação de riqueza. Com o uso e a praxe das relações, chegou-se ao ponto de se desconsiderar da razão de ser dos contratos qualquer coisa que não fosse patrimonial.

Mas o contrato é instrumento a disposição dos indivíduos, e como tal deve ajustar-se às necessidades humanas. Aliás, o contrato nasce, em todos os casos, da necessidade que alguém tem de realizar-se econômica, social ou pessoalmente.

Significa dizer que quem contrata busca no contrato saciar um desejo ou uma necessidade. O contrato não pode se desvincular de sua causa.

A esse respeito, é elucidativa a afirmação de Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p.150):

Embora não sirva para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, nem por isso se há de dizer que a causa é juridicamente irrelevante. Muito pelo contrário, à semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é extraordinariamente importante para a sua validade e eficácia, também a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da *validade*, ou no plano da *eficácia*.

Assim sendo, ainda que se possa conceituar o contrato como o negócio jurídico que se estabelece entre duas ou mais pessoas que manifestam livre e conscientemente a sua vontade no sentido de criar, modificar e/ou extinguir direitos patrimoniais, exige, ainda, e para a sua validade e eficácia, a análise da causa.

Neste sentido, é elucidativo o novo conceito de contrato formulado por Paulo Nalin (2001, p. 255):

[...] 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**²⁵.

O que se verifica é que todo o sistema se transmuda para atender, de maneira efetiva, e não meramente retórica, às necessidades humanas.

A concepção mais humanizada do contrato, em perfeita sintonia com os valores ordenados pela Constituição Federal e recebidos ou configurados pela legislação infraconstitucional, surge como a ratificação da liberdade de todos e de cada um dos indivíduos na sociedade, que passam a contar com o reconhecimento do Direito para o fato de que as diferenças são da natureza humana e exigem tratamento distinto, ainda que equivalente.

No mais, essa nova concepção de contrato enquanto instrumento de realização da existência humana permite que se perceba, mesmo nos contratos sociais, tidos estes por aqueles que estatuem os deveres dos sócios numa sociedade civil ou empresarial, a essencialidade da atividade econômica para o

²⁵ Destacou-se.

indivíduo, bem como para a sociedade moderna (ou pós-moderna) e complexa dos dias atuais.

Significa dizer que todos os contratos, sem exceção, hão de pautar-se por estes ideais solidários, cooperativos e humanizados que surgem em função do projeto constitucional vigente, especialmente em razão do princípio da dignidade humana.

1.4.3 A nova classificação dos contratos: o paradigma da essencialidade

Se a Constituição Federal inaugura uma nova forma de compreender-se o Direito e, a partir daí, de se aplicar o Direito, se impõe a revisão de toda a teoria jurídica, e bem assim da teoria contratual liberal superada, em muito, pela necessidade de atendimento dos interesses sociais – não gerais, mas assim considerados os interesses individuais de pessoas que integram uma mesma sociedade.

Surge uma nova concepção de contrato que agrega ao conceito clássico a noção de contrato enquanto instrumento de realização da existência humana, e não exclusivamente de trocas, de circulação de riqueza.

Assim, importa também a revisão da classificação tradicional dos contratos, que até aqui se limitou à análise da estrutura do contrato de modo tal que em muito toma por critério os tipos contratuais estabelecidos na própria lei.

É certo, contudo, que, muito embora útil à aplicação e análise dos efeitos dos contratos, a classificação tradicional deixa de considerar aquele elemento motriz do contrato, que é a sua causa ou, ainda, e em relação a esta, o seu conteúdo.

Da mesma forma, a complexidade das relações, em especial das de consumo, acabam por enredar o consumidor de modo tal que se torna extremamente difícil verificar as condições de equilíbrio e liberdade no exercício do direito de contratar.

Veja-se, a título de exemplo, que em um só negócio jurídico, como a compra de um automóvel, pode opor, de um lado o consumidor, e de outro, diversos fornecedores, como a concessionária de automóveis, a instituição financeira que fornece o crédito para a aquisição, a seguradora, que presta o serviço de seguro de autos, o despachante que providencia a regularização do veículo junto aos órgãos competentes. A sensação que se tem é que se trata de um só contrato, quando, de

fato, muitos se aperfeiçoaram mediante a declaração única da vontade de adquirir um automóvel.

Desta complexidade de relações surge uma nova classificação para os contratos, qual seja, a de contratos plurilaterais, representados pelos contratos coligados, conexos e pelas redes contratuais.

Neste sentido, é de se observar que o tratamento que se deve dar, por exemplo, a um contrato de compra e venda, diverge na medida da relevância do objeto contratado para a parte contratante.

A utilidade do bem como critério de classificação forma a base do paradigma da essencialidade proposto por Teresa Negreiros (2006).

Ainda que outros critérios possam ser estabelecidos, como os contratos relativos ao trabalho, às coisas e aos direitos (NEGREIROS, 2006), o paradigma da essencialidade, além de estar em sintonia com o novo Direito proposto pela Constituição Federal, é útil à compreensão dos novos princípios contratuais, em especial, do princípio da função social do contrato.

Consiste, conforme a autora, em integrar “a classificação dos contratos e a classificação dos bens, de maneira a propor que o caráter essencial, útil ou supérfluo do bem contratado esteja na base de uma correspondente classificação dos contratos respectivos” (NEGREIROS, 2006, p. 385).

Desta forma, propõe que “a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais” (NEGREIROS, 2006, p. 288).

Se a classificação dos contratos importa para a análise dos efeitos do contrato, bem como do regime jurídico a ele aplicável, o paradigma da essencialidade pode alcançar mesmo os contratos empresariais – aqueles denominados mercantis na sistemática superada – para fazer aplicar-se, a estes, o regime jurídico do direito civil, ainda que o regime jurídico próprio do direito comercial – empresarial – ainda tenha o seu conteúdo de aplicação preservado.

Tanto o novo conceito de contrato, como os novos princípios contratuais projetam seus efeitos sobre os contratos estritamente mercantis, fazendo revelar assim, é bom que se repita, que o ordenamento jurídico reconhece e protege a atividade econômica, seja ela exercida pelo particular ao buscar a realização de sua existência, seja decorrente da atividade empresarial individual ou social, no

desempenho da liberdade de iniciativa, derivado, por seu turno, dos princípios da dignidade humana e da liberdade.

1.5 O contrato empresarial

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 operou a revogação de toda a primeira parte do Código Comercial restando a este a disciplina do comércio marítimo.

O Livro II do Novo Código – Do Direito de Empresa – se inicia no artigo 966 que determina que “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Assim, ainda que não haja consistência sobre o conceito de empresa, o conceito de empresário dado pelo legislador evidencia a adoção da teoria da empresa adotada já no Código Civil Italiano de 1942.

O que muda essencialmente, e em sintonia com a Constituição Cidadão, é o foco de atenção do Direito Comercial, agora de Empresa²⁶, que deixa de se concentrar nos atos de comércio, para recair sobre a própria a atividade humana organizada para a produção e circulação de bens e prestação de serviços. Ressalte-se, não é mais a figura do comerciante que determina o regime jurídico aplicado às suas relações, mas a atividade desempenhada, seja pela pessoa física, seja pela jurídica.

Ainda que se argumente a favor da unificação do direito privado, não há como negar que o Direito Empresarial conserva a sua autonomia em relação ao Direito Civil. O Direito Comercial é dotado de características próprias, como o cosmopolitismo (as relações se travam entre partes ao redor do mundo, e não exclusivamente sob a égide do ordenamento jurídico pátrio), que leva a uniformização das praxes comerciais nos diversos países; o informalismo, que deriva dessa praxe uniforme entre empresários e que acaba por fazer do costume a regra; e o fragmentarismo, já que as normas de Direito Comercial encontram-se diluídas em tantos textos quantos são os ramos do próprio direito Comercial, assim,

²⁶ Quanto à nomenclatura adequada à disciplina em razão da adoção da Teoria da Empresa, ainda que, como adverte Ricardo Negrão, grande parte dos autores resista ao uso das expressões Direito de Empresa ou Direito Empresarial, preferindo a manutenção da expressão Direito Comercial, entende-se mais adequada a utilização daquelas expressões mais em sintonia com a ideologia que orienta o presente trabalho, qual seja, a da re-personalização das relações jurídicas.

a regra geral está hoje contida no Livro II do Código Civil, mas há regras específicas, por exemplo, para a disciplina das Sociedades Anônimas, dos Títulos de Crédito, de Concorrência, de Recuperação de Empresas e Falências.

As relações empresariais são dotadas de peculiaridades tais que não podem ser consideradas de maneira genérica, por isso falar-se em autonomia jurídica da disciplina (BERTOLDI; PEREIRA, 2009).

No que respeita especificamente ao contrato mercantil, agora empresarial, deve-se ter em conta que, assim como, de um modo geral, o próprio Código Civil vigente representa muito mais do que uma simples atualização legislativa, importando mesmo na re-significação de todo o ordenamento jurídico de direito privado, também a revogação de parcela do Código Comercial representa muito mais do que o descarte da lei velha em prol da lei nova.

O Código Civil de 2002, como já se disse, introduz no Direito brasileiro nova forma de pensar, interpretar, aplicar e produzir Direito. Insere no texto legal a disciplina da empresa que, de acordo com os novos preceitos e valores constitucionais, importa na re-personalização das relações até então ditas mercantis.

O Direito de Empresa vai muito além da adaptação da lei comercial do Império às novas necessidades do comércio. Trata de recolocar-se o homem, agente de toda relação mercantil, em primeiro plano, já que a ele interessa a atividade empresarial, e não o contrário. Considera-se, a partir dessa nova roupagem do Direito Mercantil que a empresa, conjunto de capital e trabalho destinados à produção e circulação de bens e prestação de serviços atende aos interesses individuais e sociais, e é por isso que merece a tutela do Direito.

Sabe-se que toda atividade empresarial só se viabiliza por meio do contrato. Assim, chama-se contrato empresarial todo aquele que instrumentaliza o funcionamento da atividade empresarial, como o contrato social, os de compra e venda e/ou locação de imóveis, moveis e maquinários, os contratos de trabalho, mas também é empresarial o contrato que regula as relações entre o empresário ou sociedade empresária e o consumidor.

Genericamente entende-se que

São comerciais os contratos que se celebram nas atividades mercantis, reunindo, de um lado, empresários entre si, em relação de cunho institucional ou associativo (criação de sociedades, formação de associações ou de grupos econômicos ou jurídicos), ou organizacional (definição da estrutura da empresa, de participações contratuais ou

societárias e outras) e, de outro, os empresários com os fornecedores ou os utentes dos bens ou dos serviços oferecidos, em relação de caráter operacional (venda de bens, prestação de serviços, financiamentos, locações e outros negócios jurídicos cabíveis, em razão do gênero da atividade). (BITTAR, 2008, p. 3)

Importa saber, diante da nova teoria da empresa, qual o regime jurídico se aplica aos diversos contratos empresariais.

Para Bertoldi e Pereira (2009, p. 730), a teoria geral dos contratos é dada pela regra do Direito Civil:

Sabemos que o direito privado se biparte em dois ramos, o direito civil e o direito comercial. Enquanto aquele se ocupa em regular as relações jurídicas relacionadas à família, à sucessão, ao estado da pessoa e às obrigações sob a ótica individualista, este tem como escopo específico cuidar das relações jurídicas ligadas aos empresários, ou seja, o direito comercial ocupa-se em regular uma atividade, a atividade empresarial. [...] Diante disso, não vemos motivos para deixar de seguir a orientação doutrinária segundo a qual cabe ao direito comercial tão-somente o estudo dos contratos mercantis em suas especificidades, enquanto o direito civil se encarrega do estudo de toda a teoria geral dos contratos, aplicável tanto nesta espécie quanto naquela.

Desta forma, não restam dúvidas de que também aos contratos empresariais se aplicam os novos princípios do direito contratual, dentre eles a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO²⁷

A função social do contrato é princípio que, somado à boa-fé e ao equilíbrio econômico, constitui a tríade principiológica que dá suporte à nova teoria contratual. Guarda relação com as idéias de solidarismo e boa-fé, mas antes de tudo, de dignidade humana e, como se verá, tem o condão de mitigar a rigidez do clássico princípio da relatividade de tal modo que, admite-se, o contrato pode, sim, produzir seus efeitos para além das partes contratantes bem como pode ser afetado por terceiro a ele alheio.

A função social do contrato é também cláusula geral inscrita no artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Como dispositivo aberto que é, e por ter ingressado expressamente no ordenamento jurídico muito recentemente, por meio do Código Civil de 2002, ainda suscita equívocos no que diz com a sua compreensão e, conseqüentemente, com a sua aplicação, de modo que é freqüentemente confundida com a tutela do menos favorecido ou com política assistencial. Não é, ao menos não exclusivamente, a que se presta tal instituto.

2.1 A função no direito

O ser humano, como animal dotado de razão, é o único ser vivo capaz de criar e de alterar a natureza, o ambiente no qual está inserido. Assim sendo, suas criações são motivadas, antes de tudo, pela utilidade. À utilidade se vincula a noção de função.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 150-151) explica que

O anticausalismo, sustentado por Planiol e admitido por Clóvis, entre outros, deveu seu relativo sucesso antes às dificuldades em se fixarem, seja o conceito, seja o papel jurídico da causa, que a qualquer consistência lógica. Há dois significados da palavra “causa” que

²⁷ Assevere-se logo de início que este trabalho adotou a expressão “Função social do contrato”, utilizada por Claudio Luiz Bueno de Godoy, Teresa Negreiros e Rodrigo Garcia da Fonseca nas obras que serviram de base à pesquisa, abandonando outra – “Função social dos contratos” – utilizada por Gerson Luiz Carlos Branco em obra que também integra a bibliografia utilizada, em razão de entender-se que se trata da análise funcional do instituto jurídico contrato, e não do conjunto de todos os possíveis contratos formulados e reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

estão hoje suficientemente esclarecidos [...]; são eles o de causa-motivo (como na expressão “causa ilícita”, que somente pode ser entendida como o “motivo determinante ilícito” [...]) e o de causa-fato jurídico, (*causa efficiens*), como por exemplo, na expressão *causa obligationis*, em que a palavra “causa” equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação. [...] Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio.

Assim, para que se compreenda a função social, pergunta-se antes: o que se entende por função no direito?

A primeira dificuldade que se verifica é a bastante conhecida acerca da conceituação do direito que, enquanto ciência, tem múltiplos objetos. Pode-se dizer que um dos objetos da ciência jurídica é o estudo das formas de regulação da conduta humana. É possível, ainda, referir à produção legislativa, ou ao estudo das leis. De igual sorte, entende-se o termo num sentido subjetivo, como conjunto de prerrogativas individuais.

Os romanos, na dicção de Ulpiano, entendiam que “*jus est ars boni et aequi*”, ou seja, que o direito é a arte do bom e do justo; entendiam o direito como arte, o que mais recentemente passou a ser um problema epistemológico, uma vez que o direito se pretendia ciência.

O trabalho de Hans Kelsen²⁸ foi importantíssimo para o reconhecimento do direito enquanto ciência, contudo, para tal desiderato, foi necessário extrair-lhe toda preocupação de natureza axiológica. Em meados do século XX, Hans Kelsen formula a sua Teoria Pura do Direito dando ênfase à instrumentalidade dessa ciência. Desta forma, os estudos do Direito passaram a ter por norte a sua estrutura normativa, fechada, lógica, formal.

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 social²⁹. Afirmar ele:

²⁸ A participação no Círculo de Viena, a sua Teoria Pura do Direito, revelam a preocupação do jurfilósofo com a questão da cientificidade do direito num momento – início do século XX – em que a verdade só poderia ser conhecida através da ciência.

²⁹ 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,

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)

Com o passar do tempo, e por influência do Positivismo Jurídico, o próprio Direito reduziu-se à norma, e sua função passou a ser, apenas e tão somente, regular a conduta humana. Ao intérprete/aplicador não cabia criar, mas só aplicar a norma. Assim, entendeu-se que as leis, e no sistema de direito codificado, os códigos, contemplavam todas as relações humanas possíveis. A interpretação da norma só era possível por meio de métodos hermenêuticos que afastavam qualquer possibilidade de contaminação do Direito pela subjetividade – e aqui se entenda o conjunto de valores subjetivos – do aplicador/juiz.

Os métodos tradicionais de interpretação da norma são aqueles aprendidos nos primeiros anos do estudo do Direito, ao menos quando da égide do Código Civil de 1916. Em apertada síntese, interpretação literal é a que se faz tomando por base o sentido literal das palavras contidas no texto da lei, sem qualquer conjugação com fatores históricos, sociais ou axiológicos de qualquer natureza; interpretação histórica é a que busca conjugar o sentido das palavras com o momento histórico da elaboração da lei com o fito de extrair-lhe a interpretação mais aproximada da vontade do legislador; interpretação sistemática é a que busca integrar o sentido das palavras ao sistema jurídico no qual está inserido o dispositivo interpretado; interpretação lógica é aquela que busca o sentido do texto legal por meio de “regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral” (MAXIMILIANO, 2000, P. 123).

Como se vê, num sistema jurídico fechado, ao aplicador do direito a interpretação se limita ao texto da lei, e não ao caso em apreço.

Carlos Maximiliano (2000, p. 48) referia que “A tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial”. O mesmo autor lembra, mais adiante,

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.

que Montesquieu atribuía ao juiz a qualidade de *ente inanimado* para referir-se ao fato de ser ele atado ao texto da lei.

É de notar que o mesmo, ainda que por motivo diverso, já ocorrera séculos antes, com a edição do Código Civil Napoleônico, em 1804.

O seu artigo 4º determinava que “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Norberto Bobbio (1995, p. 78-79) bem explica as razões de se ter reduzido o Direito ao Código Civil por obra da Escola da Exegese, contudo, adverte que não era a intenção do legislador, ao dispor o contido no artigo 4º, que toda a interpretação se limitasse à norma. Ao contrário, entende, a partir do pensamento de Portalis e Savigny, que tal dispositivo orientava em sentido oposto, qual seja, o do poder criativo do juiz.

Na verdade, o art. 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa. (BOBBIO, 1995, p. 78)

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, tem-se 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 direito³⁰ diz exatamente com a sua função, o que equivale a perguntar: para que serve o direito? E mais adiante se perguntará, 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 Constitucional 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.

Se, ao curso de aproximadamente dois séculos prevaleceu a função exclusivamente normativa do Direito, as suas diversas funções vêm sendo buscadas pelos juristas. Nesse sentido, alerta Miguel Reale (1995, p. 64-65):

O simples fato de existirem várias acepções da palavra Direito já devia ter suscitado uma pergunta, que, todavia, só recentemente veio a ser formulada, isto é: esses significados fundamentais que, através do tempo, têm sido atribuídos a uma mesma palavra, já não revelam que há aspectos ou elementos complementares na experiência jurídica? Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).

A teoria tridimensionalista proposta por Miguel Reale já na década de 60 encontrou finalmente solo fértil após o advento da Constituição Federal de 1988, de natureza generalista e que pretende a tutela ampla dos mais variados interesses,

³⁰ Bobbio (2007, p. 81) dá conta de que essa preocupação com a funcionalização do direito começa a se externar na década de 70 com a publicação de diversos trabalhos sobre o tema.

públicos e privados, através da eleição da dignidade humana como valor maior para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de tal modo que as cláusulas abertas no ordenamento jurídico são as tais válvulas de segurança que garantem o poder de criação do Direito pelo juiz de que tratava Norberto Bobbio, e permitem ao julgador buscar no próprio ordenamento jurídico os princípios norteadores de todas as relações sociais, inclusive as jurídicas, sejam as contratuais ou existenciais.

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).

2.2 A solidariedade nas relações privadas: a função social no Direito

O princípio da solidariedade é, assim como outros já analisados, decorrente do Estado Constitucional.

Já se mencionou também, aliás, que a evolução da concepção de Estado acompanha, de certo modo, o lema da Revolução Francesa; que ao Estado Liberal correspondia o valor Liberdade, ao Estado Social, o valor Igualdade e, ao Estado Constitucional corresponde, exatamente, o valor Solidariedade.

Há que se ter em conta, entretanto, que a idéia de solidariedade que se reclama não é exclusivamente aquela oriunda dos preceitos cristãos de amor ao próximo que acaba sendo interpretada como caridade ou benevolência do forte em relação ao fraco, do rico em relação ao pobre, do sã em relação ao enfermo. O que se reclama como solidariedade social é a conduta individual, ética, consciente de que o desenvolvimento nacional, apregoado como objetivo da República na Constituição Federal brasileira, só é possível a partir de condutas individuais direcionadas em seu favor.

Também não se confunde, a despeito da analogia feita, com a idéia de fraternidade, que também encerra um conteúdo cristão de respeito ao próximo, mas ainda a idéia de coletividade.

A esse respeito repita-se a feliz síntese de Fábio Konder Comparato (2006, p. 577): “Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade”.

Liberdade e a igualdade são valores de que se valem os indivíduos ao se compararem com os demais. A solidariedade, no entanto, é valor que deve ser perseguido por todos, individualmente, para a consecução do projeto constitucional.

Vale lembrar que a solidariedade não substitui a liberdade ou a igualdade. Ao contrário, somando-se a tais valores e a outros ainda, constituem a própria razão de ser do Estado e o norte a ser perseguido pelos cidadãos.

A Constituição brasileira encerra a idéia de solidariedade em dispositivo singular que determina como objetivo da República – *res publica* – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ocorre que, por mais que se tenha como certo que o móbil da sociedade é a economia de mercado, que dela depende o sucesso do projeto constitucional de desenvolvimento social, não se pode abandonar a idéia de que tudo é construído por e para o ser humano. O homem é um ser social e depende dos demais para a realização de sua existência.

Luís Roberto Barroso (2008, p. 135) resume essa reflexão de modo singular:

A velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, eu também contamina a interpretação do Direito, não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente.

A grande questão contida no excerto é exatamente “para onde?” se pretende avançar.

A resposta está nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal que dispõe sobre os já mencionados fundamentos e objetivos da República, bem como sobre a ordem econômica, e a tarefa de alcançá-los é coletiva.

Assim, poder-se-ia resumir todos os princípios norteadores da sociedade em quatro princípios elementares: liberdade, igualdade, solidariedade e livre iniciativa, salientando que todos decorrem de um único e maior princípio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Adverte Carlyle Popp (2008, p. 217-218) que

A solidariedade constitucional - aqui vista como conteúdo do princípio da boa-fé e externalização da ideia de dignidade da pessoa humana – se constitui em uma determinação superior, de origem constitucional, para um imprescindível abandono da concepção individual e egoísta de contrato, tão

própria do Estado Liberal, mas ainda contemporaneamente defendida por aqueles que continuam a confundir liberdade com arbitrariedade, direito com poder. A relação negocial deve, então, ser solidária, onde haja o efetivo adimplemento do dever de cooperação, tudo albergado pela lealdade enquanto dever anexo. Diga-se, ainda, que não é possível ser solidário senão com relação a algo ou alguém. Solidariedade é um conceito que se desenvolve entre pessoas e não no âmbito interno de cada ser.

O que se pretende salientar é que o princípio da solidariedade projeta seus efeitos por sobre as relações privadas de modo tal que se pode afirmar que estas só podem alcançar o seu fim legítimo se preservada a condição humana de suas partes que devem zelar uma pela dignidade da outra.

Ao tratar do tema da solidariedade, Pietro Perlingieri se refere à idéia de “Igual dignidade social” contida na Constituição italiana, e explica que

Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes. (PERLINGIERI, 2007, p. 37)

Pelo princípio da solidariedade entende-se a necessidade de condutas individuais, particulares, conforme o projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, edificada sobre a dignidade humana e a valorização do trabalho e da livre iniciativa, mas também, e com igual relevo, o dever do Estado de também assim se conduzir, além de fomentar e tutelar tais condutas. Aliás, nesse sentido é o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 114)

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Vale lembrar que o artigo 170 da Constituição Federal assevera, em seu caput, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Significa dizer que, a despeito da eleição por um modelo econômico liberal, individualista – e não o modelo socialista de produção – impõe-se ao agente

econômico o respeito à dignidade humana nas suas diversas faces: como trabalhador, como empreendedor ou como consumidor.

É possível, assim, afirmar que mesmo ao dispor sobre a ordem econômica, previu o constituinte a necessidade de observância do princípio da solidariedade nas relações mercantis ou de consumo. Se, por um lado, há o incentivo à liberdade de iniciativa e ao modo de produção liberal, cuja mola propulsora não se discute, é o lucro, por outro lado exige-se que o comportamento destes agentes não descuide do aspecto existencial envolvido em todas as relações travadas. O lucro, que continua sendo o objetivo do agente econômico, não deve ser colocado em primeiro plano. Só se legitima se observados os princípios constitucionais. Neste sentido, interessante o entendimento de Paulo Nalin (2001, p. 177), para quem o princípio do “solidarismo” surge como “uma ‘terceira via’ entre o individualismo e o socialismo”.

É de ressaltar que o princípio da solidariedade tem força normativa, ou seja, não carece de regulação para que se lhe exija o cumprimento. Integra a cláusula geral de tutela da dignidade humana e deve ser observado em todas as relações jurídicas.

2.3 As funções do contrato: função econômica, função existencial e função social³¹

A teoria contratual clássica, oriunda do direito liberal como se viu, ocupou-se – e se justifica diante do cenário sócio-político da época – da função econômica do contrato, qual seja, a sua face mais evidente: a de instrumento de circulação de riqueza. Isso porque era necessário, ante a necessária delimitação dos poderes do Estado, que se preservasse a propriedade privada e o ambiente de trocas inerente ao modelo liberal.

O direito civil constitucional, oriundo da concepção do Estado Constitucional, reclama, entretanto, que se considere o ser em posição hierarquicamente superior ao ter. A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, elegeu, como valor maior a ser tutelado em todas as relações sociais e jurídicas, a dignidade humana. Desta forma, o contrato enquanto espécie de relação jurídica que é, deve igualmente tomar

³¹ A teoria da tríplice função do contrato vem sendo construída e já se encontra expressa em obra inédita de Carlyle Popp, em vias de publicação, à qual a pesquisadora teve acesso em razão da orientação e, por acompanhar e se filiar às idéias de seu orientador, expõe brevemente.

por princípio a dignidade humana de modo tal que o foco da nova teoria contratual deve estar no contratante, e não só na estrutura e objeto do contrato.

O que se extrai dessa nova ideologia é que o contrato se presta não só à tradicional função econômica inerente à circulação de riquezas que lhe é peculiar, mas a outras funções igualmente importantes nesse novo cenário jurídico que se constrói.

Função Econômica: Essa função evidente, eminentemente econômica do contrato, foi a que balizou a sua compreensão por longos anos.

Enzo Roppo alude ao fato de que o contrato despido de sua veste econômica “resultaria vazia [contrato como formalização jurídica], abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível” (1988, p. 09).

O desenvolvimento do liberalismo econômico, e mais, o sucesso do capitalismo enquanto modelo de geração de riqueza, em oposição ao fracasso do socialismo nesse mesmo sentido³², acabou por colocar o contrato em posição de destaque à medida que é só por meio dele que se desenvolve toda a atividade econômica. Nas palavras de Roppo (1988, p. 11), “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas”.

Rubens Requião (2009, p. 57) evidencia a importância dos contratos para a atividade econômica ao analisar o conceito de empresa de J. X. Carvalho de Mendonça. O autor chama a atenção para o seguinte: “São [...] pressupostos da empresa, para o mestre, os seguintes elementos: a) uma série de negócios do mesmo gênero; b) o emprego de trabalho ou capital, ou de ambos combinados; c) a assunção do risco próprio da organização”.

O próprio conceito clássico de contrato encerra a sua função econômica: acordo de vontades que implica na criação, modificação ou extinção de relações jurídicas patrimoniais. Assim sendo, evidencia-se a sua utilidade para a atividade empresarial.

Não se nega ao contrato, naturalmente, essa sua característica tão própria. Contudo, a considerar o novo paradigma do direito vigente no Estado Constitucional que adota por valor maior a dignidade humana, não se deve considerá-lo de forma isolada, o que importa dizer que o contrato, por mais que se possa considerar como

³² É de John Suart Mill a máxima de que o capitalismo é eficaz na geração de riqueza e ineficaz na sua distribuição ao passo que o socialismo é eficaz na distribuição de riqueza e ineficaz no que respeita à sua geração.

instrumento de circulação de riquezas, seja porque seu objeto é um bem, seja porque é uma prestação de serviço, se presta a uma função existencial que precede a função econômica.

Função existencial: Adam Smith afirmou que o homem é o único animal que barganha. A verdade é que as sociedades como se apresentam atualmente só foram possíveis em razão, entre outros, do desenvolvimento do comércio, ou seja, dessa necessidade humana de superar as suas limitações por meio de trocas dos excedentes produzidos.

O contrato, sem sombra de dúvida, é o instrumento mais apto a regular tais trocas, contudo, há que se ter mente que o motivo da troca é sempre, antes, um desejo humano de ser feliz. Essa felicidade pode estar contida numa nova casa, no oferecimento de conforto aos familiares, na segurança de um atendimento médico de qualidade, numa viagem de férias, na conclusão de um curso superior, enfim, impossível enumerar esses

Bom exemplo é trazido por Heico Kermeester (2010) ao explicar a idéia de maximização dos ganhos individuais, instrumento da ciência econômica largamente utilizado em Análise Econômica do Direito:

If people maximize, *what* do they maximize? Two ‘measuring rods’ are widely used in law and economics. The first is utility, a term referring to the preferences of individuals: the more a particular item is preferred, the higher is by definition the utility that it yields to the individual. Everything can be measured in terms of utility, including for example leisure, love, altruistic feelings, the adherence to norms, and so on. It is even conceivable that someone derives utility from losing his money. What individuals prefer and to which extent they do so, is a matter of personal taste in which economics does not interfere: *de gestibus non est disputandum*³³.

Se a economia não se ocupa das preferências pessoais, o direito deve garantir que estas preferências sejam respeitadas, mormente no ambiente contratual.

³³ Em livre tradução da autora: “Se as pessoas maximizam, o que eles maximizam? Dois critérios de medida são amplamente utilizados em Direito e Economia. O primeiro é a utilidade, um termo que se refere às preferências dos indivíduos: quanto mais um item em particular é o preferido, maior é, por definição, a utilidade que ele gera para o indivíduo. Tudo pode ser medido em termos de utilidade, incluindo, por exemplo, lazer, amor, sentimentos altruístas, a adesão às normas, e assim por diante. É mesmo possível que para alguém a utilidade derive de perder o seu dinheiro. O que as pessoas preferem e em que medida o fazem, é uma questão de gosto pessoal, em que a economia não interfere: *de gestibus non est disputandum*”.

Fato é que o ser humano não é capaz de, individualmente, dar conta de todas as suas necessidades e desejos. A realização da existência humana perpassa pela necessidade de trocar o que se tem demais pelo que excede para o outro.

Veja-se que são os desejos, a busca de uma vida digna e feliz, a força motriz do comportamento econômico do indivíduo.

Nesse sentido é esclarecedora a lição de Carlyle Popp:

A pessoa humana contrata, em essência e na grande maioria dos casos, não para satisfazer uma necessidade econômica, mas sim por uma necessidade de vida, ainda que decorrente de mero deleite. Se a pessoa jurídica contrata essencialmente por uma necessidade econômica, sempre deve anteceder tal negócio jurídico o pressuposto constitucional básico: garantia de uma existência digna àqueles atingidos pela relação jurídica. É a pessoa humana e não o patrimônio o destinatário essencial do ordenamento jurídico³⁴.

Assim, não se pode furtar ao contrato a sua função existencial, ou seja, a condição de ser ele o instrumento de realização da existência digna.

Função social: A idéia de função social do contrato não é nova. A despeito de despontar expressamente na legislação brasileira só em 2002 com a publicação do Código Civil, o tema já era objeto de estudo ao redor do mundo desde o século XIX. É tema que despertou pouco interesse entre os juristas brasileiros se em comparação com a boa-fé.

Está relacionada, como se disse, às idéias de dignidade humana, solidarismo, boa-fé e, naturalmente, às idéias de função social da propriedade.

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, todavia não se pode negar essa terceira função do contrato, qual seja, a de instrumento do desenvolvimento social.

Mas o que é a função social do contrato, e em que medida ela se distingue dos demais princípios contratuais?

2.4 A função social do contrato: conteúdo e alcance

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. Assim, também já se verificou que o contrato se presta a instrumentalizar o desenvolvimento nacional, objetivo da República encartado no artigo 3º da Constituição Federal.

Partindo-se destas premissas, conclui-se logicamente que o contrato não mais se rege por interesses individuais e opostos, mas concorrentes e solidários, porque se espera a cooperação e a reciprocidade na relação.

Esclarecedora é a lição de Paulo Nalin (2001, p. 174): “A idéia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação”.

Também se pode afirmar com segurança que o contrato, ao promover a dignidade humana e a circulação de bens ou serviços, desperta o interesse social. Assim, o comportamento dos contratantes bem como os efeitos do contrato deixam de interessar somente aos envolvidos, para interessar também, e de forma especial, à toda a sociedade.

Não se está dizendo que os contratantes perderam a autonomia de bem estabelecer os seus interesses, mas apenas e tão somente que, a partir da leitura funcionalizada do contrato, espera-se que esta liberdade de estipulação seja exercida dentro de limites razoáveis atinentes, antes, ao arsenal axiológico individual, mas também, impostos pelo projeto constitucional.

A função social do contrato é princípio que, assim como a boa-fé, decorre do princípio da solidariedade, e este, por sua vez, do princípio maior da dignidade humana. Se se fizesse a pergunta “Para que serve o contrato?”, uma resposta adequada poderia ser: 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 do contrato.

O princípio da função social do contrato é, assim, a expressão da socialidade no Direito Privado, mas também, é cláusula geral, ou seja, técnica

³⁴ POPP, Carlyle. **Eficácia externa dos negócios jurídicos**. Artigo que compõe obra organizada por Giovanni Ettore Nanni a ser publicada pela Editora Atlas.

legislativa endereçada ao julgador para que este se valha de critérios axiológicos no julgamento do caso concreto.

Gerson Branco (2009, p. 291-292) esclarece:

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.

Tal cláusula geral está inserida no texto legal no artigo 421 do Código Civil que determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

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. Mais do que isso, poder-se-ia afirmar mesmo que a função social do contrato integra o próprio conceito de liberdade de contratar

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” e da boa-fé. Há liberdade de contratar, todavia tal liberdade há que ser exercida dentro de limites objetivos.

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.

O princípio da função social do contrato, como se disse, vem encartado como cláusula geral no Código Civil de 2002. Cabe salientar, contudo, que o artigo 421 inaugura o Livro dos Contratos, e é seguido por dispositivo que prevê o princípio da boa-fé.

Judith Martins-Costa (2006) observa que a própria estrutura do código denota a importância de tais princípios, e adverte para o fato de que o Código Civil precedente não expressava os princípios norteadores da teoria contratual, o que chama de “silêncio eloqüente”, mas que estes deveriam ser inferidos a partir da interpretação de todo o sistema.

O “silêncio eloqüente” refletiria, assim, a concepção de princípio para a racionalidade jurídica superada, qual seja, a de preceito abstrato.

Tal não ocorre no novo diploma exatamente em razão do novo status normativo dos princípios no ordenamento jurídico. A posição destacada dos princípios da função social e da boa-fé contratual é carregada de simbologia e implica em aceitar-se, ainda, que tais princípios devem ser observados em todas as relações contratuais.

Seja como for, importa ressaltar que a obediência ao princípio da função social do contrato implica em condutas dos contratantes que se operam tanto interna (em razão do vínculo contratual) e reciprocamente (em relação ao outro contratante), como externa (para além do vínculo contratual) e socialmente (em relação a toda a sociedade). Em outras palavras, o princípio da função social exige dos contratantes que se comportem, entre si, de acordo com os ditames da boa-fé, e ambos, em relação um ao outro e à sociedade, de acordo com o princípio da solidariedade.

2.4.1 A liberdade de contratar e a função social do contrato

O princípio da função social do contrato impõe, como se denota da disposição legal, limites à liberdade de contratar.

Antes de tudo há que se compreender o que se entende por liberdade de contratar especialmente no que respeita à distinção em relação ao sentido da expressão liberdade contratual.

É que, uma vez dotado de autonomia, o indivíduo é livre para contratar. Esta liberdade decorrente da autonomia se mostra sob dois aspectos distintos: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Não se trata de mera distinção terminológica, mas mesmo semântica dado que cada uma das expressões é carregada de significados. Pela expressão contida no dispositivo – “liberdade de contratar” – entende-se a liberdade ampla, facultada a cada um dos indivíduos de valer-se do instituto jurídico que é o contrato. Importa dizer que, ainda que não o saiba, ao entabular negociações com outro, já se está a contratar, e tal liberdade parece não sofrer restrições. O que tem limites é exatamente a liberdade contratual, visto que os acordos entabulados só terão a proteção do Direito à medida que estejam conforme o determinado na lei. Assim sendo, a “liberdade contratual” diz respeito à forma de exercício da autonomia privada, da liberdade de estipular, convencionar de acordo com os interesses individuais.

Segundo Arnaldo Wald, há casos mesmo em que a liberdade contratual é suprimida, como no contrato de adesão ou por adesão. Diz ele:

Contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo (WALD, 1962, p. 200)

Neste caso, restaria ao indivíduo apenas a liberdade de contratar ou não contratar, e assim, seria a liberdade de contratar, e não a liberdade contratual, limitada pela função social do contrato.

Prefere-se, contudo, para os fins desta pesquisa, a idéia de Claudia Lima Marques (2005, p. 60-61) para quem a liberdade contratual significa

a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.

O contrato no modelo liberal-burguês de Estado e de Direito, como já visto, demandava ampla liberdade de manifestação da vontade de tal modo que, a vontade livremente manifestada era suficiente ao reconhecimento da força jurígena do pactuado.

Viu-se, ainda, que desde a sua concepção até os dias atuais, o Estado e o Direito passaram por transformações decorrentes dos diversos eventos políticos, sociais e econômicos, especialmente o desenvolvimento industrial e as duas grandes guerras do início do século XX.

Tais eventos proporcionaram profundas alterações tanto na forma de sentir da sociedade, como na complexidade das relações sociais, econômicas e comerciais o que, sem sombra de dúvida, afetou de modo singular o Direito, que não pode se furtar à tarefa de se manter em dia com as necessidades sociais.

Dito isso, conclui-se logicamente que a noção atual de liberdade não mais corresponde à noção da liberdade burguesa dos séculos XVIII-XIX, motivo pelo qual dizer que a liberdade contratual é limitada não importa dizer que o contrato deixou de existir, mas apenas que está adaptado aos seus dias e às atuais necessidades sociais advindas da eleição do projeto constitucional vigente.

Se outrora o conceito de liberdade contratual era amplo e ilimitado, porque derivado da manifestação livre e consciente da vontade, atualmente os mesmos elementos que fizeram ingressar no ordenamento jurídico valores como os da dignidade humana, da solidariedade, da boa-fé, cujos ditames devem ser observados independentemente de norma infraconstitucional posto que são princípios de aplicação imediata, como bem asseverou o próprio constituinte nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal, fazem limitar a liberdade contratual.

Desta forma, ao dizer o legislador que a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, está ele a dizer que a função social do contrato, agora, integra o próprio conceito de liberdade contratual. Em outras palavras: não se reconhece a força jurígena da vontade se a liberdade contratual não estiver conforme o que preceitua a função social do contrato.

Mas o que, afinal, preceitua a função social do contrato?

2.4.2 A função social como limite da liberdade de contratar: o conteúdo interno

Entende-se, de modo muito evidente, que a função social do contrato implica no reconhecimento de que os efeitos deste se produzem para além das partes e, em sentido inverso, os efeitos do contrato podem ser determinados ou alterados por terceiros. É por isso que se diz que a função social do contrato tem o condão de mitigar o princípio da relatividade (*res inter alios acta*) pelo qual se pretendia que os efeitos do contrato se produzissem apenas entre as partes.

De fato este é um dos aspectos que derivam da observância da função social do contrato e que será analisado oportunamente. Porém, tal princípio contratual também opera efeitos internos, ou seja, na relação de um contratante com o outro também se há que observar a função social do contrato.

Assim, as partes contratantes devem levar em conta que o contrato, ao realizar interesses de natureza vária – econômica, existencial e social –, se sobrepõe à vontade individual gerando deveres cuja obediência é de interesse social.

Não se confunde com o princípio da justiça contratual, através do qual se exige o equilíbrio das prestações de modo tal que o contrato pode ser resolvido ou revisto em razão da onerosidade excessiva (lesão e estado de perigo) ou de cláusulas abusivas³⁵. Não apresenta tal grau de socialidade a ponto que se admita que próprio conteúdo do ajuste inter-partes deva obedecer a interesses sociais, mas, sim, que o contrato impõe deveres de prestação de um contratante em relação ao outro de tal forma que a conduta de ambos deve ser dirigida reciprocamente ao favorecimento do interesse individual um do outro.

³⁵ A ressalva se justifica porquanto Rodrigo Garcia da Fonseca (2007, p. 56) assim se manifesta sobre o assunto: “Se faz sentido pensar numa função social do contrato na interface dos contratantes com terceiros, é mais complicado vislumbrá-la na relação jurídica interna, entre os próprios partícipes do contrato, sem a intervenção de nenhum terceiro. Se a relação em questão é apenas entre os contratantes, onde estaria o elemento social? Ainda assim, é nesta relação interna do contrato que muitos autores identificam as principais características da função social do contrato. Nesta linha, seriam manifestações da função social do contrato expressas no novo Código Civil, por exemplo, a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva, a figura do estado de perigo, a reintrodução no ordenamento jurídico do instituto da lesão, ou as normas em torno da boa-fé e da repressão ao abuso de direito, dentre outras”. Naturalmente tal entendimento se deve justificar ao argumento de que a obra é a publicação da dissertação de Mestrado do autor concluída antes de 2005, de modo que as reflexões sobre o instituto da função social do contrato ainda eram embrionárias se comparadas ao atual “estado da arte”.

Nesse sentido, e porque há a tutela da autonomia privada, é que Judith Martins-Costa (2006, p. 237) enumera três grupos de casos a título exemplificativo, em que se verifica a eficácia interna do princípio: (i) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção, (ii) contratos que viabilizam prestações essenciais e (iii) contratos comunitários.

Explica que, em contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção, logo assim contratos relativos ao exercício de atividade empresarial, os contratantes estarão sempre a objetivar interesses sociais – no caso a sociedade empresária e, por meio dela, a sociedade civil – e não interesses particulares. Adverte com acerto, e se valendo das palavras de Eros Grau que, neste caso os contratantes detêm um “poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *munus*” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 238).

A função social do contrato revela sua eficácia interna, ainda, quando o conteúdo do contrato diz respeito a uma prestação essencial. É o que Teresa Negreiros (2006) denomina de “paradigma da essencialidade”.

A idéia é a de que não se pode considerar de maneira equivalente contratos que, embora se ajustem ao mesmo tipo contratual, tenham por objeto prestações de natureza diversa. Em outras palavras, o contrato que tem por objeto uma prestação essencial à existência e dignidade humana deve ter tratamento distinto dos demais.

Ao criticar a tradicional classificação do contrato, Teresa Negreiros (2006, p. 364) adverte para o fato que

[...] além de ser desconsiderado o dado objetivo do contrato, é igualmente desconsiderada a função que o mesmo exerce como instrumento de satisfação de necessidades básicas da pessoa do contratante. Isto significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma jóia e de um remédio é um mesmo e único contrato; o contrato de prestação de serviço essencial, como o serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, *idem*. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não-patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais. São desprezados, portanto, elementos materiais da maior importância social, atendo-se a dogmática a diferenciações que concebem a relação contratual como um vínculo abstrato, estabelecido entre sujeitos abstratamente iguais, com total indiferença pelo bem contratado.

Os contratos de prestação essencial exigem, assim, o dever de um contratante de conhecer e respeitar o relevo que o objeto do contrato tem para o

outro contratante e, a partir disso, conduzir-se de forma a cooperar para a execução do contrato. Assim se verifica a eficácia interna da função social do contrato.

Por fim, e ainda segundo o raciocínio de Judith Martins-Costa, a eficácia interna do contrato se pode verificar nos contratos comunitários. Entende, a autora, que contratos comunitários são aqueles cujo objeto, muito embora interesse individualmente a um dos contratantes, interessa, de maneira equivalente a muitos outros indivíduos, e à sociedade interessa que cada um de seus membros dele se beneficiem. O exemplo esclarecedor é o contrato de fornecimento de energia elétrica.

A energia elétrica é bem de fundamental importância social, refletindo mesmo o aspecto de vida digna tão ressaltado e protegido pela Constituição Federal, contudo, é prestação de serviço que deve ser remunerada. Trata-se, assim, de contrato bilateral, sinalagmático, revestido de todas as características inerentes ao contrato, ainda assim, dada a relevância social do objeto³⁶, as partes nele envolvidas têm deveres que derivam da eficácia interna da função social do contrato.

Observe-se que em todos os casos a validade e eficácia do negócio jurídico estão condicionadas a uma determinada postura do contratante em relação ao outro contratante, e nisso a função social do contrato se aproxima da boa-fé, e igualmente em relação ao próprio conteúdo do contrato.

Desta forma, pelo princípio da função social do contrato em seu aspecto interno, intersubjetivo, exige-se dos contratantes que se conduzam sempre de modo a favorecer o cumprimento do contrato sempre em atitude de cooperação e não de individualismo.

O Desembargador Elcio Trujillo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em voto na apelação cível nº 450.057.4/1-00 se valeu desta idéia para embasar seus argumentos:

[...] se há o interesse na manutenção da compra e o se contrato prevê, em lugar da pura e simples resolução, o pagamento dos valores devidos com encargos decorrentes da mora, na interpretação das regras em prol da solução do conflito, cumpre ao JUIZ, na utilização do novo comando legislativo trazido, aplicar aquela que atende, com menor prejuízo, aos anseios da coletividade pois, em realidade, o contrato, sob o ponto de vista

³⁶ Note-se que não se trata da essencialidade do objeto para uma das partes contratantes, o que pode ocorrer em muitos casos, mas antes da relevância do objeto para a sociedade assim considerada comunitariamente.

econômico, traz conseqüências que extrapolam aos próprios limites de envolvimento das partes signatárias³⁷.

Esclarece, o julgador, que mesmo o interesse particular do contratante e o seu comportamento nos estritos termos do pacto acaba por projetar seus efeitos na sociedade, razão de entender-se que o contrato, relação jurídica de natureza privada, que versa sobre a disposição de bens particulares, tem importância para todo o funcionamento da cadeia econômica de modo tal que exerce importante função social. Desta feita, de admitir-se que aqueles contratos que desvirtuem a lógica do novo regime de direito privado sejam alcançados pelo poder interventor do Estado a fim de conformar-lhes aos preceitos maiores elencados na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

2.4.3 A função social como razão da liberdade de contratar: conteúdo externo

O artigo 421 do Código Civil prevê que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato.

Observe-se, contudo, que o que há não é propriamente uma limitação da liberdade de contratar, mas uma nova interpretação do próprio conteúdo da expressão. Como já visto, a palavra liberdade exprime uma amplitude de ação tal que não condiz com qualquer forma de limitação. Rousseau (1999), em seu Contrato Social, já lançava as bases para a assimilação de que a liberdade, quando em sociedade, nunca é tão ampla visto que, em última análise, encontra óbice na liberdade do outro. O liberalismo, de que tanto se tratou até aqui, em especial o liberalismo econômico, se vale exatamente dessa idéia de liberdade circundada apenas e tão somente pela liberdade alheia para a construção de seu arcabouço teórico.

O Estado Social, por sua vez, prima pela igualdade, mas pela igualdade material e não a formal, que sustentava a teoria liberal. A noção de igualdade material, substancial, aquela que considera igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida de sua desigualdade, já implica na assimilação de um novo conteúdo para a própria idéia de liberdade. Entende-se que a liberdade só se exerce plenamente se e quando levada em consideração as condições inerentes à

³⁷ A íntegra do acórdão encontra-se no Anexo 6.

individualidade do agente, e não a partir da idéia de sujeito sempre-igual. Pessoas diferentes exercem a liberdade de forma diferente, às vezes com a necessidade de intervenção (do Estado) para o pleno exercício.

No Estado Constitucional, que requer a cooperação dos agentes em todas as relações, a liberdade também ganha novas vestes. Só se é livre para atuar, no complexo mundo pós-moderno, dentro das balizas colocadas pelo Estado no interesse da sociedade.

Tal se reflete, naturalmente, na liberdade de contratar. Repita-se que a função social do contrato integra o próprio conceito de “liberdade de contratar”.

Assim sendo, se é certo que esta função social impõe deveres de prestação de um contratante em relação ao outro a partir do reconhecimento de que o contrato, como instrumento de realização pessoa que é, interessa à sociedade, é pelo mesmo motivo que se deve reconhecer que os efeitos do contrato se operam para além das partes contratantes, ou seja, assim como, por meio da função social da propriedade se impõe ao seu titular que atenda a interesses sociais para que a propriedade lhe seja tutelada, também a função social do contrato impõe ao contratante a observância dos efeitos que este produz tanto entre as partes como na sociedade para que ao pacto seja atribuída a força jurídica. Em sentido inverso, é de reconhecer ainda que o contrato pode ser afetado por ato de terceiro.

Por outras palavras, o contrato, ao contrário do que sustentava o princípio da relatividade, pode, sim, produzir efeitos para além do contrato.

Judith Martins-Costa (2006) fala em eficácia transubjetiva. Humberto Theodoro Neto ressalta que “o contrato, como produto da autonomia da vontade³⁸, 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.

É certo que o princípio da função social do contrato não revogou o da relatividade. Acertada a advertência de Theodoro Neto. Os efeitos do contrato, em regra, se operam apenas entre os contratantes, contudo há que se admitir, ainda

³⁸ Cumpre advertir para o fato de que o referido autor não distingue entre “autonomia da vontade” e “autonomia privada”. Entende-se, contudo, em razão da farta argumentação, que ao se referir a “autonomia da vontade” pretendeu imprimir à expressão o significado utilizado nesta dissertação para outra, qual seja, “autonomia privada”.

que excepcionalmente, que, sim, os contratos afetam e são afetados por interesses a ele alheios.

Há, na própria lei civil, casos em que se disciplina exatamente a produção de efeitos dos contratos para terceiros, como ocorre na estipulação em favor terceiro³⁹, na promessa de fato de terceiro⁴⁰ e no contrato com pessoa a declarar⁴¹. 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 608⁴² 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 1991⁴³.

³⁹ Art. 436, CC

⁴⁰ Art. 439, CC

⁴¹ Art. 467, CC

⁴² 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.

⁴³ 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.

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, como a intenção de intervir ilicitamente no contrato, por exemplo, 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).

A conseqüência da inobservância do princípio da função social é a invalidade do negócio que, assim sendo, deixa de produzir seus efeitos a partir da sua declaração.

A título de reforço, cabe refletir sobre as distinções entre os vários princípios contratuais derivados da nova teoria contratual, assim, é bom que se lembre, antes de tudo, que ainda que os novos princípios contratuais se expressem através de cláusulas abertas que possibilitam ao julgador a análise axiológica do caso concreto para a eleição da solução mais justa e harmônica com o ordenamento jurídico pátrio, tal entendimento não rivaliza com a noção de autonomia privada, ou seja, de autonomia da vontade agora mitigada em razão de limites impostos pelo Estado seja no exercício da manifestação da vontade ou, ainda, no exercício da liberdade contratual.

Ademais, também se deve ter muito claro que os novos princípios não revogaram os clássicos. Ao contrário, convivem em harmonia.

Ainda que se diga, de forma didática, que os novos princípios flexibilizam os clássicos, ou os mitigam, em verdade, e numa abordagem mais profunda, verifica-se que a convivência dos novos princípios contratuais permite que se reforcem as idéias de força obrigatória e de relatividade dos contratos, à medida que, atendidos tais princípios as partes se encontram em ambiente favorável às trocas, ou seja, em ambiente seguro e em posição de igualdade, o que só contribui para o exercício da ampla liberdade.

2.5 A função social do contrato empresarial: a liberdade de contratar e o exercício da liberdade de iniciativa

O contrato, como se viu, reveste diversas funções: econômica, social e existencial. Destas, a função econômica tem preponderado ao curso dos últimos séculos especialmente em razão do liberalismo econômico.

O contrato tem se prestado, de maneira essencial, à instrumentalização da atividade econômica.

É de lembrar que a atividade econômica é natural no ser humano e acontece desde as primeiras expressões da vida humana, verificando-se, de modo singelo, mesmo quando uma criança barganha por um presente.

Com isso é bom esclarecer que atividade econômica é toda a atividade humana que envolve trocas, e se envolve troca, é essencial que haja propriedade.

A atividade econômica não é exclusiva das empresas. Pode ser realizada por qualquer indivíduo, em qualquer circunstância que lhe interesse a criação, modificação ou extinção de direitos sobre determinados bens, ou sobre certas atividades, como a prestação de serviços.

Se, de um lado, é garantida ao cidadão a liberdade contratual, integrando esta a idéia de liberdade de contratar, de escolha do parceiro e do conteúdo contratual, bem como de liberdade de disposição das cláusulas contratuais, tudo isso em conexão ao princípio da dignidade humana, de outro, o ordenamento jurídico garante a liberdade de iniciativa. Mais que isso, a liberdade de iniciativa também se encontra na posição de princípio constitucional de mesma grandeza que a dignidade humana.

A liberdade de iniciativa, conforme se analisará, consiste na possibilidade que tem cada um dos cidadãos de lançar-se a uma atividade econômica com o fim de prover a própria subsistência ou de produzir bens ou prestar serviços para o fim de lucrar e enriquecer.

É por isso que os contratos empresariais se destacam no universo de todos os contratos possíveis. Ocorre que a atividade empresarial só é viável através dos contratos.

Na atividade econômica empresarial é imprescindível que os contratos sejam celebrados em um ambiente seguro, porém, a noção de segurança está relacionada à de previsibilidade.

Foram 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 de tais institutos por entenderem que tais dispositivos e a técnica legislativa adotada dão margem ao arbítrio do juiz, que poderá julgar sem o limite da lei.

Sobre este tema é esclarecedora a idéia de Stefano RODOTA:

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, no se sustraen a la posibilidad de una determinación técnica y, por tanto, a una eficacia inmediata⁴⁴. (1986, p. 207)

Significa dizer por primeiro que a liberdade de contratar que se exerce por razões diversas, mas sempre com a finalidade de atendimento a um interesse individual existencial, ainda que econômico, não rivaliza com a liberdade de iniciativa.

Ambas são expressões de um mesmo princípio, qual seja, o da dignidade humana. Assim sendo, sempre que tais princípios entrarem em conflito, haverá o intérprete/aplicador que valer-se da ponderação para a eleição daquele que será tutelado no caso concreto. É certo, contudo, que a realização da existência humana sempre preponderará sobre qualquer outro valor, mesmo sobre o econômico. É a decorrência lógica da ideia de que o novo regime de direito privado privilegia o *ser ao ter*.

Nesta perspectiva, fica evidente que o princípio da função social do contrato deve ser observado mesmo nos contratos empresariais, e tal medida não importa em insegurança jurídica. Ao contrário, a realização de trocas, instrumentalizadas pelos contratos, e favorecidas pela garantia de que a execução contratual dar-se-á sem sobressaltos, sem malícias, em um ambiente de cooperação entre os contratantes é exatamente o que dá o tom do que se tem, atualmente, por segurança jurídica.

A insegurança jurídica no sentido de imprevisibilidade do deslinde contratual pode perfeitamente ser afastada a partir da adoção das novas posturas contratuais propostas por este novo regime do direito privado.

⁴⁴ Em tradução livre da autora: Se observarmos o direito privado, encontramos conceitos como os de bons costumes, boa fé, 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

3 DIREITO E ECONOMIA

Muito se falou até aqui sobre a Constituição Federal, seus princípios e a constitucionalização do direito privado, tudo decorrente da adoção de um modelo de Estado Constitucional, de feições eminentemente sociais.

Não significa, contudo, e isso parece bem evidente, que ao adotar um modelo de Estado Constitucional, a sociedade, em particular a brasileira, tenha adotado um modelo socialista de governo que implica no monopólio estatal dos meios de produção.

Ao contrário, por meio da Constituição Federal em seu título VII, especificamente o seu artigo 170, a sociedade brasileira adota o modelo econômico liberal, que implica, por sua vez, na produção econômica privada. Aliás, e no caso brasileiro, é a própria Constituição, em seu artigo 173, que veda a prática de atividade econômica ao Estado ao disciplinar que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Vigora, então, o capitalismo cujo conceito não é preciso, mas sabe-se que é termo utilizado para designar o liberalismo econômico que, por seu turno, deriva de um modelo de economia de mercado lastreado na idéia liberal do *laissez faire*, ou seja, na idéia de que o mercado, enquanto conjunto de agentes econômicos, se guia por força da concorrência de tal modo que seria desnecessária qualquer regulação externa.

Naturalmente, não é este capitalismo-liberalismo puro o modelo adotado pela Constituição Federal vigente, mas sim um liberalismo mitigado pelas novas realidades sociais e pelo clamor por um humanitarismo político.

Daí a eleição por princípios norteadores da ordem econômica de cunho notadamente humanitário.

O panorama jurídico geral impõe, assim, a regulação do Estado em relação a outros Estados, do Estado em relação aos particulares – empresários e não-empresários -, e entre particulares (empresários, não empresários e empresários e não empresários) sempre tomando a dignidade humana como fundamento e limite de toda ação, sem recusar à atividade econômica a posição de destaque que ocupa na sociedade enquanto geradora de recursos (tributos), bens e serviços, postos de

trabalho, lembrando que por meio dela é que o indivíduo, nesse modelo de Estado e Economia, pode realizar-se plenamente enquanto ser humano.

Percebe-se, assim, que se de um lado o Direito deve contribuir para o funcionamento da Economia – mercado – de outro, o mercado deve contribuir para o desenvolvimento nacional cujas bases estão lançadas na Constituição Federal, ditas pelo Direito. Pode-se dizer, logicamente, que o Direito deve contribuir para o bom funcionamento do Mercado assim como o Mercado deve contribuir para que o Direito alcance a sua função promocional (BOBBIO, 2007). Direito e Economia devem cumprir harmonicamente suas funções neste cenário de Estado.

De uma ótica epistemológica, Direito e Economia são ciências afins uma vez que ambas integram o grande ramo das ciências humanas, também ditas sociais.

Se ao direito incumbe, por objeto de estudo, o comportamento humano e suas formas de regulação, a economia analisa o comportamento humano em ambientes de recursos escassos. Decorre, também de maneira lógica, que a Economia é ciência que auxilia o Direito, especialmente o operador do Direito, na elaboração da regulação da conduta humana já que fornece os meios mais eficazes de previsão de comportamento em resposta a determinados fatores.

Direito e Economia são ciências afins, se disse, mas a proximidade não pode se limitar à sua gênese e objeto. Característica das ciências humanas se comparadas às ciências duras, naturais, é a proximidade do agente cognoscente com o objeto a ser conhecido de modo tal que o agente sempre há de alterar o objeto. Assim, quando se fala em proximidade entre o Direito e a Economia se está a dizer que tais ciências, partindo da possibilidade de alteração do seu objeto de conhecimento que é o comportamento humano, devem estar em profunda sintonia para que os efeitos da sua atuação sejam benéficos à sociedade. Quando essa sintonia não se verifica, e é essa a experiência trazida pelo liberalismo econômico, os danos sociais são de difícil reparação.

Nesse sentido, lembra Frederico Silveira e Silva (2007, p. 74) que:

[...] os direitos econômicos e sociais decorrem da crise vivida, principalmente nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, com o avanço do liberalismo político e econômico no fim do Século XIX que gerou profunda desigualdade social e desrespeito à condição de pessoa humana. Nesta época, o sistema liberal mostrou sua face mais cruel, ao passo em que garantia o grande e rápido acúmulo de riqueza por uma pequena parte de indivíduos em detrimento de uma gama de pessoas que não tinham qualquer meio de defesa frente à opressão vivida.

A fim de minimizar os danos sem a necessidade de abrir mão do modelo liberal de economia, é que surge, no Estado Constitucional, a disciplina da ordem econômica adaptada ao tão festejado projeto social.

3.1 A Constituição Econômica: livre iniciativa e dignidade humana

Viu-se que a moderna Constituição Federal Brasileira se presta a, pelo menos, três finalidades de interesse para o presente trabalho: (i) a organização do Estado brasileiro; (ii) a determinação dos valores que orientam a sociedade brasileira e; (iii) o estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No presente capítulo importa sobremaneira o contido no artigo 170 da Constituição Federal. Trata-se do dispositivo que inaugura o título “Da ordem econômica e financeira”, título este também chamado de Constituição Econômica posto que estabelece o modelo econômico adotado pelo Estado Brasileiro.

Ali se lê que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Ao dispor que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, disse o legislador constituinte que o Estado Brasileiro adota o modelo econômico liberal, ou seja, assentado sobre os institutos da propriedade privada aplicada à produção, do contrato como instrumento de trocas e no lucro como possibilidade de acumulação de riqueza. Contudo, o legislador elencou ainda outros elementos a compor a ordem econômica, quais sejam, a valorização do trabalho, a existência digna e a justiça social.

Com isso, o constituinte limitou o exercício da liberdade de iniciativa de modo a mitigar o que se poderia chamar de efeitos colaterais do liberalismo econômico, ou seja, as diferenças sociais, a sujeição da força laborativa ao poder do capital, a capacidade produtiva diante dos recursos naturais disponíveis, etc.

Tal limitação deriva dessas novas demandas do Estado que, não mais Liberal, deve participar de maneira ativa para que se concretize o projeto constitucional encartado, de modo especial, nos primeiros acordos da Constituição. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2007, p.71):

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático. Trata-se de um fenômeno de modo algum acabado e que começa, apenas agora, a ser explorado.

Importa ressaltar que a Constituição Cidadã possibilitou a compreensão de que, por mais que se admita que esta sociedade, forte na defesa da liberdade, adote o modelo da apropriação dos meios de produção, toda a atividade econômica deve ser voltada à consecução dos valores maiores elencados como objetivos fundamentais da República.

Assim, o presente trabalho não pode furtar-se à análise da conjugação destes valores.

3.1.1 A liberdade de iniciativa e a essencialidade da atividade empresarial

A Constituição Federal de 1988 assenta o Estado brasileiro sobre diversos fundamentos elencados no seu artigo 1º. Dentre os quais se encontra a livre iniciativa.

Por livre iniciativa, ou liberdade de iniciativa, entende-se a proteção à possibilidade dada a todos e a cada um dos cidadãos brasileiros de se lançarem, por meios próprios, ao exercício de uma atividade econômica com finalidade lucrativa.

Miguel Reale (1988, p. A-3) ensina, por liberdade de iniciativa, que está não é senão

[...] a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

É sabido, e não contestado, que o móbil de tal liberdade é o interesse individual pelo lucro, este não repudiado e, diga-se de passagem, legítimo em razão dos riscos assumidos quando da opção pelo exercício da livre iniciativa.

Se, em momentos anteriores, a sociedade, partindo da premissa de uma igualdade formal, considerou que todos os indivíduos, capazes de manifestar a sua

vontade, estavam em condições de, também, exercer plenamente a sua liberdade, e como parte dela, a liberdade de iniciativa, de modo tal que, todos, sem exceção, estariam nas mesmas condições de, valendo-se do seu trabalho, acumular riqueza, tal fato jamais se verificou. Esta verdade se mostrou falaciosa, pois partiu de uma premissa falsa: a de que todos eram iguais.

A não consideração da desigualdade entre os indivíduos opôs duas classes econômicas: burguesia de um lado, pugnando pela manutenção do Estado Liberal e proletariado, de outro, reclamando a justa distribuição de riqueza. Sobre esse embate, o Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* adverte que “O erro capital na questão presente é crer que as duas classes são inimigas natas uma da outra, como se a natureza tivesse armado os ricos e os pobres para se combaterem mutuamente num duelo obstinado”.

O Estado se desenvolve a partir de então para compor estes interesses antagônicos de manutenção do *status quo* e de reforma, até que se chega a um projeto de “capitalismo mitigado”. Lafayete Josué Petter (, p. 162) esclarece:

Superada a dicotomia socialismo-capitalismo na sintética expressão Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), evoluiu-se para um modelo de sociedade liberal e, ao mesmo tempo, social, onde a economia de mercado não tem mais os contornos absolutistas que a identificavam nos primórdios do capitalismo, mas deve estar pautada em vigilante atitude estatal no sentido de preservar a própria liberdade de iniciativa.

A liberdade que se tutela não é a liberdade absoluta, que facilmente se confunde com arbitrariedade e descamba para o abuso de direito. Trata-se de uma liberdade limitada por valores e critérios objetivos que colocam o ser sempre em posição hierarquicamente superior ao ter.

A liberdade de iniciativa, se por um viés representa fundamento do Estado, por outro se mostra ainda como um direito fundamental. É o que se extrai da regra contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Implica, seguindo a linha de raciocínio de Lafayete Petter, dizer que a liberdade de iniciativa impõe ao Estado uma conduta comissiva, positiva, no sentido de proteger e fomentar a atividade econômica para o bem da sociedade, mas

também, em conduta omissiva, negativa, no sentido de não intervir [em] ou obstaculizar esta atividade.

De outro ângulo, é válida a assertiva de que ao agente econômico se faculta a opção pelo exercício da liberdade de iniciativa, mas, optando por tal exercício, também a ele se exigem condutas ora comissivas, ora omissivas. Por conduta comissiva entende-se que o agente econômico deve zelar pelo desenvolvimento e qualidade de sua atividade sempre em obediência à lei, especialmente à Constituição Federal. Por outro, entende-se por conduta omissiva o dever de abster-se de praticar atos lesivos ao mercado, aos demais agentes econômicos, aos colaboradores (empregados, fornecedores), aos consumidores e ao meio ambiente.

Vê-se, assim, que o exercício da liberdade de iniciativa implica para alguns dos cidadãos a assunção de um novo status social, e com ele todas as prerrogativas e responsabilidades que dele derivam.

Aquele que se lança à atividade econômica, ou seja, quem opta pelo exercício da liberdade de iniciativa assume o status de empresário.

A empresa, entendida aqui como o conjunto de capital e trabalho destinados à atividade organizada para a produção de bens e prestação de serviços com finalidade lucrativa, deriva da opção pelo exercício da liberdade de iniciativa de alguém, o empresário ou a sociedade empresária.

O Código Civil, em seu artigo 966, conceitua empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, porém o termo utilizado pelo legislador é demasiadamente amplo, que contém as noções de empresário individual e de sociedade empresária.

Diz-se Empresário Individual àquele que, por meio de recursos próprios, assim como da própria força laborativa, com ou sem o auxílio de colaboradores, se dedica a esta atividade econômica que é a empresa. Por outro lado, sociedade empresária é a abstração jurídica que reconhece, no esforço conjunto de duas ou mais pessoas, personalidade jurídica distinta da de seus sócios e direcionada, exatamente, à atividade de empresa. Neste caso, a atividade só se viabilizará por intermédio da atuação de colaboradores (NEGRÃO, 2010).

Aquele que, porque dotado da liberdade de iniciativa, se lança à atividade empresarial, assume, como se disse, um novo *status* e com ele prerrogativas e responsabilidades. Dentre estas prerrogativas, o móbil de todo empresário: o lucro.

Entende-se por lucro o que excede às despesas envolvidas na produção e que revertem em favor do empresário integrando o seu patrimônio. O lucro é, assim, tanto o objeto mediato da atividade econômica como a paga pelos riscos assumidos na atividade. Significa dizer que o lucro produz riqueza, e como a riqueza é perseguida pelos homens, que seja então perseguida em forma de lucro, já que a atividade econômica é essencial à vida em sociedade. Não há qualquer óbice em que a mola propulsora da atividade econômica seja o interesse individual, egoísta, de enriquecer. Dizer que a liberdade de iniciativa é limitada aos anseios e necessidades sociais não é o mesmo que dizer que o lucro é injusto, imotivado ou ilegítimo. O que se almeja, nesta nova ordem jurídica imposta pela Constituição Federal de 1988, é que a conduta do agente econômico na busca pelo lucro não deixe de considerar que os seus interesses individuais, egoístas, não se sobrepõem a outros tantos interesses individuais e, muito menos, aos interesses sociais.

A liberdade de iniciativa se exerce, então, por meio da empresa, em um ambiente que favorece as trocas. Este ambiente é o mercado.

Considerava-se mercado, em tempos remotos, o espaço físico onde se praticavam os atos de mercancia, ou seja, de troca de excedentes (FORGIONI, 2009). Naturalmente o termo não mais indica um espaço físico, até porque os negócios empresariais tomaram uma dimensão tal que podem mesmo ser praticados por partes que se encontrem em qualquer lugar do globo terrestre, todavia, sendo a atividade empresarial essencial à vida em sociedade, e sendo da essência de tal atividade a troca, seja entre empresários, ou entre empresários e consumidores, o mercado existe não mais como um *locus*. O termo refere-se, modernamente, à própria atividade de trocas que se faz representar pela atividade contratual. Assim, e por outro viés, pode-se afirmar que o termo “mercado” corresponde à intensa atividade contratual que se dá entre empresários, ou entre estes e seus consumidores, para efeitos de produção e circulação de bens ou prestação de serviços, seja para o desenvolvimento da atividade empresarial ou, ainda, para a oferta destes ao destinatário final.

Nesta ordem de coisas, é importante destacar o papel da concorrência para o desenvolvimento econômico e social de um país. É que a partir do momento que diversos agentes econômicos se dedicam a uma mesma atividade empresarial, ou seja, quando concorrem pelo espaço no mercado, a tendência é que se produzam benefícios à sociedade. Tais benefícios respeitam à qualidade, quantidade e preços

dos produtos e serviços à disposição. Partindo dessa premissa de concorrência como mola propulsora do desenvolvimento econômico e social, portanto responsável pela saúde do mercado, é que o constituinte estatuiu, no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A concorrência fomenta o desenvolvimento científico e tecnológico. Com isso, estimula-se ao Estado que invista em educação e pesquisa, além de propiciar, indiretamente, a abertura de diversos postos de trabalho. Não bastasse, a concorrência, ao fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico, acaba por oportunizar o desenvolvimento de novos produtos e serviços de utilidade para os indivíduos em sociedade. Ainda mais, a busca pelo espaço no mercado impõe, por meio da concorrência, a oferta de produtos de qualidade, até porque, se é verdade, como dizem os economistas, que todos os indivíduos agem de modo a maximizar os ganhos individuais, certo é que o destinatário da produção industrial haverá de optar pelo produto que lhe proporcione maior deleite e segurança por um preço menor.

Imagine-se como seriam as sociedades modernas se desde o domínio do fogo, da invenção da roda, do papel ou da pólvora nada mais se tivesse inventado. Viver no pós-moderno mundo da informação é dizer que se vive numa sociedade de uma inquietação tal que o ser humano, criativo que é, não para de transformar o mundo à sua volta.

Não é demais repetir que, ainda que o estopim de tanta criatividade seja o interesse egoísta de criar, se fazer conhecer, enriquecer, o que realmente importa é que a atividade econômica que se exerce por meio da empresa é essencial para o modo de ser das sociedades modernas, lembrando que mesmo as orientais, mais tradicionais e fortemente vinculadas à religião ou as que, num dado momento histórico pretenderam vivenciar a experiência socialista, hodiernamente se rendem à economia de mercado, e essa essencialidade advém do fato de que é através da liberdade de iniciativa que uns realizam a sua existência externando a sua criatividade inventando coisas, outros a realizam organizando a produção e lucrando com ela, outros, por meio da força laborativa empregada na produção e, por fim, alguns realizam a sua existência adquirindo os produtos e serviços colocados à disposição no mercado. Lembre-se que os membros de uma sociedade pode ocupar várias das posições mencionadas, de modo que não há como imaginar a realização

do projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária sem a fundamental participação da empresa. Daí poder-se afirmar com segurança que o empresário não ocupa apenas a função de agente econômico, mas, e com igual relevo, também a de agente social.

Ainda sobre o exercício da liberdade de iniciativa é bom notar que em um panorama de elevados índices de desemprego como ocorre no Brasil, a atividade empresarial por vezes se mostra uma opção viável à manutenção da sobrevivência, motivo a mais para a sua ampla tutela.

Neste aspecto o ordenamento jurídico brasileiro trata de modo distinto, exemplo, aliás, da adoção da igualdade material, as microempresas e empresas de pequeno porte (MARTINS, 2008).

3.1.2 A valorização do trabalho humano

O artigo 170 da Constituição Federal lança, como fundamento da ordem econômica, além da livre iniciativa, a valorização do trabalho humano. O texto é claro em ressaltar o valor do trabalho.

A noção de trabalho envolve a idéia de atividade, ofício, ocupação (MARTINEZ, 2002, p. 30), que pode ser desenvolvida individualmente com a finalidade de provimento da própria subsistência ou de necessidades básicas, como colocado a serviço de terceiro mediante remuneração⁴⁵.

A sabedoria popular ensina que o trabalho enobrece o homem. Há verdade no ditado. Nas sociedades modernas, é precipuamente através do trabalho que o homem provê o seu sustento e se insere na sociedade.

O trabalho dignifica não só por conta da possibilidade que dá ao indivíduo de alimentar a sua família, mas pelo desenvolvimento pessoal que fomenta. O exercício de atividade laborativa requer, no mais das vezes, qualificação, profissionalização, técnica, ou seja, requer do trabalhador dedicação ao aprendizado de um ofício, ao conhecimento em determinado setor, e o conhecimento é instrumento a serviço da liberdade, da autonomia. É através do conhecimento que se exercita a razão.

A Declaração dos Direitos Humanos prevê de maneira expressa que:

⁴⁵ Sobre o tema, ver por todos MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina

Artigo II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Mais adiante assevera: “Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Com base no artigo XXIII da Declaração dos Direitos Humanos, a OIT – Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 122, prescreve:

Article 1. 1. With a view to stimulating economic growth and development, raising levels of living, meeting manpower requirements and overcoming unemployment and underemployment, each Member shall declare and pursue, as a major goal, an active policy designed to promote full, productive and freely chosen employment.

2. The said policy shall aim at ensuring that:

(a) there is work for all who are available for and seeking work;

(b) such work is as productive as possible;

(c) there is freedom of choice of employment and the fullest possible opportunity for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in, a job for which he is well suited, irrespective of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin.

3. The said policy shall take due account of the stage and level of economic development and the mutual relationships between employment objectives and other economic and social objectives, and shall be pursued by methods that are appropriate to national conditions and practices⁴⁶

Além do artigo 170, a Constituição Federal trata do tema em diversos dispositivos, entre eles ao elencar o direito ao trabalho no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XIII) e dos direitos sociais (art. 6º). O que se pode extrair dos tratados internacionais e da Constituição é a expressa proteção ao trabalho, mas mais do que isso, a proteção à livre escolha do trabalho por todos aqueles que estejam disponíveis e à procura de emprego além da proibição de qualquer forma de

⁴⁶ ILO – International Labour Organization. **Convention 122. Employment policy convention, 1964.** Em tradução livre: Artigo 1º 1. Em vista de estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão de obra, e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo Membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido. 2. A mencionada política deverá procurar garantir que: (a) haja trabalho para todas as pessoas disponíveis que procurem trabalho; (b) este trabalho seja o mais produtivo possível; (c) haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar o emprego que lhe convier e de utilizar nesse emprego, suas qualificações assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. 3. Essa política deverá levar em conta o estado e o nível de desenvolvimento econômico assim como a relação entre os objetivos de emprego e outros objetivos econômicos e sociais, e será

discriminação atinente aos critérios de admissão como forma de concretização do projeto constitucional de desenvolvimento nacional.

Tal proteção revela uma política de solidariedade social, nos moldes do que preleciona J. J.Gomes Canotilho:

[...] o direito à segurança social, tal como outros direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõe uma política de solidariedade social. [...] Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política [...] gera, cria e implementa proteções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (CANOTILHO, 2002, p. 482-483).

Como se vê, todo o projeto constitucional é amparado pelos tratados internacionais que o precederam e impulsionado pelas necessidades sociais e pelo contexto sócio-cultural nacional que pretende a proteção da dignidade humana através do respeito ao valor social do trabalho. Não se pode conceber, assim, que a prática mostre situação oposta na qual a dignidade do trabalhador seja aviltada pelo poder económico das empresas.

Ao tratar da responsabilidade social da empresa em relação aos trabalhadores, Eduardo Farah, aludindo à tese de doutoramento de Elisabeth Caldeira aponta para a solução. Diz ele:

Talvez o mais importante pensamento na administração empresarial moderna seja “a construção pessoal da consciência democrática nas relações de trabalho: uma educação social na empresa”, pela qual tanto o empregador e seus delegados como os empregados compreendam suas funções e responsabilidades na organização da empresa como meio, haja vista que a empresa não é um fim em si mesma! (FARAH, 2002, p. 701)

Importa relevar a ideia de empresa como meio, e não como fim. Tal noção dá suporte ao argumento de que, ainda que a atividade empresarial surja de um interesse individual e egoísta, uma vez iniciada só recebe a proteção do Direito se, e somente se, observar os princípios constitucionais que aqui se analisa.

Valorizar o trabalho humano, da perspectiva da ordem económica, importa reconhecer no trabalhador não só um dos fatores de produção que compõe a

empresa – conjunto de capital e trabalho –, mas para além disso, considerar a condição humana do trabalhador.

A justa remuneração, o respeito à jornada de trabalho, as condições do meio ambiente de trabalho, o estímulo à educação continuada, o aproveitamento da mão de obra em caso de mecanização de parque fabril, entre tantas outras atinentes à dignidade do trabalhador, são questões que não podem passar despercebidas pelo empresário sob pena de não se ver amparado pelo ordenamento jurídico.

3.1.3 A existência digna

A despeito da dificuldade em esclarecer o conteúdo da expressão “dignidade da pessoa humana” contida antes de tudo no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal vigente e, adiante, no caput do artigo 170 ao mencionar, o constituinte, que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, a idéia de que a dignidade humana deve nortear toda e qualquer ação, bem como orientar as políticas públicas, não é nova. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inicia sua exposição de motivos a partir da consideração seguinte: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world [...]”⁴⁷.

Primeira consideração que se faz diz com a propriedade da expressão utilizada pelo legislador constituinte, e isso porque se adota no presente trabalho, preferencialmente a expressão “dignidade humana”. Observe-se que a Declaração de Direitos Humanos menciona ‘dignidade inerente a todos os membros da família humana’. Não fala em ‘dignidade da pessoa humana’.

A questão que aqui se levanta é a seguinte: O que, exatamente, quer dizer a expressão ‘dignidade da pessoa humana’? Em outras palavras: o que exatamente pretendeu o legislador ao, na Constituição Federal, estabelecer que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a “dignidade da pessoa humana”?

Ao buscar a etimologia da palavra, encontra-se: “Dignidade sf. 1. Qualidade de digno. 2. Função, título, etc., que confere posição graduada. 3. Honestidade. 4.

⁴⁷ UNO. **Universal delaration of human rights**. 1948. Em livre tradução: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]. Disponível em <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/eng.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2008.

Brio”. Assim, tem-se que dignidade, como qualidade de digno, remete à idéia de uma imagem positiva e respeitosa que alguém tenha de si mesmo. Mas não só. Também se pode considerar dignidade como a imagem positiva e respeitosa que alguém espera que se lhe reconheça pelos demais membros da sociedade. Daí a conclusão de que o termo dignidade encerra em si dois sentidos, um subjetivo e outro objetivo.

Tem-se, assim, e seguindo a linha da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o reconhecimento da dignidade inerente a todo ser humano (“todos os membros da família humana”) – expressão que designa toda a espécie humana – constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Posto de outro modo, se há luta por uma sociedade justa, igualitária e pacífica, há que se reconhecer que todas as pessoas, independentemente da idade, da sanidade física e mental, das crenças e valores que praticam, mas todos os indivíduos da espécie humana, sem exceção, merecem que se lhe reconheça a dignidade.

Parece, assim, que a intenção do legislador ao elencar como fundamento a ‘dignidade da pessoa humana’ foi a de, em sintonia com a Declaração dos Direitos Humanos, dizer que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da dignidade em cada um dos brasileiros, sem exceção de qualquer natureza.

O presente trabalho adotará o uso da expressão dignidade humana como conclusão da seguinte reflexão: existe pessoa não humana? A expressão “dignidade da pessoa humana” não representa um pleonasma?

Deve-se ter em mente que o termo “pessoa” tem sua origem no latim *persona*, que designava a máscara usada por um ator no teatro clássico. Mais tarde passou a designar o papel que cada um dos indivíduos desempenha na sociedade, ou seja, a designar aqueles que agem, que atuam. Ao termo pessoa liga-se, então, a idéia de consciência e racionalidade, mas também de *status* social. Juridicamente distingue-se entre pessoa natural e pessoa jurídica, querendo a primeira expressão indicar os homens, no sentido amplo (e não em função do gênero masculino) da palavra, e a segunda, aquilo que se constitui numa ficção jurídica, ou seja, a personalidade jurídica que se atribui ao resultado da vontade de um indivíduo ou de um grupo deles tendente à consecução de uma finalidade que interessa à sociedade.

Já o termo “humano” remete ao sentido biológico que designa a espécie humana, bem como a um sentido ético, que diz com a forma de agir de cada um dos indivíduos.

Se se utiliza o termo pessoa no sentido ético da palavra, qual seja, o que remete à consciência e racionalidade, associado ao termo humano no sentido biológico, produz-se inevitavelmente um pleonasma. Ora, se pessoa é dotada de racionalidade, então só se pode falar de um humano posto que é a racionalidade que distingue esta espécie dos demais animais.

Mas se se toma a palavra “humano” igualmente no seu sentido ético, então se está a designar alguém dotado de virtudes, de boas qualidades, de bom coração.

Peter Singer, se valendo dos ensinamentos de Joseph Fletcher assim preleciona:

Fletcher fez uma relação daquilo que chama de “indicadores de humanidade”, dentre os quais encontramos: consciência de si, autocontrole, senso de futuro e passado, capacidade de relacionar-se com os outros, preocupação com os outros, comunicação e curiosidade. Este é o sentido do termo que temos em mente quando, querendo elogiar alguém, dizemos que é “um verdadeiro ser humano” ou que demonstra possuir “qualidades verdadeiramente humanas”. Ao fazermos tais afirmações, é evidente que não estamos nos referindo ao fato de a pessoa pertencer à espécie *Homo sapiens*, o que, enquanto fato biológico, raramente se coloca em dúvida; estamos querendo dizer que, caracteristicamente, os seres humanos possuem determinadas qualidades e que a pessoa em questão as possui em alto grau. (SINGER, 2002, p. 96)

Se, então, se associa o termo “pessoa” ao termo “humano” na sua acepção ética, chega-se à conclusão de que pessoa humana é aquela, e somente aquela, que age conforme certos preceitos éticos.

Considerando que uma criança, por exemplo, a depender da idade, não tem consciência de si, não seria ela, então, uma pessoa humana cuja dignidade se lhe devesse reconhecer? Da mesma forma, não merece o reconhecimento da dignidade aquele que perdeu a sanidade mental a ponto de não mais ser dotado de autocontrole?

Certamente o legislador constituinte não quis excluir o devido reconhecimento aos indivíduos que, porventura, se encontrem fora do alcance sentido científico que dota a expressão “pessoa humana” pelo que se entende que a

mens legis, a intenção do legislador deve ter sido a de considerar a “dignidade humana” como fundamento do Estado Democrático de Direito⁴⁸.

Sendo assim, incumbe ressaltar que a ordem econômica e, mais especificamente, a atividade empresarial movida que é, como se analisou, pelo interesse individual do empresário, deve perseguir este fim: a existência digna.

Ingo Sarlet (2010, p.42) auxilia na compreensão do que se espera do empresário ao se estipular a dignidade humana como fim da atividade empresarial:

[...] incensurável [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

Aplicando-se tal noção à seara da atividade empresarial, essencialmente econômica, tem-se que o ser humano é antes o fim de toda atividade econômica e a sua dignidade é o valor maior a ser considerado sempre que estiverem em jogo interesses antagônicos.

Dessa idéia decorre, por exemplo, que a dispensa sem justa causa, até então considerada uma faculdade do empregador, atualmente é repudiada pela justiça trabalhista. O trabalhador não pode ser demitido senão motivadamente, o que não é o mesmo que por justa causa, devendo o empregador demonstrar a necessidade de dispensa para o desenvolvimento da atividade empresarial. Nesse sentido é a Convenção 158 da OIT.

Ainda, por mais que não se reconheça à sociedade empresária dignidade porquanto não é dotada de humanidade, pode-se sem sombra de dúvida argumentar em favor da dignidade dos sócios, assim como do empresário individual, e de todos aqueles que se valem da empresa para a realização de sua existência. Assim, unindo a idéia de empresa como agente social, bem como a de que é por meio da dela que se realiza, em muitos casos, a própria existência humana, a Lei de Falências, por exemplo, tem por princípio a Recuperação da Empresa.

Por fim, no que respeita à existência digna como fim da ordem econômica, é bom salientar que, por princípio (art. 170, V), a relação do empresário com o

⁴⁸ Em sentido contrário, entende Jorge Miranda (1988, p. 170) que a expressão “dignidade da pessoa humana” não constitui um pleonismo, senão a ratificação da idéia de que a dignidade que se pretende tutelar, sem prejuízo da noção de dignidade humana considerada como relativa à dignidade da família humana, é a dignidade inerente a cada um dos indivíduos que compõem esse todo que é a humanidade.

consumidor, representante, em última análise, do homem comum, regulada que é no ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Defesa do Consumidor, impõe à atividade empresarial os deveres de cuidado, de informação, de boa-fé, todos decorrentes do princípio da solidariedade e, assim sendo, do princípio da dignidade humana.

3.1.4 Os ditames da justiça social: a construção de uma sociedade livre justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar social.

A ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social, disse o constituinte. Incumbe compreender o que se entende por justiça social, termo aberto e carregado de significado e valor.

Não há consenso sobre o que está contido na expressão “justiça social”, contudo, ao eleger os objetivos da República, no artigo 3º da Constituição Federal, o próprio constituinte já lançou as bases para que se compreenda tal conteúdo.

É essencialmente no sentido do inciso I do referido dispositivo que se extrai a noção de justiça social: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido mais uma vez o socorro do Mestre:

Essa idéia de Justiça Social encontra-se presente quando a Constituição revela seus objetivos fundamentais em seu art. 3º. Nestas finalidades precípuas percebe-se, claramente, a presença da liberdade de iniciativa, pois não se pode negar que construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passa por um necessário desenvolvimento econômico e este somente pode ser alcançado, de forma democrática, através da liberdade de iniciativa. (POPP, 2008, p. 62)

Note-se que a essência da idéia de justiça social está no princípio da solidariedade que decorre diretamente do princípio da dignidade humana.

A despeito de já se ter tratado do tema em tópico próprio, cabe ressaltar que Frederico Silveira e Silva esclarece o significado de solidariedade destacando que, se outrora estava vinculado às idéias de filantropia e caridade, atualmente

representa a idéia de que “as funções sociais devem ser exercidas com escrúpulo” (SILVA, 2007).

Esclarece, ainda, o autor que “Os direitos da solidariedade, mais simplesmente intitulados de direitos sociais, são, pois, todos os direitos que visam a implementar a igualdade”.

Ainda na Constituição Federal observa-se mesmo a preocupação do legislador em tutelar, sob a epígrafe “Dos Direitos Sociais”, alguns valores visceralmente relacionados à idéia de dignidade e de solidariedade, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados⁴⁹.

Não é demais afirmar, mesmo, que sem eles não há terreno fértil para a vida digna.

Destes, destaca-se a saúde como condição *sine qua non* para a manutenção da vida. Um conceito suficiente para o presente trabalho é o que integra a Constituição da OMS – Organização Mundial de Saúde, de 1948:

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. [...] ⁵⁰.

A idéia de que a saúde não consiste tão somente na ausência de doença, mas num complexo de fatores que levam ao completo bem-estar físico, mental e social transmite a idéia de que a dignidade é requisito para uma vida saudável.

E como reconhecer e preservar a dignidade em cada um dos membros da família humana, membros estes que se encontram em condições distintas, uns com mais dinheiro, saúde, conhecimento, conforto, e outros com menos? A resposta parece estar na solidariedade, na consciência que deve residir em cada um de que estas distinções existem, mas que a grandeza do ser humano supera a todas.

Pode-se, de forma análoga, concluir que a solidariedade deve pautar as relações de trabalho, que é um direito social e a forma mais expressiva de vida digna por possibilitar a manutenção da própria subsistência por força própria. É claro que a assistência social, quando as forças humanas ou as contingências da vida impedem

⁴⁹ Constituição Federal, Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

o exercício da atividade laboral, se impõe como medida última de manutenção da vida, mas a dignidade se conquista com trabalho. E é dever do Estado, sim, mas da mesma forma é dever da empresa enquanto agente social que é, oportunizar trabalho digno.

A este respeito, temos o ensinamento de Lafayette Josué Petter:

No disciplinamento da atividade econômica [...] não se poderá olvidar que o trabalho, direito de todos e dever do Estado, é muito mais do que um *fator de produção*. Diz respeito mesmo à dignidade da pessoa humana, merecendo, por tal razão, ser adequadamente compendiado. [...] Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir à realização de uma vocação do homem. (PETTER, 2005, p. 153)

Importa salientar que o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como a própria dignidade humana⁵¹.

Da mesma forma, são direitos sociais, e bem assim direitos da solidariedade, a moradia, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, previdência social e a assistência aos desamparados.

Como se vê, com o advento da Constituição Cidadã, a solidariedade é valor a pautar as relações humanas como forma de se alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito.

No Direito Público destaca-se, ainda, como expressão da solidariedade nas relações, o Direito Ambiental. O texto constitucional prevê como deveres do poder público e da coletividade a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações⁵².

Incumbe esclarecer que a idéia de destacar, das diversas menções ao princípio ético da solidariedade no texto constitucional, aquele atinente ao Meio Ambiente, decorre do fato de que o meio ambiente, para dizer em linhas bem simples, representa o habitat do animal que é o homem. A sua vida e a sua saúde, aspectos naturais do ser humano, estão absolutamente relacionados ao ambiente.

⁵⁰ WHO. **Constitution**. 1948. Em tradução livre: "A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade [...]" Disponível em http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em 04 de novembro de 2008.

⁵¹ Cf. Art. 1º da Constituição Federal.

⁵² Constituição Federal. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Conforme já se analisou, a saúde é um dos aspectos relacionados à dignidade humana. Daí decorre, logicamente, a idéia de que a dignidade humana está visceralmente conectada à idéia de um meio ambiente equilibrado.

Não se pode olvidar, de maneira análoga, que a atividade econômica, própria da natureza social do homem e mola propulsora da civilização humana, se em tempos remotos se valeu da exploração da natureza de forma desordenada e não consciente, atualmente dispõe de todos os recursos técnico-científicos para conhecer o fato de que tal exploração, se desenfreada, desordenada e não-responsável, não só promoverá a escassez dos recursos naturais, matéria-prima de toda atividade econômica, também acabará por determinar a extinção da própria espécie humana.

A idéia da preservação do meio-ambiente é, antes de tudo, uma medida de sobrevivência, mas não se limita a isso. A preservação do meio-ambiente tem como um dos pressupostos viabilizar que as gerações futuras possam usufruir da natureza, tanto economicamente, a partir da exploração da matéria-prima, como também pelo deleite do convívio com as diversas espécies da fauna e da flora regionais.

É lamentável imaginar um planeta carecedor de recursos hídricos, árido e superaquecido; imaginar um povo cujas crianças não possam interagir com os demais seres vivos, que não conheçam as espécies regionais senão por livros ou estudos arqueológicos.

A determinação constitucional de preservação do meio ambiente, como bem expresso no próprio texto constitucional, objetiva muito mais do que a sobrevivência da espécie humana, mas o respeito às futuras gerações, o respeito a direitos de sujeitos que ainda sequer foram concebidos. Não se trata de um direito eventual deste ou daquele indivíduo, mas de um direito que decorre da consciência de que a espécie humana há de ser mantida, e que os cidadãos vindouros merecem uma vida de qualidade, uma vida digna. Este talvez seja o exemplo maior do exercício da cidadania, do exercício da solidariedade e integra a noção de justiça social.

Se o paradigma social das civilizações primitivas estava ora na magia, ora na natureza, ora na fé, ora no indivíduo, parece que o novo paradigma social reside na consciência do outro, na solidariedade entre os particulares e na solidariedade entre os povos.

Todos estes aspectos, como se disse, dizem respeito à idéia de justiça Social e devem ser objeto da atividade empresarial no exercício da livre iniciativa.

Pensar que a solidariedade pode servir de fundamento às relações de direito privado, lembrando que a presente análise se faz a partir da perspectiva do Direito Brasileiro, pode parecer algo estranho, mesmo a considerar que o novo diploma civil já está em vigor há mais de cinco anos.

A questão que se coloca é exatamente a que diz com a tradição do direito privado, qual seja, aquela relacionada às suas origens liberais.

Ocorre, contudo, que o Código Civil de 2002 reflete as reformas introduzidas pela Constituição Federal de 1988, de modo que não há mais que se falar em separação entre as esferas pública e privada. Tal distinção restou à utilidade didática que apresenta. Fala-se, então, em constitucionalização do direito privado, visto que as relações entre particulares não devem se afastar dos princípios constitucionais vigentes especialmente o princípio da dignidade humana. Essa releitura do direito privado à luz da Constituição Federal e a unificação do Direito Privado revelada pela revogação da primeira parte do Código Comercial de 1850 e a criação do Livro da Empresa no Código Civil de 2002, implica na certeza de que, de fato, os princípios constitucionais, e de modo mais direito, aqueles contidos no artigo 170, se aplicam mesmo às relações empresariais.

A este respeito preleciona a Professora Teresa Negreiros:

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais [...]. (NEGREIROS, 2006, p. 18)

O que se vê é a contaminação do Direito Privado pelos fundamentos constitucionais. Ainda neste diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, P. 185) salienta:

O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir a igualdade de todos perante a lei – igualdade representativa, à época, de significativo avanço social –, posição que era, no entanto,

incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas. Por seu turno, o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social.

O princípio da solidariedade no direito civil se expressa nas cláusulas gerais, ou seja, as portas constitucionais no sistema fechado que é o direito privado. Assim, acerca da propriedade, o § 1º do artigo 1228 do Código Civil determina que

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É a solidariedade, no direito real, que acaba por limitar o exercício das prerrogativas inerentes ao direito de propriedade de modo que se atenda a fins sociais e econômicos, sintonizando o direito privado com os mandamentos constitucionais de modo tal que a idéia de função social da propriedade integra o próprio conceito de propriedade à medida que não se exerce o direito de propriedade senão em obediência à função social.

A propriedade privada é alicerce da atividade econômica, e bem assim, dá suporte ao exercício da livre iniciativa, contudo o artigo 170 da Constituição Federal dispõe como princípio da ordem econômica a função social da propriedade.

Da mesma forma os artigos 421 e 422, que tratam respectivamente da função social do contrato, tema do presente trabalho, e da boa-fé objetiva, limitam o exercício da liberdade de contratar amoldando a vontade aos preceitos constitucionais. De forma análoga à função social da propriedade, pode-se afirmar que a idéia de função social integra o próprio conceito de liberdade de contratar de modo que, ainda que existente, será nulo o contrato que não observe os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido é o ensinamento de Lafayette Josué Petter:

A afirmativa de que o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicável no âmbito das relações privadas, entre os particulares, pode ser também fundamentada na natureza igualitária e na idéia da solidariedade que se encontram associadas a este princípio. Adotada a noção de Direito como sistema [...], fácil notar a relevante função delegada ao princípio da

dignidade da pessoa humana, neste sentido propiciando a necessária visão harmônica, unitária e coerente que se há de extrair do conjunto das normas jurídicas, onde coabitam valores e princípios que emergem da realidade social em que este sistema se insere e da qual, portanto, jamais podem ser desvinculadas, pena de se tornarem incompreensíveis. (PETTER, 2005, p. 173)

O princípio da solidariedade, que informa, desde o advento da Constituição e do Código Civil de 2002, o direito privado, introduz, no que tange à teoria contratual e em razão da proteção à autonomia privada, os três novos princípios, quais sejam, o a boa-fé, a justiça contratual e a função social do contrato. A abordagem destes novos princípios foi objeto dos primeiros capítulos deste trabalho, porém a sua menção aqui se faz necessária para a finalidade de demonstrar que este valor – solidariedade – que deriva diretamente do princípio/valor maior que é a dignidade humana, e notadamente representa o conteúdo ético no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionou alterações na forma de pensar e construir o direito privado. Tal valor vem a conduzir, de uma forma nova e absolutamente diversa da que havia com o antigo sistema, as relações entre os particulares, que doravante devem se sujeitar ao comando constitucional, e bem assim, as relações que envolvem como partes os empresários no exercício da liberdade de iniciativa.

3.2. A essencialidade da atividade empresarial: responsabilidade social

Sociedade e comércio andam juntos desde os primórdios das civilizações modernas. Sabe-se que o homem deixou a vida nômade e a economia de subsistência para dar origem às cidades organizadas em razão de dois fatores básicos: a invenção da escrita e o desenvolvimento do comércio (COULANGES, 2006).

Sobre as origens do comércio, Requião (2009, p. 04) assim preleciona:

Na obra que perdura até nossos dias, expressando o gênio do pensamento helênico – *A República*, de Platão –, o filósofo, ao perquirir a origem da justiça, indaga primeiro das origens do Estado. Precisamente pela impossibilidade em que se encontram os indivíduos de saciarem, com suas próprias aptidões e recursos, todas as suas necessidades, é que são levados a se aproximarem uns dos outros para trocar os produtos excedentes de seu trabalho. O homem, por isso, tende à vida em grupo, constituindo-se em sociedade.

Denota-se a partir daí a relação entre comércio e trabalho. A sociedade somente se configura em razão da especialização do trabalho e do comércio do excedente de produção.

Nos dias atuais, o conceito de comércio, que envolve mediação, lucratividade e profissionalismo, não é suficiente para abarcar todos os meandros da atividade econômica, de tal sorte que surge a idéia de empresa que gera por efeito o deslocamento do foco de atenção do ato de comércio para a atividade econômica, do sujeito – comerciante – para o objeto – produção de bens ou prestação de serviços.

A empresa, tomado o termo na sua acepção econômica, é assim o conjunto organizado de capital e trabalho empregado para a consecução de uma finalidade econômica ou, no dizer de Requião, “uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico” (REQUIÃO, 2009, p. 50).

A idéia de combinação de elementos pessoais e reais destaca a importância das pessoas para a empresa, seja em razão de serem elas, em última instância, as destinatárias dos bens e serviços, seja porquanto é através delas que se desenvolve a atividade econômica.

Ora, se assim é, ainda que se possa argumentar em favor do lucro como razão de ser da empresa, ou seja, do lucro como finalidade última da atividade econômica, não é possível afastar a idéia de que a empresa, mais do que personalidade jurídica titular de direitos e deveres na ordem jurídica, deve ser reconhecida como instituição social. Se, analogamente, a família é o núcleo da sociedade pois é nela que é forjado o indivíduo, destinatário de toda ação política e social, a empresa é o núcleo da economia, pois é através dela que o indivíduo realiza a sua existência, seja através do exercício de uma atividade laborativa, seja pela via da aquisição de bens e serviços. Surge, então, a idéia de responsabilidade social.

Não há um conceito formado sobre o que contém a expressão “responsabilidade social”, contudo a idéia não se confunde com “ação social” no sentido de filantropia. Responsabilidade social não é caridade, mas a obrigação que recai sobre a empresa de atuar no ambiente de negócios “de forma que atinja ou exceda as expectativas éticas, legais e comerciais do ambiente social na qual a empresa se insere” (BUSINESS SOCIAL RESPONSABILITY, 2010).

No mesmo sentido, o brasileiro Instituto Ethos (2010) considera que:

Responsabilidade social empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais

É certo que a empresa surge e se destaca em razão do exercício da liberdade de alguém. Requião preleciona que “Como criação de atividade organizativa do empresário e como fruto de sua idéia, a empresa é necessariamente aferrada à sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento” (REQUIÃO, 2009, p. 50).

Essa é justamente a idéia de liberdade de iniciativa. E é do exercício de tal liberdade que se originam alguns dos problemas do capitalismo, como as desigualdades sociais e a exclusão.

Lafayette Josué Petter assinalou:

Como a atividade econômica tem por fundamento a livre iniciativa, ou seja, a liberdade do agente econômico de trilhar os caminhos que bem lhe aprouverem dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, o exercício desta liberdade sempre e a cada dia surpreende, caracterizando-se o mercado como o mais dinâmico e produtivo dos sistemas econômicos, mas, pelo mesmo motivo, aquele que mais tende a abusar do poder econômico conquistado dentro deste espaço de liberdade. (PETTER, 2005, p. 163)

Considerando tal fato é o Estado chamado a – a despeito da tutela da liberdade de iniciativa e da propriedade privada – intervir, nem que seja para determinar o norte, os objetivos, as finalidades de toda atividade econômica. É neste sentido que o Direito Brasileiro encarta, na Constituição Federal, os princípios da ordem econômica. Diz, como se viu, o caput do artigo 170 que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna. Ora, sendo assim, toda atividade empresarial, seja interna, ou melhor, as relações com os colaboradores, seja externa, relativa aos contratos, aos consumidores e à própria noção de empresa enquanto instituição deve ser lastreada por tais valores.

O papel do Estado a representar os anseios sociais que reclamam da empresa uma nova postura perante os homens está bem encerrado nas palavras de Cristiane Derani (2008, p. 179):

A Ordem Econômica presente na Constituição de 1988 é nitidamente voltada à estabilização econômica, através de atividades conjuntamente desenvolvidas pelo Estado e agentes privados, visando cristalizar bases para o desenvolvimento. Isto revela uma opção jurídica pela orientação global da economia, afastando a idéia do Estado como ator pontual das relações econômicas, prestando o que chamaria de 'socorros emergenciais' àquilo que seria de exclusivo campo dos particulares. É por esta valorização da participação do Estado, que se pode falar de políticas públicas do desenvolvimento, por intermédio das quais ao estado caberia definir diretrizes (policies) capazes de estabelecer uma 'economia planificada', impondo a salvaguarda de fatores que assegurariam uma relação de mercado sustentável a longo prazo. Ao Estado caberia esta visão mais estendida no tempo, impossível de se impor nos relacionamentos imediatistas e particularizados que caracterizam as relações dos agentes na produção capitalista.

A responsabilidade social da empresa decorre exatamente da consciência do empresário acerca dos reflexos de sua iniciativa no cenário social.

A este respeito é a lição de Eduardo Farah (2002, p. 687):

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.

A atividade econômica, quando impregnada de sentido axiológico, é capaz de propiciar o desenvolvimento nacional pela via do desenvolvimento tecnológico, produção e circulação de bens e serviços, aperfeiçoamento profissional e crescimento pessoal que favorece.

No que tange à atividade empresarial parece fora do contexto falar-se em ética, porém, a adequação dos termos empresário/empresa em lugar de comerciante/comércio, ressaltando o homem em detrimento da atividade, nos dá uma noção mais humana, e bem assim, mais afeita às questões éticas. Ora, se a empresa é responsável pela produção e circulação de riquezas, pela abertura de postos de trabalho, o que está intimamente ligado à idéia de dignidade humana, se por diversas vezes sua atividade implica na exploração da natureza, então não há como afastar a idéia de responsabilidade social⁵³.

3.3 Noções elementares de economia

Assim como o Direito, a Economia é uma ciência de difícil conceituação. Apresenta, da mesma forma que aquele, distintos objetos. Trata-se de uma ciência, como as demais chamadas humanas, que sofre a influências dos fatos históricos sociais e políticos e que, por isso mesmo, admite várias concepções, de acordo com a escola que a analisa.

Para o presente trabalho importa dois aspectos da economia: o estudo das formas de acumulação de riqueza e o do comportamento humano diante necessidades infinitas e recursos escassos.

3.3.1 A economia ao longo do tempo: a história das doutrinas econômicas⁵⁴

Para que se compreenda a proximidade do Direito com a economia, e bem assim, as influências desta na organização dos Estados modernos, é bom que se analise, ainda que de maneira superficial, uma vez que o trabalho não comportaria de outra forma, a história das doutrinas econômicas, ou seja, das teorias que buscaram explicar e/ou justificar a origem das riquezas particulares ou da riqueza de um povo.

A história dá conta, como já se disse, que o modelo de sociedade que se adota atualmente só foi possível em razão da invenção da escrita e do desenvolvimento do comércio, o que favoreceu ao surgimento das cidades.

As primeiras sociedades, neste molde, que se tem notícia, são Egito e Mesopotâmia, que a despeito de sua importância histórica não serão objeto de análise no presente trabalho.

Considera-se, brevemente, as sociedades grega e romana, que integraram o que se chama de Antiguidade Clássica. Cabe lembrar que ambas as sociedades eram estratificadas.

Na Grécia, os gentis formavam a classe dominante, os proprietários, detentores de todos os direitos. Já em Roma, apenas aos patrícios se reconheciam

⁵³ Tomada a expressão “responsabilidade social” aqui não no sentido técnico que lhe emprega a ciência jurídica, mas como responsabilidade que tem o empresário ou sociedade empresária em relação aos interesses de toda a sociedade.

⁵⁴ História das doutrinas econômicas é título de uma obra do Professor Paul Hugon que serviu de base à pesquisa do tema do presente capítulo.

direitos de cidadão. Só a eles era dada a propriedade. As duas sociedades, unidas em uma apenas, após a conquista da Grécia pelo Império Romano, embora muito avançadas política e juridicamente, apresentavam como traço característico – e comum às demais sociedades da antiguidade – a religiosidade. A proteção da propriedade, mesmo, decorria de uma necessidade religiosa de culto aos mortos, como ensina Fustel de Coulanges (2001).

O trabalho era realizado pelos escravos, que à época eram destituídos de personalidade, ou seja, não eram considerados pessoas, senão coisas, e assim, eram indignos. O trabalho, tarefa sua, era igualmente indigno. A riqueza derivava da propriedade e da cidadania, ou seja, derivava do nascimento em determinada classe social. A grande honra para o romano consistia em integrar o exército, o que fazia não em troca de remuneração, mas de prestígio social.

Sendo assim, não há que se falar em economia, ou, por outras palavras, ainda que o homem da antiguidade apresentasse um comportamento econômico, até porque é este comportamento que determinará a formação da sociedade, não se pode falar em economia já que não há consciência, ou sequer preocupação a este respeito. Não há produção de excedentes, mas apenas do necessário à subsistência e manutenção da sociedade, e o comércio é ainda bastante primitivo.

É na Idade Média que se encontram os primeiros traços da economia enquanto ciência, e isto porque há uma preocupação em se legitimar a propriedade e tornar digno o trabalho.

A sociedade medieval se organiza em feudos que são grandes propriedades de titularidade do senhor feudal e que se regem por regras próprias. O trabalho é realizado pelos vassallos que, embora homens livres, devem obediência ao proprietário em troca de moradia e proteção. A economia, assim como na Idade Antiga, é de subsistência.

Não há, de início, uma homogeneidade de governo, de modo que o senhor feudal é o ente político que, de fato, tem poder e este poder deriva da sua fortuna que é a sua terra.

Por uma necessidade comercial, relativa às trocas de gêneros de consumo entre os feudos, houve a necessidade de unificação das regras e de centralização do governo, dando origem, assim, às monarquias. Juridicamente, tal organização tomou por base o Direito Canônico, elaborado pela Igreja, ente político bastante influente na época, com base nos estudos do Direito Romano.

A partir do Direito Canônico e dos estudos dos filósofos clássicos e, dentre estes especialmente a obra de Aristóteles, donde emana a idéia de equilíbrio e, assim, de justo preço e justo salário, a concepção de propriedade passa a seguir o princípio da moderação pelo qual se entende que “o homem tem necessidades constantes; para garantir sua satisfação mister se faz, pois, poder apropriar-se dos bens produtivos” (HUGON, 1995, p. 48). Consequência disso, e do reconhecimento da propriedade como direito natural inerente ao homem, é a legitimidade da apropriação de tudo quanto a atividade humana lhe permita adquirir.

Mas a Idade Média impõe ao proprietário deveres que decorrem da propriedade.

Paul Hugon (1995, p. 49) assim se manifesta ao dispor sobre os argumentos de ordem social relativos ao princípio da moderação:

O pensamento medieval é nesse ponto muito elevado. Indica, com bastante precisão, as vantagens econômicas e sociais decorrentes da instituição da propriedade privada. Enumera os efeitos favoráveis, daí advindos, à organização e ao rendimento da produção. Insiste sobre o fato de representar ela um elemento de ordem e de paz social. Descreve-a, judiciosamente, como o quadro apropriado ao perfeito desenvolvimento da dignidade humana. A essência dos argumentos desenvolvidos pelas doutrinas ulteriores, para justificar o interesse de ordem geral, oferecido pelo instituto da propriedade privada, já se encontra exposta nas obras dos autores desta época.

Se a propriedade é legítima em razão dos interesses de ordem social, então se entende, já desde aquele momento histórico, que o exercício do direito de propriedade encontra limites.

Entendem os canonistas que a fortuna cria necessidades supérfluas, o que a moral condena. Demais disso, o reconhecimento da legitimidade da propriedade implica no reconhecimento das diferenças dela advindas e, bem assim, da necessidade de moderação entre o exercício do direito de propriedade – interesse individual – e os interesses sociais.

Além do reconhecimento da legitimidade da propriedade privada, a Idade Média contribui para a dignificação do trabalho. Assim, há plena valorização do trabalho aplicado à produção de bens de utilidade humana. O trabalho agrícola é especialmente reconhecido. O comércio não é visto, ao menos em princípio, com bons olhos. A circulação de riqueza expõe o agente ao manuseio corriqueiro do

dinheiro, o que lhes parece temeroso à medida que predispõe à especulação e ao lucro excessivo.

Os canonistas orientam no sentido de que mesmo essa atividade comporta limites decorrentes do princípio da moderação, ou seja, o comércio não pode gerar lucros usurários, nem tampouco fazer constituir monopólios que minem a liberdade de escolha do consumidor; por outro lado, reconhecem o valor do comércio pelos benefícios percebidos pela sociedade.

A economia obedecia, à época, ao princípio do equilíbrio, que respeita à idéia de justo preço. Justo preço é aquele, conforme entendimento da época, baixo o suficiente para possibilitar o acesso do consumidor, mas alto o suficiente para que o vendedor se interesse em vender e, com isso, possa prover o próprio sustento.

Essa noção se estende ao salário.

O Mercantilismo é doutrina que tem sua origem e evolução aproximadamente entre os anos 1450 e 1750. Tal período é marcado por profundas e importantes transformações sociais que se apresentam sob três aspectos: intelectual, político e geográfico.

Intelectualmente a Era Moderna é marcada pelo movimento renascentista que primava pelo retorno às formas clássicas perfeitas. Assim foi na escultura – deste período datam as obras de Miquelângelo, Rafael, Leonardo da Vinci –, assim foi também na literatura e suas métricas perfeitas. O retorno ao clássico marcou também o desenvolvimento das ciências, que tinham já seus expoentes nos pensadores gregos. Nesta nova era outros pensadores passaram a questionar e explorar a natureza. Criou-se a teoria do Heliocentrismo, a crença de que a Terra era redonda, tudo a estimular a curiosidade humana. A bússola auxiliou no desbravamento dos mares e a partir daí à conquista de novas terras. Nomes como os de Galileu Galilei, Descartes, Francis Bacon representam a ciência na nova era.

Politicamente a sociedade abandonou paulatinamente o regime feudal e passou a uma monarquia centralizada. Como se disse, a unificação do governo na pessoa do monarca foi importante mesmo em prol do desenvolvimento do comércio.

Geograficamente as grandes descobertas ampliaram o mundo conhecido e, com isso, também se ampliaram os recursos dos povos conquistadores.

As mudanças que marcam a Era Moderna podem bem ser comparadas com as profundas transformações pelas quais passam as sociedades nos dias atuais.

Essa possibilidade de comparação fica bem clara nas belas palavras de Paul Hugon (1995, p. 63):

Nestas caravelas que partem para a descoberta de novos mundos, quanta coisa se mistura! Há homens corajosos decididos aos riscos da grande aventura, há a cruz, há a bandeira das nações conquistadoras, há o desejo de riquezas fabulosas. Há tudo isso e há também, acompanhando o homem no seu destino, o sonho que o leva até o fim do oceano, como o eleva hoje aos confins do espaço.

Tais transformações projetaram seus reflexos também no modo de vida e, bem assim, nas relações sociais e, naturalmente, sobre as relações comerciais e econômicas.

Reflexo direto dessas mudanças decorreu das descobertas das minas de ouro e prata na África e América, o que possibilitou que esses metais preciosos se convertessem em unidade de riqueza em substituição à terra.

Com isso, e com a centralização monárquica, uma série de medidas tendentes a evitar a evasão dos metais de seus países, se por um lado fez fomentar a noção de economia nacional, por outro, implicou na restrição dos direitos e liberdades individuais e, com o passar do tempo, mais e mais o Estado, representado pelo monarca (“O Estado sou eu”, Luís XIV), se torna rico, pois arrecada tributos sobre os metais, e detentor de todos os direitos, restando aos súditos tão só os deveres.

O intervencionismo era para todos a brutal expressão do poder arbitrário do Estado, que para si reservava todos os direitos, enquanto impunha aos indivíduos tão somente deveres. Assim, se acentuava, cada vez mais, a oposição existente entre interesses dos indivíduos, de um lado, e o interesse do Estado, de outro. (HUGON, 1995, p. 88)

Não tarda, e as reações ao Mercantilismo vão tomando corpo. Da perspectiva científica, surgem reações contrárias ao caráter artístico da economia; de um ponto de vista liberal, as reações são contra o abusivo intervencionismo do Estado no domínio econômico provado; por fim, da ótica individualista, verifica-se a insurgência à sujeição do indivíduo ao Estado.

Ao final do Mercantilismo, e como frutos dessa reação científica, liberal e individualista, surgem duas escolas do pensamento econômico que acabam por determinar os rumos da economia e, por reflexo, do direito e da sociedade.

Na Inglaterra, entre 1756 e 1778, a Escola Fisiocrática, sob a liderança de François Quesnay que publicou a obra seminal *Tableau Économique*, escola de curta duração, mas cujos elementos são de tal monta que reconhece-se a esta o pioneirismo. É tida por primeira escola do pensamento econômico.

Em França, em 1776, a publicação da obra *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, marca o início da Escola Clássica, cujos preceitos não escapam muito ao proposto pela escola fisiocrática, senão no quanto a supera.

As duas escolas de pensamento formam o que se convencionou chamar de Liberalismo Econômico.

A Escola Fisiocrática, de Quesnay, surge num momento de produção científica intenso, e acaba por introduzir a economia, até então uma disciplina artística, holística, no mundo das ciências. Paul Hugon (2005) lembra que este período é marcado pelo Enciclopedismo, movimento científico e intelectual fomentado no mais por grandes inventos como o balão e a locomotiva a vapor.

O mundo estava em franco desenvolvimento intelectual, científico e social. Naturalmente tais transformações se refletiriam nas relações travadas e, bem assim, na economia. É a partir deste período que comumente se fala em Revolução Industrial. Revolução pois as transformações são tão rápidas e tão profundas que não cabe falar em evolução, mas em revolução.

A escola fisiocrática leva esse nome pois pretende a comparação do funcionamento da sociedade, de uma perspectiva econômica, ao funcionamento de um organismo vivo como o próprio homem, de modo que cada instituição tem a sua função e, sendo assim, cada qual depende da outra para o bom funcionamento do organismo como um todo, no caso, a sociedade. Propõe a propriedade como unidade de medida da riqueza, especialmente a propriedade agrícola. Daí a necessidade de tutela da propriedade privada.

A sociedade, para tal escola de pensamento, estaria dividida em três classes essenciais: a classe produtiva, a dos proprietários e a classe estéril, esta última representada pelos comerciantes, industriais, trabalhadores domésticos e profissionais liberais, responsáveis pela circulação dos bens produzidos pela primeira por meio da propriedade da segunda. Essa forma de organização social garantiria o equilíbrio das relações.

O postulado maior da escola fisiocrática é a ampla liberdade humana para o exercício da atividade econômica seja no que respeita ao exercício ou não de um

trabalho, na possibilidade de conservação/acumulação do produto do trabalho e, por fim, na possibilidade de disposição/alienação do patrimônio⁵⁵.

A escola clássica surge, paralelamente à fisiocrática, francesa, na Inglaterra e a partir dos trabalhos de Adam Smith, especialmente de sua obra “Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações”, mas encontra expoentes também nos trabalhos de Thomas Malthus, David Ricardo e, mais tarde, de John Stuart Mill.

A escola clássica, diferente do que acontecera com a escola fisiocrática, projeta seus preceitos até os dias de hoje sobre a economia e a política ao redor do mundo.

Em sua obra, Adam Smith (1999) propõe que o trabalho é a fonte de toda riqueza e que ao buscar, por força do trabalho e com a proteção ao patrimônio, a satisfação de interesses individuais, os homens alcançariam o interesse geral de bem-estar. São suas palavras:

[...] dirigindo essa indústria – a doméstica – de modo a obter produtos do máximo valor possível, o indivíduo visa apenas ao próprio lucro; aí, como em muitos outros casos, é levado, por mão invisível, à consecução de um objetivo que de modo algum entrava em seus cálculos. [...] Ao buscar a satisfação do seu interesse particular o indivíduo atende freqüentemente ao interesse da sociedade de modo muito mais eficaz do que se pretendesse realmente defendê-lo. (SMITH, 1999, p. 34)

Assim, se o interesse individual, ainda que por vias oblíquas, acaba por coincidir com o interesse geral, o postulado do liberalismo econômico reside na liberdade de deixar fazer, de deixar o homem, agente econômico que é, defender seus interesses sem intervenção externa.

O modelo proposto por Smith para o desafio de atender-se às necessidades infinitas do homem em oposição aos recursos escassos da natureza levaria, anos mais tarde, à globalização econômica. Na verdade, Smith considera que a divisão do trabalho não é uma providência local ou regional, mas mundial. As nações deveriam dividir o produto de seu trabalho já que sem isso umas seriam mais fortes que outras em razão mesmo de sua conformação geográfica, climática e cultural. A divisão mundial do trabalho “requer a existência prévia de duas condições imperativas: a

⁵⁵ A escola fisiocrática propõe, como forma de governo, a monarquia despótica. Não cabe na presente análise, tal abordagem. Sobre o tema, ver por todos HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Atlas.

extensão do mercado e a abundância dos capitais” (HUGON, 2005, p. 106), assim sendo, para que se viabilize, é necessária a liberdade de comércio.

Adam Smith, em reação ao papel do metal precioso na economia, proposto pelo mercantilismo, desenvolve a respeito do papel das diferentes espécies de capital para a intensificação da divisão do trabalho.

Paul Hugon (2005, p. 107) explica:

Os capitais circulantes são necessários para permitir ao empreendedor pagar o salário de seus operários sem ter de esperar que a produção esteja terminada e vendida. Os capitais fixos são necessários à aquisição do instrumental, da maquinaria etc., tudo, enfim, o que Boehm-Bawerk chamará de *capital indireto da produção capitalista*.

Os capitais aumentam, de acordo com a teoria smithiana, em função da poupança, da acumulação da diferença entre o custo da produção e o valor do produzido, ou seja, do lucro. E para que o interesse geral seja alcançado, há que se dar liberdade para que o interesse particular seja perseguido, em outras palavras, há que se dar liberdade à busca incessante pelo lucro.

Ao menos ideologicamente a teoria smithiana é perfeita, pois se orienta no sentido de que cada indivíduo é responsável pelo seu sucesso, seja na realização de seus desejos e de sua existência, seja na acumulação de riqueza, à medida que mais resultados terão aqueles que mais esforços e trabalho empreenderem na consecução de seus interesses particulares e, sendo assim, todos imbuídos do mesmo interesse particular, e trabalhando para tanto, a felicidade da sociedade, o seu bem-estar, estaria naturalmente garantido. Estas, em linhas simples, as idéias contidas no sistema da liberdade natural de Adam Smith.

O que não podia prever eram os efeitos da revolução industrial que se operava enquanto realizava sua obra-prima. A industrialização, entendida esta como a mecanização das atividades industriais, o que acabou por retirar as pessoas dos postos de trabalho criando-se uma massa de marginalizados empobrecidos pela crescente tecnologia; o poder dos capitalistas diante do quadro de miséria e fome que se abatia sobre as cidades; a sujeição do fraco ao poder do forte; o desamparo dos doentes, idosos e mutilados que já não podiam trabalhar; tudo isso não pode ser visto no espaço da vida do maior expoente do liberalismo econômico. Seus

discípulos, contudo, puderam perceber as transformações e, a partir delas, propor as adequações à doutrina, mas a reação logo veio, como se verá⁵⁶.

John Stuart Mill é um dos integrantes mais importantes da Escola Clássica, e isto porque, a despeito de conhecedor e adepto do liberalismo smithiano, dá sua contribuição introduzindo aos preceitos liberais preocupações concernentes à justiça social. A partir de então, e sem abandonar a escola clássica, Stuart Mill (1983) buscará, em sua obra, conciliar os preceitos liberais aos sociais, distinguindo, por exemplo, entre os processos de produção e de distribuição de riqueza. Neste ponto, reconhecerá no socialismo as melhores condições para a distribuição da riqueza, porém a sua ineficiência produtiva; reconhecerá, em sentido inverso, a eficiência do liberalismo na produção de riqueza, e por outro lado, sua incapacidade para a distribuição.

Sua obra situa-se no exato ponto em que se asseveram as críticas ao liberalismo.

Tomando a propriedade privada como o marco referencial do liberalismo econômico, as reações aos efeitos negativos deste surgem ora atacando a própria propriedade privada – as reações socialistas –, ora atacando outros postulados liberais, mas tendendo à preservação da propriedade privada – as reações não socialistas.

Grande contribuição do socialismo para o Direito é o relevo da igualdade. Não a igualdade formal proposta pelos liberais, mas a igualdade material que resulta do reconhecimento de que os indivíduos, na sociedade, são diferentes, mas devem ser protegidos de maneira equivalente.

No que respeita à economia, a igualdade consistiria no acesso aos meios de produção, de repartir-se a produção de acordo com o trabalho, e não com as necessidades.

Outro postulado do socialismo reside na função da propriedade, ou melhor, na hostilidade à propriedade privada. Tal decorre do entendimento que é a propriedade privada a causa da má-produção e da injusta distribuição da riqueza. As propostas surgem ora como limitação da propriedade privada – o coletivismo, que

⁵⁶ Os discípulos de Adam Smith a que se refere o trabalho são Thomas Malthus, David Ricardo e John Stuart Mill. Por não se tratar de um trabalho de Economia, mas sim de Direito, de modo que o que se pretende é lançar apenas a noção elementar das doutrinas econômicas, opta-se por não adentrar ao pensamento destes economistas. Apenas por representar a crítica ao liberalismo

propõe a comunhão dos meios de produção –, ora como supressão da mesma – o comunismo, que pretende a comunhão dos meios de produção assim como dos de consumo.

A liberdade também é alvo de críticas do socialismo em relação ao liberalismo, sobretudo a livre concorrência, porque entendem, ao contrário dos liberais, que auto-regulação não é suficiente à assegurar a melhor produção dos bens nem tampouco a equitativa distribuição. Também atacam a idéia de que ao buscar a consecução do interesse individual, particular, o interesse geral seja espontaneamente atendido.

O socialismo pretende a substituição da idéia de livre concorrência pela de planificação que consiste na organização estabelecida pelo homem dos meios de produção e distribuição da riqueza.

O socialismo é representado por três movimentos importantes: o socialismo espiritualista ou utópico, o socialismo marxista ou científico e o socialismo pós-marxista.

A reação não socialista ao Liberalismo Econômico é representada pelo Intervencionismo. A realidade econômica do início do século XIX em nada confirmava a teoria da liberdade natural de Adam Smith ao passo que o interesse geral não era alcançado simplesmente pela ampla liberdade de consecução dos interesses individuais, deste modo propõe-se o estabelecimento de limites à liberdade, no que tal doutrina se afasta do liberalismo, contudo reconhece a importância da propriedade privada para a consecução dos objetivos sociais, no que se afasta do socialismo. Tal corrente de pensamento se faz presente por meio de dois movimentos: o intervencionismo social do Estado, que reage contra o liberalismo ou, em outras palavras, contra a ampla liberdade, e o intervencionismo nacional, que se volta contra o cosmopolitismo da escola clássica.

Percebe-se assim, historicamente, que as divisões sociais faziam relacionar riqueza com direitos. Vejam-se, a título de exemplo, os gentis, na Grécia, patrícios, em Roma, os senhores feudais no medievo, nobres, na Era Moderna, burgueses e capitalistas em tempos mais próximos.

Porém, a história sempre conheceu a luta dos mais fracos por direitos iguais, ou, ainda em última análise, por direitos de acesso a uma classe mais abastada.

econômico, pela via do socialismo, sem que isso se configurasse em oposição, é que se toma, ainda que de maneira breve, o pensamento do último.

Seja como for, o homem está, desde os primórdios dos tempos, buscando dar conta de suas necessidades mais elementares, como alimento, saúde, segurança, habitação, educação, com os recursos disponíveis.

As necessidades, naturalmente, não são sempre as mesmas, nem tampouco o acesso a elas. Deste modo, não se pode considerar todos os homens como iguais. Se distinguem, mas seu comportamento pode ser tido por equivalente.

Dessa forma, o melhor conceito que aproveita a este trabalho é o que considera Economia como a ciência que tem por objeto o estudo do comportamento humano em um ambiente de recursos escassos, ou seja, pretende a observação dos motivos determinantes das escolhas comportamentais humanas especialmente quando não é possível conseguir tudo o que se quer ou precisa.

Não se abandona, contudo, aquele outro conceito pelo qual se tem a Economia como estudo das formas de acumulação de riqueza.

O que se pretende, de fato, com essa prevalência pelo primeiro conceito, é adequar a economia aos princípios constitucionais que tem como maior deles a dignidade humana.

A relevância do tema para o presente trabalho está no fato de que a gestão corporativa se ampara largamente na economia, de modo tal que da análise das doutrinas econômicas se pode verificar que o Direito, enquanto instituição, tem assegurado o fluxo das relações comerciais. Não significa, contudo, que seja essa a única forma de concretização do projeto constitucional de desenvolvimento nacional, mas sem dúvida reflete o forte apego das empresas ao modelo liberal de mercado e, de certo modo, explica os desencontros que se verifica entre gestão de empresas e ordenamento jurídico, bem como o forte apelo das corporações para o “perigo” da constitucionalização do direito privado e da relativização do contrato, instrumento do exercício da atividade empresarial.

3.3.2 Conceito de economia

Comumente confunde-se o objeto da ciência econômica com o dinheiro e os modos de enriquecimento. Tal confusão não reflete a integralidade do objeto dessa ciência, mas apenas um de seus aspectos.

Para tornar o entendimento mais claro, pode-se utilizar o seguinte exemplo: uma determinada pessoa, para quem recursos financeiros não faltam de tal modo

que pode viajar prá qualquer lugar do mundo, ainda assim terá que escolher entre este ou aquele destino pela impossibilidade física de estar em dois lugares ao meso tempo.

O que essa pessoa leva em conta ao decidir? O que se considera para fins de tomada de decisão é o objeto de estudo da economia. Entenda-se que a expressão recursos escassos não quer representar apenas e tão somente a falta de recursos para todos que deles necessitam, mas também a impossibilidade de valer-se de um recurso pelas mais diversas razões. Há recursos que se tornam escassos pela impossibilidade de domínio de todos eles, o que obriga à escolha.

Ainda valendo-se do exemplo, poder-se-ia imaginar que este viajante há de escolher o lugar mais bonito, ou talvez o mais frio, ou aquele que ofereça mais eventos culturais, ou o lugar mais antigo, ou ainda aquele que tenha um belo litoral, ou talvez prefira o campo. Observa-se que são diversas as razões que levam as pessoas a escolherem como escolhem, e o que é mais interessante é que cada um que se encontre em posição de decisão, decidirá de acordo com o que lhe dá maior prazer, com o que lhe traz mais felicidade ou, em última análise, de acordo com o que lhe seja mais útil.

A ciência econômica fornece elementos que permitem, com um certo grau de certeza, que se preveja como o indivíduo responderá a determinados fatores sociais, jurídicos e econômicos.

Considerando esses elementos apresentados de modo simplório, é possível compreender que tais ferramentas da ciência econômica podem ser aplicadas para a compreensão de uma vasta gama de comportamentos. Veja-se: o que leva alguém a comprar um automóvel da marca A e não da marca B? Por que alguém torce para o time 1 e não para o time 2? Por que certas pessoas preferem a conversa e outras a violência? Por que alguns são mais passivos enquanto outros apaixonados? Por que televisão e não teatro? Ciência a exoterismo? Vegetal a carne?

Todas estas são questões que podem ser respondidas através da Análise Econômica, ou seja, através da utilização das ferramentas da ciência econômica acerca das escolhas em ambientes de recursos escassos.

Da breve análise que se fez da história das doutrinas econômicas se pode extrair a preocupação desta ciência no curso da evolução da sociedade. De início, ainda sem se falar em ciência econômica, alguns pensadores já se dedicavam ao estudo das formas de acumulação de riqueza. Mais tarde, preocuparam-se com a

legitimação da propriedade, lembrando que a terra era, então, a unidade básica de medida da riqueza. A partir do Mercantilismo, o metal se torna a nova unidade de riqueza, e a preocupação continua a ser as formas de acumulação de riqueza. O trabalho de Adam Smith é fundamental para a eleição de uma nova medida de riqueza, o fruto do trabalho – o salário –, assim como lança as bases de uma nova conformação social que acompanha a sociedade até os dias atuais.

O dinheiro, que representa a riqueza, passou, a partir de então, a ser o foco de todas as atenções, e o móbil de toda atividade humana. É certo que, sem ele, nada se realiza, daí a importância do trabalho e da empresa.

Mas a economia, enquanto ciência social que é, volta-se a outras questões além das formas de produção e acumulação e distribuição de riqueza.

A partir das críticas sofridas pelo liberalismo econômico especialmente pelo socialismo, a economia estabelece um novo objeto, qual seja, a relação entre riqueza, pobreza e bem-estar.

Rossetti (2009, p. 47), sobre o assunto, se vale do pensamento de Marshall e assim conceitua a economia:

A economia examina a ação individual e social, em seus aspectos mais estritamente ligados à obtenção e ao uso dos elementos materiais do bem-estar. Assim, de um lado, é um estudo da riqueza; e, de outro, e mais importante, é uma parte do estudo do homem.

É exatamente neste ponto que a Economia e o Direito se aproximam: ambas têm por objeto o estudo do homem. A primeira estuda o comportamento humano em um ambiente de necessidades infinitas e recursos escassos, e a segunda, estuda os modos de regulação do comportamento humano.

3.3.3 Política econômica, ordenamento jurídico e desenvolvimento nacional

Parece, assim, que, se os indivíduos, em sociedade, estão a conduzir-se de modo a buscar, a todo tempo, a realização de sua existência, e para tanto utilizam as trocas; se a necessidade imprime o ritmo da ação, e no intuito de satisfazer as necessidades individuais um homem pode interferir injustamente na esfera de atuação de outro de modo a prejudicar-lhe os interesses, percebe-se que a paz

social depende de um conjunto ordenado de medidas que incentivem o indivíduo a fazer o que se espera e o desestimule da prática de atos lesivos à coletividade.

Eis a conjugação da análise Econômica e Jurídica do comportamento humano.

Entende-se por política econômica o conjunto de medidas administrativas e legislativas tendentes a favorecer a natural atividade econômica humana e, bem assim, o funcionamento do mercado, controlando, contudo, os efeitos de tal atividade.

Rossetti (2009, p. 73-74) ensina que

A formulação e a execução da política econômica envolvem dois processos interdependentes:

A determinação dos principais objetivos (ou fins) que se pretendem alcançar, consistentes com outros fins políticos e sociais.

A escolha dos instrumentos (ou meios) que serão manejados para a consecução dos objetivos determinados.

[...] a política econômica atende a três objetivos básicos: o crescimento, a estabilidade e a equitatividade.

Em linhas gerais explica ainda que o crescimento econômico envolve a melhoria ou expansão dos recursos, a implantação de infra-estrutura que possibilite a utilização de tais recursos, e a adequação da capacidade de financiamento determinante do ritmo de crescimento desejado. A estabilidade econômica consiste em sustentação dos níveis de emprego, a estabilidade do nível geral de preços e o equilíbrio nas transações econômicas internacionais. A equitatividade, por sua vez, implica na distribuição equitativa de renda e riqueza, na redução dos bolsões de pobreza absoluta e na redução do contingente de excluídos do quadro socioeconômico.

Para tanto, são utilizadas várias ferramentas, que incluem medidas fiscais, monetárias e cambiais.

Se o desenvolvimento nacional é um dos objetivos do Estado brasileiro, como firmado no projeto constitucional, as medidas econômicas constituem importante ferramenta para sua consecução.

O desenvolvimento consiste, nas palavras de Amartya Sen (2000, p. 17), em “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”.

O ordenamento jurídico surge, assim, não apenas como a conformação legal destas medidas econômicas. Tem papel fundamental na construção do caminho que levará ao tão festejado bem comum.

É certo, e já se disse, que o Estado brasileiro adotou o modelo econômico capitalista, liberal, mas não descuidou de elencar os objetivos a serem perseguidos pela ordem econômica, contidos no rol do artigo 170 da Constituição Federal.

Sendo assim, optou-se por uma economia de mercado que exige, contudo, de todos os agentes econômicos, condutas compatíveis com os objetivos traçados.

Se, por um lado, há que se deixar o mercado funcionar como forma de realização do desenvolvimento nacional, por outro, há que se atender aos interesses sociais.

Amartya Sen (2000, p. 20-21) lembra que:

A capacidade do mecanismo de mercado de contribuir para o elevado crescimento econômico e o progresso econômico global tem sido ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre desenvolvimento. No entanto, seria um erro ver o mecanismo de mercado apenas como um derivativo. Como observou Adam Smith, a liberdade de troca e transação é ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar.

Ao estabelecer, na Constituição Federal, valores que devem ser prezados pelos agentes econômicos, valores estes que se alastraram pelo ordenamento jurídico chegando aos textos legais ainda que em forma de cláusulas gerais, o legislador constituinte estabeleceu, pela via da cooperação, o caminho a ser trilhado rumo ao desenvolvimento, ao bem-estar geral.

É necessário, a partir de então, fazer-se inserir nas práticas econômicas, e aqui sim se fala especialmente das empresas, e mais especificamente ainda, na prática do contrato empresarial, a ideologia do solidarismo.

A Análise Econômica do Direito, como se verá, é importante ferramenta na demonstração da viabilidade da adoção de nova postura empresarial.

4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EMPRESARIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1 A análise econômica do direito

Percebe-se, a partir dessa breve introdução sobre a ciência econômica que os princípios econômicos são extremamente úteis ao direito, e isso porque, enquanto a economia tem por objeto, entre outros, o estudo do comportamento humano em um ambiente de recursos escassos, um dos objetos da ciência jurídica é o controle do comportamento humano destacando e distinguindo os desejáveis dos não admissíveis.

Assim, ainda que um dado comportamento humano possa ser considerado válido do ponto de vista econômico por ser eficiente de tal modo que o maior ganho individual seja obtido com o menor sacrifício possível, dependendo das ações de que se vale o agente, tal comportamento poderá ser tido por ilegítimo, ilegal ou, ainda, criminoso da perspectiva do Direito.

Pode-se afirmar, assim, que 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).

4.1.1 História da Análise Econômica do Direito

A disciplina da Análise Econômica do Direito encontra seus traços modernos a partir da década de 50 e dos trabalhos de Richard Posner, da Escola de Direito de Chicago, contudo os efeitos dos fenômenos jurídicos sobre o comportamento humano, mormente sobre o comportamento econômico dos indivíduos em sociedade, assim como o reflexo da economia sobre o direito já eram alvo de análise desde o século XVIII.

David Hume, que fora preceptor de Adam Smith, já notara, por volta do ano 1740, essa relação entre Direito e Economia. Sustentava ele que o Direito é um conjunto de convenções que os seres humanos aprenderam a obedecer a fim de tornar a cooperação possível em um mundo de escassez e de perspectivas limitadas (MACKAAY, 2010).

Rousseau (1999), no seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1755, descreve a evolução do homem desde suas primitivas origens terrenas, descrevendo inclusive as origens do comportamento egoísta que, mais tarde, seria descrito no Dilema do Prisioneiro ou na Teoria dos Jogos.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, por volta de 1765 em sua obra-prima *Dei delitti e delle pene*, já percebera que os indivíduos respondem a incentivos de modo que tratou de abordar os efeitos dissuasivos da sanção sobre as condutas humanas.

Adam Smith, como se viu, ao propor o sistema da liberdade natural já em 1776 antevia os efeitos negativos da intervenção do governo no sistema de preços.

Jeremy Bentham, em 1789 na sua *Introdução aos princípios da moral e da legislação* propõe o sistema de dor e prazer pelo qual sustenta que os homens em sociedade estão em busca do prazer ou, quando menos, de evitar a dor. Tal idéia em muito se assemelha à Teoria da Escolha Racional utilizada modernamente pela Análise Econômica do Direito.

Por mais que se encontrem nas obras de tais pensadores traços de uma consciência da interação entre Direito e Economia, a disciplina da Análise Econômica do Direito só toma contornos científicos a partir do século XIX em período que coincide com o da Escola Histórica Alemã.

Porque seu estudo por diversas vezes fora abandonado e retomado, a história da Análise Econômica do Direito é dividida em ondas (MACKAAY, 2010).

A primeira onda, entre 1830 e 1930, tem início com a Escola Histórica Alemã, na Europa, e chega aos Estados Unidos pela Escola Institucional. O problema a que se dedicavam consistia na determinação histórica e funcional da propriedade já que, a seu ver, o direito natural não respondia de modo suficiente. Buscavam, assim, os seus adeptos – entre eles Otto Von Gierke e Rudolf Von Jhering, na Alemanha e Henry Maine na Inglaterra –, desenvolver uma ciência explicativa dos direitos. Sua tese era a de que os direitos foram subordinados a condições econômicas e sociais (MACKAAY, 2010).

A primeira onda da Análise Econômica do Direito entra em declínio, entre outros, por conta da especialização das ciências⁵⁷ e, com isso, a restrição do objeto

⁵⁷ Sociologia, Psicologia, Economia e Direito, cada qual com um objeto distinto de estudo.

de estudo da economia ao mercado. Não bastasse, faltava ao movimento um método adequado. Desaparece por volta de 1930, porém a grande contribuição do movimento assentou-se sobre a importância das instituições como restrições às atividades econômicas.

A segunda onda ocorre entre os anos 1930 e 1983, em várias fases, simultaneamente na Inglaterra, a partir dos trabalhos de Arnold Plant e seu aluno Ronald Coase, e nos Estados Unidos, na Chicago Law School, tendo se desenvolvido largamente neste país, especialmente com a vinda de Ronald Coase para a Escola de Chicago.

Esta universidade registrava como característica a ideologia individualista pela qual entendia a suspeição do governo ao intervir no domínio econômico privado. Como alternativa, confiava, como os liberais antes deles, na auto-regulação do mercado e, superando a noção liberal, confiavam na proteção do mercado à escolha racional.

Esta segunda onda se viabilizou em muito pela transferência do economista Aaron Director para a coordenação da Escola de Direito da Universidade de Chicago. Com a vasta experiência carreada nos anos de magistério de economia, Aaron Director passa a aplicar os princípios econômicos às análises jurídicas. Esta a primeira fase da segunda onda, que se estende de 1930 a 1958.

Este economista desenvolve um trabalho sobre a lei antitruste americana sustentando que o próprio mercado regula a concorrência e que tal lei acaba incentivando uma conduta prejudicial ao funcionamento da economia posto que haviam mais alegações de monopólio para conturbar o mercado do que haviam monopólios de fato. Faz, assim, uma análise econômica da produção legislativa valendo-se de um fato isolado já experimentado para demonstrar o poder preditivo do uso das ferramentas econômicas às análises jurídicas.

Em 1955, Gary Becker aplica com êxito os princípios econômicos aos comportamentos não mercadológicos, como às condutas criminosas, às relações de família, etc.

Este fato inaugura uma nova fase da segunda onda, que se estenderá entre 1958 e 1973. Trata-se da idéia de estender a aplicação dos princípios econômicos às mais diversas áreas do Direito.

Em 1958 Aaron Director funda a Revista de Direito e Economia da Escola de Chicago tendo sido seu primeiro editor, substituído, mais tarde, por Ronald Coase,

que deixou a Inglaterra para estabelecer-se naquela cidade. Coase publica nesta revista artigo no qual sustenta a tese do custo social, ou seja, que o Estado intervém porque os direitos não estão claramente especificados. Se estiverem, as partes podem livremente deles dispor e o resultado será sempre ótimo. Tal tese foi chamada, mais tarde, de Teorema de Coase. Publica ainda sua tese sobre os custos de transação, ou seja, sobre os custos da escolha do parceiro contratual, custos do acordo e custos do controle da execução do contrato.

Outro eminente economista, professor emérito da Universidade da Califórnia, Armen Alchian, publica artigo no qual se vale dos princípios econômicos para a fundamentação do direito de propriedade.

Em 1961 é a vez de Guido Calabresi, então professor da Universidade de Yale, que defende a idéia de que a responsabilidade aquiliana é útil como sistema para induzir cautela em atividades potencialmente lesivas.

A grande maioria dos autores mencionados eram economistas. Havia, no entanto, a necessidade de diálogo com os juristas, ainda bastante resistentes à idéia de que princípios econômicos podiam auxiliar na compreensão e construção do direito.

A partir de 1973 até 1980, a terceira fase da segunda onda consistirá na propagação dos estudos da Análise Econômica do Direito nas escolas jurídicas.

Tal fato foi em muito auxiliado pela iniciativa de Henry Manne de organizar seminários de formação em economia voltados para juristas – advogados, juízes e professores – o que, mais tarde, se transformou no Instituto de Economia para Professores de Direito.

No ano seguinte, dois eventos igualmente importantes: a fundação do Jornal de Estudos Jurídicos e a publicação da obra *Introdução à Análise Econômica do Direito*, de Richard Posner, esta, senão a mais importante obra sobre o assunto, sem dúvida a mais conhecida.

Sendo Posner um jurista e exercendo a magistratura, discorre sobre o imperialismo econômico e sobre a tese da eficiência da common law de uma perspectiva analítica dos efeitos das decisões sobre o mercado.

Este trabalho, inclusive terminologicamente, comoloca a Análise Econômica do Direito em destaque. Ressalte-se que muito se falou até a publicação da obra de Richard Posner em *Direito e Economia – Law and Economics* – ou seja, na necessidade de aproximação do Direito à Economia. A partir de Posner, a expressão

Análise Econômica do Direito – Economic Analysis of Law – se difundirá como representativa de uma disciplina jurídica que visa à tal aproximação.

Em razão da vocação ideológica de Posner, e da importância de seu trabalho, costumou-se associar a Análise Econômica do Direito a uma doutrina neoliberal que pretende o favorecimento das relações de mercado por intermédio das normas jurídicas e das decisões judiciais.

No Brasil tal pensamento se evidencia nas obras de Luciano Timm que frequentemente tratam dos efeitos negativos que as decisões judiciais detonam no mercado. A crítica deste autor consiste basicamente no fato de que as decisões judiciais, enquanto meio de intervenção do Estado no domínio econômico privado, acabam por gerar um comportamento do agente econômico – empresa – prejudicial à economia nacional à medida que elevam-se os juros que são o preço do capital nas operações econômicas, diminuindo-se a possibilidade de acesso dos consumidores aos mais diversos bens de consumo e serviços (TIMM, 2008).

Esta vertente da Análise Econômica do Direito, como dito, é apenas uma das possíveis. Não representa genericamente a disciplina, mas apenas e tão somente uma das suas possíveis aplicações.

O trabalho de Richard Posner sofreu duras críticas no período compreendido entre 1976 e 1983.

Ejan Mackaay (2010) assim narra o episódio:

The critics made more inroads at the end of the decade, when several symposia were held to examine what law and economics had to contribute to the theory of law (Rizzo, 1980a; Hofstra Symposium 1980; Posner, 1981a; Pennock and Chapman, 1982; Cramton, 1983). The debates brought together the best American minds supporting law and economics and those critical of it. Posner defended law and economics against attacks from legal philosophers such as Dworkin and Fried and critical legal studies thinkers such as Horwitz and Kennedy, and friendlier criticism from lawyers in the Yale tradition such as Calabresi and Kronman and Austrian economists such as Rizzo⁵⁸.

⁵⁸ Em tradução livre da autora: “As críticas foram feitas no final da década, quando vários simpósios foram realizados para examinar o que a Análise Econômica do Direito tinha para contribuir com a teoria do direito (Rizzo, 1980a; Hofstra Symposium 1980; Posner, 1981a; Pennock e Chapman, 1982; Cramton, 1983). O debate reuniu os melhores cérebros americanos a apoiar a “law and economics” e os críticos. Posner defendeu a disciplina contra os ataques dos filósofos do direito, como Dworkin e Fried e estudos jurídicos críticos de pensadores como Horwitz e Kennedy, e as mais amigáveis críticas de juristas da tradição de Yale, como Calabresi e Kronman e dos economistas austríacos, como Rizzo”.

As críticas ao trabalho de Posner residiram essencialmente na tese da eficiência. O caso é que se entendeu, àquele tempo, e por ocasião dos debates, que a eficiência não poderia ser tomada como fundamento da distribuição dos direitos – e ali falava-se em direitos de propriedade, alcançando tanto a imóvel quanto a móvel e, por extensão, a própria causa da riqueza e de toda atividade de empresa – já que em todos os casos é possível encontrar-se uma alocação eficiente de recursos⁵⁹.

Este ponto faz derivar outro, de natureza epistemológica, em desfavor da teoria de Posner: se em todos os casos é possível encontrar uma alocação eficiente de recursos que fundamente o direito de propriedade, então a teoria não é falseável, o que a fulmina de morte ao menos cientificamente falando. A eficiência, assim, não é um critério estável sobre o qual se pudesse firmar toda uma teoria.

Ademais, a tese da eficiência, em função de seu caráter a-histórico e conforme os seus críticos, não se coadunava com o caráter evolutivo do Direito. Assim, “a solution considered satisfactory yesterday may no longer seem so today” (MACKAAY, 2010).

Os economistas austríacos, por seu turno, preocuparam-se com a questão da subjetividade de valores, ou seja, com a questão das preferências. Se o juiz deverá estar a todo o tempo a sopesar os ganhos e as perdas, seria necessário que se pudesse objetivar estes ganhos e perdas. Se, no entanto, as preferências são distintas, e a escolha, assim, depende de um conjunto de valores subjetivos, a tese da eficiência rui.

Outras críticas sofridas, conta Mackaay (2010), dizem respeito à origem da lógica da eficiência. A idéia de Posner, em seu trabalho, foi a de sustentar que os valores do liberalismo, do *laissez-faire*, bastavam para a criação de regras justas, lembrando sempre que nos países de tradição jurídica anglo-saxônica, como os Estados Unidos, o direito se constrói essencialmente numa vertical ascendente, ou seja, dos fatos à norma que é representada, basicamente, pela jurisprudência, pelos precedentes. Daí a idéia de que, ao acolher, no exercício da jurisdição, os valores liberais, a auto-regulação do mercado levaria, invariavelmente, à eficiência e, porque não dizer, à justiça.

Ocorre, contudo, que a lógica da eficiência hoje, e por conta mesmo dos efeitos nocivos percebidos pelo desenvolvimento do Liberalismo seja na economia,

⁵⁹ Teoria da circularidade.

no Direito, ou na política, deve levar em consideração os valores sociais como a dignidade humana, por exemplo, que é valor reconhecido por todos os ordenamentos jurídicos de cultura ocidental, ao menos. Nos países de orientação romano-germânica, como é o caso do Brasil, a civil law impõe, ainda, a observância de outros valores que, como se viu, derivam da dignidade humana, assim como o solidarismo, a boa-fé e a função social, entre outros. A eficiência, nestes países, não será aferível genericamente, senão particularmente, por meio da sensibilidade do magistrado no trato do caso concreto.

Desta para uma última consideração crítica o salto é natural. O que se busca quando se vai ao Judiciário é a redistribuição dos direitos que, por algum motivo, como bem salientou Ronald Coase em seu teorema, não ocorreu como deveria pelos organismos estatais competentes – Poderes Legislativo e Executivo. Quem busca o Poder Judiciário está em busca de Justiça, e a Justiça nem sempre anda de mãos dadas com a eficiência. O Direito não pode se furtar a tais questões.

De 1983 para cá muito se estudou sobre Análise Econômica do Direito, e muito em função da obra de Richard Posner.

A adaptação aos países de tradição romano-germânica também foi objeto de estudo e fez produzir diversas obras destacando-se o trabalho dos juristas alemães, franceses, canadenses, italianos, e latino-americanos de uma maneira geral.

É certo que, a despeito das críticas sofridas, o trabalho de Richard Posner é essencial para a compreensão de que, em uma sociedade complexa como a que se vive atualmente, especialmente em razão da eleição do modelo econômico capitalista, se por um lado não basta deixar fazer, como querem os liberais radicais, já que isso, como a história já demonstrou, pode ser bastante nocivo aos interesses da sociedade, por outro, e dada a importância da atividade econômica para o bem-estar social, há que se buscar o meio mais eficiente, já que o liberalismo econômico, ao contrário do que pretendia Adam Smith, não foi capaz de fazê-lo, de equilibrar o interesse particular, especialmente o interesse da empresa, com o interesse geral.

Parece, assim, que a Análise Econômica do Direito é uma ferramenta bastante útil ao jurista nesse mister dar concretude – afastando-se uma potencial utopia – a projetos constitucionais comprometidos com os valores da dignidade humana e do solidarismo, como o brasileiro.

4.1.2 Metodologia da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito enquanto disciplina jurídica oferece um método de estudo do Direito que auxilia na compreensão da razão de ser do comportamento dos indivíduos em reação à norma jurídica.

Os juristas estão acostumados a estudar a norma a partir da investigação de seu conteúdo e alcance. Significa dizer que a partir da redução da concepção de Direito à norma, o estudo acabou por reduzir-se às estruturas normativas.

O jurista vem aprendendo, desde o advento do Código Napoleônico e depois dele, com a Escola da Exegese, e mais tarde ainda, com os trabalhos de Hans Kelsen, a analisar a estrutura normativa. Assim sendo, voltam-se as atenções para conceitos, natureza jurídicas dos mais diversos institutos com a finalidade de determinar-se qual o regime jurídico aplicável a esta ou aquela situação de fato; estuda-se a classificação dos bens, das obrigações, dos contratos, enfim... a análise do jurista tem sido voltada para dentro do próprio Direito como se fosse um sistema autônomo, a-histórico e desconectado da própria sociedade que visa regular.

A ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal demanda do jurista novas habilidades. O Direito deve ser arejado, revitalizado, integrado à sociedade e às suas necessidades.

A análise econômica do direito pode se traduzir no método adequado para tal finalidade.

Os juristas, por seu turno, investigam os custos e benefícios gerados pela norma no comportamento do agente.

Assim sendo, através da Análise Econômica do Direito o que se busca investigar, conforme ensina Ejan Mackaay (2000, p. 27-30), é a estrutura de incentivos e a razão de ser das instituições. A disciplina contribui, ainda, para introduzir a idéia de custos de transação, possibilitar a realização de uma análise empírica (já que a economia pretende fornecer instrumentos preditivos do comportamento humano) e ampliar as habilidades do jurista no trato das relações econômicas mercadológicas ou não-mercadológicas.

Por estrutura de incentivos entende-se algo muito próximo do que Bobbio (2007) apresenta em seu “Da estrutura à função”: as pessoas respondem a incentivos e estes incentivos as levam a conduzir-se de maneira positiva ou

negativa, ao menos do ponto de vista jurídico. No Direito dos países de tradição romano-germânica, estes incentivos podem ser representados pela norma jurídica.

Mackaay (2000, p. 27) afirma que:

L'analyse économique part de l'idée que les règles entraînent des coûts pour les intéressés et qu'un changement de règle les incitera à modifier leur comportement de manière à réduire l'incidence de ces coûts. Il convient alors de déterminer comment les personnes touchées réagiront devant telle règle et devant son contraire⁶⁰.

O Código de Defesa do Consumidor, publicado a aproximadamente vinte anos em sintonia com a Constituição Cidadã, possibilitou a revisão de contratos, entre outros, em razão de cláusulas abusivas. No começo de 2010 a imprensa tornou pública prática das instituições financeiras que passaram a consultar os registros do Poder Judiciário e a negar o crédito a todos aqueles que, valendo-se do ordenamento jurídico, buscaram a defesa de seus interesses pela via da revisão contratual. A negativa de crédito se estende mesmo aos advogados que postulam interesses de seus clientes. O argumento é o de que agem, as instituições financeiras, conforme o Direito já que os registros são públicos e o ordenamento jurídico garante a liberdade contratual, que como se disse, envolve a liberdade de escolher o parceiro contratual⁶¹.

O dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva, assim como os que decorrem da aplicação dos princípios constitucionais na esfera do domínio econômico privado, importa em custos aos destinatários da norma. É de prever-se que a conduta destes agentes tenderá a buscar alternativas que visem à redução destes custos.

A razão de ser das instituições também é objeto da análise econômica do direito.

É exatamente neste ponto, como se verá, que a análise econômica do direito interessa à compreensão da função social do contrato.

As instituições surgem para atender às necessidades ou aos desejos dos homens. A família, a propriedade, a empresa, o contrato, todas são instituições a serviço da sociedade, ou seja, de cada um e de todos os indivíduos e sua cultura

⁶⁰ Em tradução livre: "A análise econômica parte da idéia de que as regras acarretam custos aos seus destinatários e que uma mudança de regra os incentivará a modificar seu comportamento de modo a reduzir a incidência destes custos. É conveniente, então, determinar-se como as pessoas reagirão a partir desta regra ou de seu oposto".

que constituem o que se chama de sociedade. Estas e outras instituições não existem em si, mas apenas em relação aos interesses humanos.

A compreensão da razão de ser das instituições pode fazer surgir um sistema de cautela – o que se vem denominando de cooperação ao longo do trabalho – por meio do qual o ordenamento jurídico enquanto sistema de incentivos conduzirá os destinatários da norma à adoção de condutas cujo potencial lesivo à sociedade, ou mesmo ao outro contratante, seja o menor possível visto que, assim sendo, o custo da obediência à lei seja menor do que o custo da sua inobservância.

É como bem assevera o Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da apelação 70009563065:

[...] as indenizações que estão sendo fixadas pelo Poder Judiciário estão 'valendo a pena' para que essas instituições⁶² continuem violando os direitos dos consumidores. Por outras palavras, os lucros e vantagens obtidos com as violações de direitos são maiores e, portanto, compensadores, diante das baixas indenizações fixadas⁶³.

A desobediência aos novos princípios contratuais, por exemplo, sempre reverterá em prejuízo a um dos contratantes. A indenização deverá ser fixada em patamar tal que sirva de incentivo à adoção de um novo comportamento por parte do contratante ofensor.

Esta análise de custos e benefícios que derivam das escolhas humanas, mas especialmente, para os rumos do trabalho, do exercício da liberdade contratual é o que se denomina de custos de transação, noção importante para o jurista, aplicador do Direito.

Além do mais, os postulados econômicos permitem certa previsibilidade de condutas, o que contribui sobremaneira para a segurança jurídica das relações.

Assim como é possível falar-se em economia positiva que é a abordagem econômica que “trata a realidade como ela é” (ROSSETTI, 2003, p. 65), e economia normativa, ou seja, a abordagem do que deve ser a realidade, também é possível falar-se em AED positiva e AED normativa.

⁶¹ Notícia veiculada pela imprensa no final do mês de maio de 2010.

⁶² Refere-se às empresas operadoras de telefonia.

⁶³ A assertiva integra o texto do acórdão prolatado pela Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação nº 70026146019, da lavra do Des. Rel. Glênio José Wasserstein Hekman. Íntegra do Acórdão no Anexo 5.

AED positiva, explica Gico Junior (2009), analisa o que é a norma jurídica e quais as conseqüências prováveis da adoção de uma determinada norma. Opera uma abordagem descritiva/explicativa muito próxima do que o jurista está acostumado, com a diferença de fornecer resultados preditivos.

A AED normativa é útil à análise da eficiência da escolha de determinada norma para aplicação ao caso concreto.

O conhecimento que deriva do estudo econômico proporcionado pela Análise Econômica do Direito auxilia o jurista na compreensão, na elaboração e na aplicação da norma jurídica. De um lado, a evitar que a norma, seja ela extraída da lei ou do princípio, ou a sentença venham a produzir efeitos negativos no funcionamento do mercado afetando, assim, de um modo geral, os interesses individuais de empresas e de consumidores; de outro, fomentando condutas que favoreçam tais relações jurídicas e econômicas.

4.1.3 Postulados da Análise Econômica do Direito e a utilidade para o jurista

A Análise Econômica do Direito se vale das ferramentas ou postulados econômicos para a análise das instituições jurídicas. É exatamente esse ferramental uma das grandes vantagens do estudo desta disciplina.

A economia é uma ciência, repita-se, que tem por objeto o estudo do comportamento humano em um ambiente de necessidades ilimitadas e recursos escassos. Assim sendo, os indivíduos são chamados a todo o tempo a fazer escolhas. A isso os economistas chama *tradeoffs*.

Gregory Mankiw (2007, p. 4) enumera os dez princípios em economia⁶⁴:

I – *As pessoas enfrentam tradeoffs*. Significa dizer simplesmente que cada ação humana deriva de uma escolha. Para se fazer algo certamente se deixou de fazer outra coisa.

Quem lê este trabalho deixa de dedicar-se a outra atividade.

É assim numa perspectiva individual, mas é assim, também, do ponto de vista social, e quem faz a escolha do que é melhor para o grupo é o governante. Assim, assinala Mankiw (2007, p. 5) que, atualmente, “o *tradeoff* que a sociedade enfrenta é entre eficiência e eqüidade”.

⁶⁴ As expressões em destaque correspondem àquelas utilizadas pelo autor, embora o desenvolvimento seja autônomo.

Explica, ainda, que “**Eficiência** significa que a sociedade está obtendo o máximo que pode de seus recursos escassos. **Eqüidade** significa que os benefícios advindos desses recursos estão sendo distribuídos com justiça entre os membros da sociedade” (MANKIW, p. 5).

Em economia não importa o porquê as pessoas escolhem o que escolhem, mas importa compreender que elas estão, a todo o tempo, a enfrentar *tradeoffs*.

II – *O custo de alguma coisa é aquilo de que você desiste para obtê-la.* Se as pessoas enfrentam *tradeoffs*, ou seja, se estão a todo tempo a escolher entre esta ou aquela conduta ou atividade, ao optar, abandona-se uma oportunidade. A isto se chama exatamente custo de oportunidade. Mankiw sustenta que o custo envolvido numa escolha corresponde exatamente à opção abandonada, ou seja, “o custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo” (MANKIW, p. 6).

III – *As pessoas racionais pensam na margem.* Significa dizer que as escolhas a que os indivíduos são chamados a fazer raramente limitam-se a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Tais escolhas comportam modulações como de que maneira fazer alguma coisa. A estas modulações o autor chama de *margem*. Para ele é exatamente a margem que determina uma escolha.

Vale-se do exemplo de uma companhia aérea que opera vôos costa a costa e que o custo deste vôo é de US\$ 100 mil com uma aeronave de 200 lugares. Assim o custo por passageiro é de US\$ 500. Sendo assim, caso vaguem dez assentos, o *tradeoff* a ser enfrentado pela empresa não consiste em vender ou não vender passagens, mas por quanto essa passagem deve ser vendida. Ora, diz ele, embarcar mais um passageiro numa aeronave prestes a decolar com dez assentos vagos não gera prejuízos à companhia aérea, desde que o valor cobrado pela passagem seja superior ao custo do transporte deste passageiro que, no caso do exemplo, não ultrapassa “o custo do saquinho de amendoins e do refrigerante que o passageiro extra consumirá” (MANKIW, p. 7).

Com isso verifica-se que a análise de custo e benefício é marginal.

IV – *As pessoas reagem a incentivos.* Se as pessoas tomam decisões a partir de uma análise do custo/benefício de cada alternativa, a mudança nesta relação determinará uma mudança na escolha.

Estes quatro primeiros princípios fornecem elementos para a compreensão de como as pessoas escolhem neste ambiente de necessidades infinitas e recursos escassos.

Mas os princípios econômicos podem auxiliar o jurista, ainda, a compreender como as pessoas interagem. Nesta perspectiva continua Gregory Mankiw (2007, p. 9):

V – *O comércio pode ser bom para todos.* O autor refere-se, assim, à concorrência como salutar ao desenvolvimento econômico e social. É a partir da competição que se promove a melhoria dos resultados. A interação entre os indivíduos é sempre competitiva e isso não necessariamente é prejudicial à sociedade. Ao contrário. Promove o aumento da qualidade dos produtos e da prestação de serviços.

É de se recordar que por ocasião da publicação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que exigia dos fabricantes e fornecedores de produtos e prestadores de serviços uma nova postura em relação aos consumidores sob pena de serem responsabilizados pelos danos a estes causados, e daí a necessidade da correta informação sobre o produto nas embalagens, a correta divulgação de preços e produtos, etc., muito se falou sobre o impacto de tais normas sobre a atividade econômica, havendo mesmo quem temesse pela saúde da economia nacional.

O que se verifica depois de vinte anos é que o mercado, não mais *locus* de relações comerciais, mas conjunto de agentes e atividades econômicas, passou a incrementar seus produtos para adequar-se à norma e, com isso, houve uma melhoria na qualidade de vida dos consumidores, ou seja, verificou-se que, a partir do incentivo representado pela lei consumerista, o mercado foi estimulado e a concorrência passou a produzir seus efeitos, estes positivos, de modo a transformar para melhor o cenário das relações de consumo no país.

VI – *Os mercados são geralmente uma boa maneira de organizar a atividade econômica.* A questão colocada por Gregory Mankiw respeita à adoção de um modelo econômico. Sustenta ele que, a despeito dos problemas, a economia de mercado oriunda do liberalismo econômico continua sendo a melhor das opções para um Estado que preza pela liberdade. Lembra que

[...] a maioria dos países que tiveram economias de planejamento central abandonou esse sistema e está tentando desenvolver economias de mercado. Numa economia de mercado, as decisões do planejador central são substituídas pelas decisões de milhões de empresas e famílias. As empresas decidem quem contratar e o que produzir. As famílias decidem em que empresas trabalhar e o que comprar com seus rendimentos. Essas empresas e famílias interagem no mercado, em que os preços e o interesse próprio guiam suas decisões. (MANKIWI, 2007, p. 10)

Importante para compreender tal princípio é lembrar que já em 1776 Adam Smith (1986) já se referia à “mão invisível”, e Paula Forgioni (2009) usa a expressão “azeitamento do mercado”. Fato é que as relações de mercado se equilibram. A ação de um determina a conduta de outro. Oferta e preço se relacionam inversamente. Demanda e preço, por sua vez, se relacionam diretamente. Não há uma regulação que imponha tal equilíbrio. Ele simplesmente acontece.

VII – *Às vezes os governos podem melhorar os resultados dos mercados.* O governo deve providenciar a proteção à “mão invisível” do mercado. Mais uma vez a idéia liberal de não intervenção do Estado no domínio econômico privado. A função do Estado, e bem assim do Direito, seria a de garantir o direito de propriedade e a segurança das relações jurídicas. A viabilidade econômica só ocorre se o agente econômico puder prever e garantir a estabilidade das relações.

Mankiw adverte, contudo, que “Há dois motivos genéricos para que um governo intervenha na economia – promover a eficiência e promover a equidade” (MANKIWI, 2007, p. 11).

Eventualmente pode ocorrer o que se denomina de falha de mercado, ou seja, uma situação tal que o mercado não seja capaz, por si só, de conseguir a alocação mais eficiente dos recursos. Isso pode ocorrer em razão de uma externalidade, ou seja, do impacto da ação de uma pessoa (particular ou empresa) sobre o bem-estar das demais, ou em razão do poder de mercado, que ocorre quando uma ou mais pessoas domina e influencia de modo determinante e indevido os preços de mercado. Paula Forgioni (2005, p. 246) refere, ainda, outras duas hipóteses geradoras de falhas de mercado: a assimetria de informações (para que as relações sejam eficientes é necessário que as partes envolvidas tenham o mesmo acesso às informações para que possam, conscientemente, tomar as suas decisões) e os bens públicos (aqueles que não podem ser subtraídos do uso de terceiros dando “lugar à atuação dos *free riders*, considerados *ineficientes* porque se utilizam dos esforços e recursos de outros, sem dever incorrer, eles próprios, em

gastos e custos, desestimulando a boa atuação e o nível eficiente de investimento dos agentes econômicos” [FORGIONI, 2005, p. 246]).

As políticas públicas ocupam, assim, posição de destaque no funcionamento do mercado, mas também o Direito, seja pela via da legislação ou da sua aplicação, pode interferir de maneira negativa no fluxo regular do mercado o que acaba por causar mais prejuízos do que benefícios à sociedade.

Evidencia-se, mais uma vez, a importância de se dar ao jurista conhecer o processo econômico e sua imbricação com o direcionamento da sociedade. Vale dizer que as externalidades que derivam da atividade jurídica se originam na atividade do aplicador na norma, e não necessariamente nos institutos jurídicos utilizados.

É importante, assim, conhecer o funcionamento da economia. Mankiw explica:

VIII – *O padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens e serviços.* A produtividade determina o padrão de vida de uma nação. Incumbe ao Estado fomentar o empreendedorismo.

O ordenamento jurídico brasileiro conta com a tutela protetiva das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. O novo regime falimentar também conta com a proteção da economia nacional à medida que estabelece, por princípios, a recuperação da empresa e o tratamento diferenciado para as ME/EPP's (NEGRÃO, 2010). São exemplos de políticas públicas de proteção do mercado e do desenvolvimento nacional.

IX – *Os preços sobem quando o governo emite moeda demais.* É a inflação, muito conhecida por todos os brasileiros com mais de vinte anos de idade. A inflação elevada diminui o padrão de vida da sociedade uma vez que, com a desvalorização da moeda, a tendência é de elevação dos preços, minando o acesso dos indivíduos aos bens de consumo.

Ocorre, contudo, que a inflação também é responsável por uma baixa considerável na taxa de desemprego. A relação entre inflação e desemprego é demonstrada, como afirma Mankiw (2007, p. 14), pela Curva de Phillips. O conhecimento deste fato, leva ao derradeiro princípio econômico:

X – *A sociedade enfrenta um tradeoff de curto prazo entre inflação e desemprego.* As políticas públicas devem voltar-se para a manutenção de um baixo índice inflacionário a fim de possibilitar o desenvolvimento nacional pela via do

acesso aos bens e serviços, todavia, deve também garantir postos de emprego para que cada um dos indivíduos tenha a possibilidade de subsistir, porém, as duas medidas situações são opostas. Incumbe ao governo escolher entre inflação ou desemprego. Daí a importância do sistema flutuante dos juros, controlados, no caso brasileiro, pelo Banco Central, assim como importam para o controle da economia os índices gerais de preços e os incentivos fiscais, entre outros.

Percebe-se que o Direito, mais especificamente seus operadores, não podem estar alheios às circunstâncias econômicas que movem a sociedade.

Resumindo-se os princípios econômicos, os postulados da Análise Econômica do Direito poderiam ser, assim, sinteticamente enumerados:

I - Escassez de recursos versus necessidades ilimitadas. As necessidades humanas não encontram limites, derivam da criatividade e do desejo humano; os recursos, que são materiais, são finitos. Assim sendo, os indivíduos têm que escolher.

II – Teoria da escolha racional. Ao escolherem, os indivíduos o fazem de acordo com as suas preferências. A razão, aqui, não corresponde a relações como certo/errado, bom/ruim, justo/injusto, mas apenas às preferências que são inumeráveis.

III – Custo de oportunidade. O que determina a escolha é um custo de oportunidade marginal, ou seja, a análise do custo/benefício de uma determinada conduta. De todo modo, ao agir, todo indivíduo busca a maximização dos ganhos individuais e, a *contrario sensu*, a minimização dos custos.

IV – Eficiência. A atividade econômica tende à busca do máximo de ganhos com o mínimo de custos.

Assim é com as pessoas, mas também com as instituições. Ademais, os princípios enumerados se prestam tanto à análise dos comportamentos de mercado quanto dos comportamentos não-mercado. Em outras palavras, servem tanto para a análise do comportamento econômico *stricto sensu*, como o das partes num contrato, como para outros comportamentos em sociedade, como por exemplo, a relação entre cônjuges, entre pais e filhos, entre empregador e empregado, comportamentos criminosos, etc.

E é exatamente porque a Análise Econômica do Direito se presta à análise das mais diversas relações sociais favorecendo, entre outros, a elaboração do

sistema de incentivos e desestímulos é que não se pode admitir que a função única do Direito seja apenas a de proteger o fluxo de mercado, a “mão invisível”.

Como bem assevera Paula Forgioni (2005, p. 251), “Há coisas (como a vida humana e a liberdade) que *ainda* não foram transformadas em mercadorias e não podem ser submetidas à lógica de mercado”.

É certo que o mercado não é suficiente, embora seja necessário, para a realização do projeto constitucional de desenvolvimento nacional. O Direito conserva, assim, a sua função diretiva da sociedade.

4.2 Análise econômica do direito e função social do contrato

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 surgida na Escola de Chicago do trabalho de Richard Posner, 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 marriage⁶⁵. (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 JUNIOR, 2009).

Daí a importância das jocosas considerações de Ivo Gico Junior:

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.

⁶⁵ 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.

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 e independentemente da observância da lei.

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 daqueles que se dizem 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, entusiasmadamente, 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.

4.3 Efetividade: o entendimento jurisprudencial⁶⁶

Muito se falou até aqui das inovações inseridas no ordenamento jurídico por obra da Constituição Federal de 1988.

Também se evidenciou a preocupação decorrente da tradição jurídica liberal positivista em confronto com a moderna doutrina do direito civil-constitucional que demanda do aplicador do direito a sensibilidade para a análise do caso concreto, bem como a objetividade na aplicação das normas que se podem extrair tanto dos princípios constitucionais, de conteúdo essencialmente axiológico, como das regras contidas no texto legal, de conteúdo essencialmente pragmático.

Outra reflexão que se buscou no trabalho foi a relativa à harmonização dos interesses sociais representados sinteticamente pelos princípios da dignidade humana e do solidarismo com os interesses individuais econômicos representados também sinteticamente pelo princípio da liberdade de iniciativa.

Ora, toda a análise desenvolvida tem por objetivo demonstrar, basicamente, que (i) o projeto constitucional não representa uma utopia, mas o direcionamento que permitirá à sociedade o tão almejado bem-comum; (ii) os princípios encartados na Constituição Federal, assim como as cláusulas gerais adotadas no sistema positivado, muito embora possibilitem ao aplicador do direito que se valha de certa subjetividade na análise do caso concreto, em absoluto representam ofensa ao princípio da segurança jurídica; e (iii) a cooperação que deriva do princípio do solidarismo garante a convivência pacífica entre interesses sociais e interesses econômicos.

Como se trata da construção de uma nova racionalidade jurídica que depende da re-significação de institutos jurídicos como o contrato, é de se esperar que os tribunais, paulatinamente, adotem esta nova postura desejada no que respeita às relações contratuais.

Passadas duas décadas da promulgação da Carta Magna, duas décadas do Código de Defesa do Consumidor e aproximadamente uma década de vigência do Código Civil, nota-se, ainda, e com pesar, que os temas enfrentados pela doutrina ainda encontram resistência na prática do Direito, ou seja, nas funções de magistrados e advogados.

⁶⁶ Registre-se os agradecimentos ao acadêmico da graduação em Direito do UniCuritiba Eliseu Raphael Venturi pela valiosa contribuição na pesquisa jurisprudencial.

O tema da função social do contrato, em muitos casos, como no contido no Anexo 1, aparece de maneira meramente ilustrativa, sem qualquer conexão com o caso em análise.

Trata-se de acórdão de recurso interno de decisão monocrática da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca de agravo de instrumento movido por instituição financeira que, sucumbente em ação que pretendia o expurgo de juros excessivos por deixar de apresentar documentos conforme determinação judicial.

Todo o recurso versa sobre a necessidade, ou não, da apresentação de documentos por parte da ré na fase probatória, todavia o texto menciona a aplicação dos princípios da função social, da justiça contratual, da boa-fé e da vulnerabilidade sem qualquer distinção, como se todos fossem aplicáveis a todas os casos em que se pretenda a tutela da parte menos favorecida.

Agravo interno em agravo de instrumento. Contrato bancário. Conta corrente. Empréstimos pessoais. Limite de cheque especial. Ação revisional. Anatocismo. Prova pericial. Exibição de documentos. Inteligência do Art. 359 do CPC. Agravo interno oposto pelo réu contra decisão monocrática que negou seguimento ao seu agravo de instrumento, assim ementada: Ação proposta pelo consumidor objetivando o expurgo dos excessos que teriam sido praticados pela instituição financeira por ocasião da contratação de empréstimos pessoais e incursão nos limites do chamado cheque especial, assim como nas renegociações levadas a efeito pelas partes, com pedido de antecipação de tutela limitando os descontos em sua conta corrente a 30% (trinta por cento). Aplicação das normas de proteção insertas no Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social. **Aplicação dos princípios da função social do contrato, do equilíbrio contratual, da vulnerabilidade e da boa fé objetiva.** Determinação do Juízo à parte ré para apresentação da documentação concernente às noticiadas operações de crédito. Necessidade da prova pericial para deslinde dos documentos apresentados. Exigência do experto em relação a documentos suplementares, deferida pelo Juízo (fl. 315). Intimada, a instituição bancária não atende a determinação. Decisão vergastada reputando verdadeira a prática do aventado anatocismo, na forma do art. 359 do CPC. Correção da decisão. Ao não cumprir com a determinação do Juízo, sujeitou-se a parte a ver suprido o que se queria provar mediante a pura e simples recusa injustificada de exibição dos documentos necessários. Se não há incorreção nos encargos e acessórios insertos nas operações de crédito entre a instituição financeira e o consumidor, não há porque recusar a exibição de documentos, sendo certo que a obrigação de prestar contas é inerente à atividade padrão da relação comercial que é objeto da ação. Poder de instrução do juiz. Princípio do livre convencimento. Busca da verdade real. Não obstante a previsão de procedimento preparatório específico para exibição de documentos nos artigos 844 e 845 do CPC, este mesmo diploma legal preceitua (art. 355 a 359) a possibilidade de o Magistrado determinar a uma das partes do processo que exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder, desde que a parte requerente individualize o documento, as circunstâncias em que

se baseia para afirmar que o mesmo se encontra com a parte contrária e a finalidade da prova. Recurso a que se nega provimento⁶⁷.

Assim se verificou nos casos pesquisados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Tal uso indiscriminado dos novos princípios – a sua vulgarização – acabam por fomentar a desconfiança acerca da segurança jurídica dos negócios empresariais ou, por outras palavras, ao invés de se consolidar o entendimento sobre a necessária aplicação de tais princípios, anda-se no sentido inverso.

O anexo 2 consiste em acórdão proferido em apelação cível intentada por cooperativa de serviços médicos em razão da sucumbência em ação de cobrança que pretendeu o reembolso do quando despendido pelo usuário com equipamentos cirúrgicos utilizados em tratamento cirúrgico de sua filha. A cooperativa sustentou não ser devido o reembolso ao argumento de que havia previsão expressa em cláusula contratual acerca da não cobertura.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará entendeu pela manutenção da decisão de primeiro grau, ou seja, pela declaração da abusividade da cláusula de não cobertura. Ainda que se vislumbre no caso em apreço o princípio da função social do contrato, em especial por força do paradigma da essencialidade, o julgador confunde este com o princípio da boa-fé, como aquele decorresse dele, ou como se fossem um só, evidenciando, assim, ou o desconhecimento do conteúdo e alcance de ambos, ou desprezando as distinções que são úteis exatamente por conta dos efeitos que projetam sobre o caso concreto.

Sobre o mesmo tema em caso análogo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão do Anexo 3 entendeu pela aplicação do princípio da boa-fé. Interessante, contudo, é o argumento com base na Análise Econômica o Direito:

Segundo Cláudia Lima Marques, a abusividade das cláusulas presentes nos contratos do mercado brasileiro tem sua origem justamente na falta de precisão e razoabilidade neste tipo de contrato. Insere-se assim no previsto no art. 51, 'caput', IV, e §1º, III, que, ao concretizar as cláusulas abusivas, especifica que são as que desequilibram o contrato e “se mostra(m) excessivamente onerosa(s) para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato”, de tal modo, a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual. A cláusula é abusiva porque é contrária à boa-fé, mas escolhi propositadamente o inc. III em face das perspectivas de uma análise econômica do direito, pois afirma-se constantemente que seria impossível um plano que englobasse todas as doenças.

⁶⁷ Destacou-se.

Esta é uma desculpa simplificada, pois tal impossibilidade desaparece em face dos cálculos dos riscos, da idéia de verdadeira socialização dos riscos, inclusive com a participação estatal, e dos exemplos dos outros países.

O conhecimento evidenciado pelo magistrado acerca da análise econômica do direito favoreceu a aplicação do princípio da boa-fé, demonstrando que a atividade econômica desempenhada pelo prestador de serviços médicos integra o cálculo dos riscos, ou seja, ainda que a busca individual, egoísta, pelo lucro receba a proteção do Direito, o limite desta atividade está exatamente na relevância do contrato e do seu objeto para o outro contratante.

Neste caso não há menção ao princípio da função social do contrato muito embora seja possível advogar-se em favor de sua aplicação já que o objeto do contrato – a saúde e/ou a vida – são essenciais à existência humana.

O anexo 4, por sua vez, contém acórdão proferido em apelação cível em ação indenizatória por danos morais em razão de acidente automobilístico que vitimou fatalmente a filha da Requerente/Apelada. O julgador se vale da Análise Econômica do Direito para a solução da questão da possibilidade de atribuição de responsabilidade a terceiro por ato de seu preposto – terceirizado:

No exercício de sua atividade econômica, pena da não sobrevivência no sistema de produção capitalista abraçado pela Constituição Federal ao garantir o exercício da livre iniciativa e propriedade privada (CF, art. 1º, inc. IV, art. 5º, inc. XXII e 170), a recorrente efetua uma constante análise de custos e formas de obtenção de lucros, entre eles busca a terceirização de atividades que lhes são fundamentais, a exemplo do transporte dos insumos que adquire para sua produção, nessa atividade são computados os chamados custos marginais, entre eles o pagamento dos danos causados, sendo certo que o nível ótimo de atuação ocorrerá sempre que os custos de prevenção sejam inferiores ao custeio dos danos causados, note-se que a empresária não pode atuar no mercado como se os terceiros não existissem, portanto, compete-lhe considerar a possibilidade dos danos e sua internalização no processo produtivo, assim, se uma atividade, como aqui ocorreu com a terceirização, causa maiores prejuízos que lucros, certamente, por uma regra econômica será descartada; como é largamente exposto pela análise econômica do direito, entre muitos, podemos citar a conhecida obra de Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law & Economics*, fourth ed., Pearson Education, 2004.

Antes da modificação do processo produtivo por meio da introdução da terceirização a questão era facilmente solucionada pela compreensão da existência ou não de subordinação na atividade, entretanto, este modelo precisa hoje ser repensando para que o processo decisório judicial possa superar as insuficiências da linguagem e generalidade da legislação de molde a possibilitar uma correta alocação de custos e benefícios deles decorrentes por meio da aplicação da regra de responsabilidade civil.

Mais uma vez o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lança mão dos postulados econômicos a fim de fundamentar, agora, a distribuição dos prejuízos advindos do exercício da atividade empresarial conhecida por terceirização que, se de um lado, é extremamente vantajosa para as empresas envolvidas, por outro pode ser absolutamente prejudicial para a vítima de dano cuja ocorrência integra o cálculo dos riscos da atividade.

O julgador, no caso em análise, sustenta, por meio da análise econômica do direito, que a atribuição de responsabilidade ao terceiro, no caso o preponente, configura a eficiente alocação de recursos de molde a incentivar a cautela por parte do prestador de serviços, minimizando-se, a partir de então, os riscos da atividade tanto para o fornecedor quanto para o consumidor.

O anexo 5 contém acórdão do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecido por sua posição sempre atual e firme. Trata-se de decisão proferida em apelação cível de sentença que condenou operadora de telefonia fixa ao pagamento de indenização em razão de cobrança indevida e inserção do nome dos clientes em cadastro de inadimplentes.

Já a ementa do acórdão evidencia a postura daquele Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDENAÇÃO DA BRASIL TELECOM AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CASO CONCRETO EM QUE HOUVE COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS NA CONTA TELEFÔNICA, OCASIONANDO DIVERSOS CONTRATEMPOS E TRANSTORNOS AOS AUTORES, CULMINANDO COM A DESATIVAÇÃO DO TERMINAL TELEFÔNICO E O REGISTRO INDEVIDO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DANO MORAL RECONHECIDO E INDENIZAÇÃO FIXADA DE MODO SENSATO, EM ATENÇÃO AS SINGULARIDADES DO CASO *SUB JUDICE*. INDINAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ NO CASO DE DANO MORAL DECORRENTE DE RELAÇÃO CONTRATUAL.

Em primeiro plano, atento à adoção do princípio da substanciação da causa de pedir adotado pelo sistema processual pátrio, não subsiste a alegação de ilegitimidade ativa.

No que tange ao mérito, é inegável que houve dano moral, porquanto essa C. Corte tem reconhecido a pertinência da indenização por danos morais nos casos de cobrança indevida e, igualmente, nos casos de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes e, *in casu*, o conjunto dos autos demonstra que houve tanto cobrança quanto inscrição indevida. Além disso, em decorrência da reprovável conduta da companhia telefônica, a linha telefônica fixa residencial dos demandantes foi indevidamente desativada.

Com relação ao valor da indenização, devem ser levadas em conta as circunstâncias do caso concreto, a condição econômica dos

litigantes e a gravidade do dano, o qual já se considera que atinge não apenas os lesados, mas toda a coletividade.

Assim, mister que a pretensão indenizatória, no caso em que a parte demandada é empresa que sistematicamente afronta os direitos dos consumidores, seja analisada não apenas em seus aspectos estritamente jurídicos, mas sob a luz também dos aspectos sociais e da corrente doutrinária denominada *Law and Economics*, que analisa a interação entre a ciência do direito e a economia.

De outra banda, no caso concreto, a responsabilidade é de ordem contratual, de modo que, a teor da jurisprudência deste órgão fracionário, os juros de mora devem fluir desde a citação.

REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

Observa-se que os julgadores consideraram a produção de efeitos do contrato, ou melhor, do descumprimento do contrato, neste caso por parte da prestadora de serviço, perante terceiros, quais sejam, a sociedade de um modo geral. Assim, de uma forma indireta, adotam a aplicação do princípio da função social do contrato.

Ademais, o Tribunal se vale dos postulados da Análise Econômica do Direito para concluir que o quantum indenizatório deve ser de tal monta que se operem, de fato, as funções pedagógica e punitiva da reparação civil.

Noutra passagem do acórdão se lê:

[...] mister consignar que diante do comportamento sistemático de algumas empresas em detrimento dos consumidores, o entendimento acerca da ocorrência dos danos morais vem ampliando consideravelmente seu espectro, dando prova da preocupação da doutrina e da jurisprudência com a necessidade de impor uma penalização civil à ofensa dos direitos extrapatrimoniais.

E valendo-se de outro acórdão, o julgador apresenta dados de fato:

Na Justiça gaúcha, a lista dos mais processados, por ordem, é: IPERGS; Estado do Rio Grande do Sul; Brasil Telecom S.A. - casualmente a ré, aqui, no presente feito -; Banco ABN Amro Real S.A.; Banco do Brasil; INSS; Banco Itaú; União de Bancos; Banco do Estado; Banco Santander; DAER; Bradesco; Município de Porto Alegre; EPTC; Credicard Administradora; CEEE; Agroterritorial Cidreira; SERASA; Fininvest ; e a CDL.

(...)

Os dados acima referidos demonstram que as indenizações que estão sendo fixadas pelo Poder Judiciário estão 'valendo a pena' para que essas instituições continuem violando os direitos dos consumidores. Por outras palavras, os lucros e vantagens obtidos com as violações de direitos são maiores e, portanto, compensadores, diante das baixas indenizações fixadas.

Importa referir que há empresas que nunca, ou muito raramente, aparecem como réus perante o Poder Judiciário no que diz com violações dos direitos

dos consumidores. Isso mostra a exata distinção que tenho tentado colocar a fim de aumentar esses valores, porque, de fato, estamos vendo, pelos dados estatísticos, pelas circunstâncias, pelo contexto da realidade fática, que está literalmente valendo a pena violar os direitos dos consumidores, certamente já se computando os valores de eventuais indenizações na contabilidade de custos dessas empresas.

A partir do trecho transcrito nota-se a percepção do julgador para o comportamento econômico da prestadora de serviço que revela, de certa forma, um comportamento padrão, economicamente legítimo, porém juridicamente reprovável, consistente em sopesar as vantagens e desvantagens pecuniárias do cumprimento da norma jurídica. Outros ganhos não entram no cálculo de modo que as indenizações fixadas em patamares baixos aliadas ao fato de que apenas um número mínimo de clientes busca o Poder Judiciário para a solução dos conflitos ou reparação dos danos tornam o descumprimento da lei um “negócio” muito mais lucrativo do que a adoção de condutas conforme os novos ditames legais.

Por fim, o anexo 6 contém acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aborda a questão da prevalência da execução sobre a resolução do contrato.

No caso analisado a apelante, empresa voltada ao mercado de incorporação imobiliária, figura como alienante de imóvel em contrato descumprido pela adquirente em razão de dificuldades financeiras transitórias.

Enquanto a Apelante pretendia a resolução do contrato, a Apelada sustentou pela purgação da mora através do pagamento das parcelas em atraso e manutenção do contrato até o final.

Tanto o juízo de primeiro grau, como o Tribunal de Justiça entenderam pela manutenção do contrato em atenção ao princípio da sua função social.

Os acórdãos analisados foram selecionados de modo a demonstrar que há a possibilidade de aplicação dos novos princípios contratuais sem o comprometimento da segurança jurídica que deve envolver em especial as relações empresariais, porém estes não configuram a regra. Ao contrário, no mais o que se viu notou foi a evidência do desconhecimento ou, o que é muito pior, do descaso dos julgadores sobre os contornos dos diversos princípios contratuais.

Evidenciou-se, ainda, que a maioria dos Tribunais de Justiça do país desconhece ou despreza a utilidade da Análise Econômica do Direito para o auxílio da compreensão dos fenômenos jurídico-econômicos.

CONCLUSÃO

Mais uma vez a sociedade – assim considerado o conjunto de todos os seres humanos em todas as nações e cantos do mundo, cada qual com a sua cultura, o seu jeito peculiar de fazer negócios, as suas convicções políticas e religiosas – se encontra diante de um momento que certamente será considerado, no futuro, um marco histórico, um divisor de águas, assim como foram a Queda do Império Romano do Ocidente, a Tomada de Constantinopla ou a Queda da Bastilha.

Haverá de ocorrer – ou talvez já tenha ocorrido – um evento de magnitude tal que possa representar as profundas transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas que envolvem este momento – o Holocausto, por exemplo. Tal evento certamente passará para a história como o marco de uma nova Era.

Tudo o quanto construído até agora permite que se possa, daqui por diante, aprimorar o que foi bom, consertar ou recuperar o que se perdeu e abolir o todas as formas de opressão.

O homem é um agente econômico por natureza. Esta característica é inerente à sua razão assim como a cultura também o é. O Direito, que deriva da cultura dos homens, por certo pode ser igualmente considerado como natural na sociedade.

Diz-se, com isso, que não há, nem deve haver, sujeição do Direito à Economia ou vice-versa.

Este momento é de integração para a superação. Integração dos homens entre si, para a superação de todas as formas de preconceito; integração entre cidadãos e o Estado para a superação da pobreza, da marginalidade e da exclusão; integração entre as Nações para a superação das crises econômicas e ambientais que assolam o planeta.

As dicotomias tais como liberalismo/socialismo, riqueza/pobreza, público/privado tendem a desaparecer sob o alvorecer de conceitos mais fluidos, menos rígidos.

Mas este é o momento da transição, da substituição do velho e seguro pelo novo e desconhecido, e, com isso, surge a insegurança, como aquele medo infantil do primeiro dia de aula, que se dissipa tão logo se descobrem os novos amigos e os prazeres da infância.

O apego ao passado não contribui para o amadurecimento e evolução de uma sociedade, todavia o descaso com a história leva à prática dos mesmos erros.

Neste viés de integração, também nas ciências é preciso que se utilize da interdisciplinaridade. Os fatos exigem que assim o seja porque as necessidades humanas são complexas. Debruçar-se à sua análise exige múltiplos saberes.

O Direito, assim como as demais ciências, em especial aquelas ditas sociais ou humanas, deve abrir-se a esta nova realidade, a este novo estar das coisas; deve adequar-se às novas demandas e permitir, com isso, – e mais: contribuir para – que a sociedade evolua, que a humanidade floresça e que a história siga o seu curso.

A Constituição Federal de 1988, que expressa a redemocratização do Estado brasileiro, prima pela tutela do cidadão ao elevar à máxima potência o princípio da dignidade humana.

Os valores que deste derivam, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a boa-fé, a função social, se alastram pelo ordenamento jurídico alcançando e mesmo determinando a validade de todas as relações jurídicas, civis ou empresariais.

Não resta dúvida, aliás, sobre a essencialidade da atividade empresarial e da necessidade de proteção desta atividade.

A eleição, no artigo 170 da Carta Magna, pelo modelo de economia liberal, capitalista, evidenciado pelo fundamento da livre iniciativa, indica, ainda, a opção por uma economia de mercado. Assim, além da tutela da empresa, requer-se, e assim deve ser, a tutela do próprio mercado, o que equivale a dizer que é legítima e esperada a intervenção do Estado sempre que aquele apresente falhas.

Mas não se pode deixar de considerar, em hipótese alguma, que o *ser* há de prevalecer sobre o *ter*.

Todas as políticas econômicas e públicas, assim como a produção legislativa e a solução dos conflitos deve levar em conta que o homem é o destinatário de todas as ações do Estado. Deve-se guardar bem a lição Iluminista de que o Estado está a serviço do homem, e não o contrário.

Mas há, contudo, de lembrar-se também, que não há um só responsável pelos rumos de uma sociedade. Todos são responsáveis pela consecução do tão falado projeto constitucional. Daí a importância de advogar-se em favor de condutas cooperativas.

Foi exatamente por isso que o tema da função social do contrato foi objeto de análise do presente trabalho. Os novos princípios contratuais que derivam de

uma nova forma de pensar o Direito, especialmente o Direito Privado, exigem dos contratantes uma nova forma de comportar-se na relação contratual. É certo que o que move o indivíduo é o seu interesse particular, mas não há necessidade de ser egoísta, nem tampouco altruísta, é bem verdade. Basta que o contratante seja leal. O princípio da boa-fé exige um comportamento ético das partes, de modo tal que uma não se conduza de modo a prejudicar intencionalmente a outra; já o princípio da função social exige dos contratantes algo além: exige que zelem pela manutenção e pela execução do contrato, que busquem favorecer o cumprimento das prestações e que não interfiram na esfera de direitos de terceiros.

O contrato empresarial ensejou destaque em razão de ter recebido tratamento diferenciado pelo regime anterior já que todas as empresas estariam em situação equivalente no mercado. Restou evidente que não, daí a necessidade de adotar-se novo tratamento. A liberdade de iniciativa leva muitas pessoas ao exercício de atividade empresarial por contingências da vida, como a necessidade de subsistir. A própria liberdade de iniciativa deriva do princípio da dignidade humana. Não seria possível, então, admitir-se, num só ordenamento jurídico, a adoção de dois pesos e duas medidas: um regime jurídico para o contrato empresarial e outro para o contrato civil.

Não bastasse, o contrato empresarial, por sua natureza, muitas vezes instrumentalizará os interesses de partes economicamente díspares: de um lado a empresa, que tem acesso à informação, à produção legislativa, que, dotada de poder econômico, tem facilidade na contratação de advogados, contadores, profissionais dedicados à assessoria e consultoria na realização dos negócios empresariais, enquanto do outro lado, figurará o consumidor, dotado apenas e tão somente de seus desejos e necessidades.

É importante para o intérprete/aplicador da norma o domínio do manejo das várias ferramentas disponibilizadas para a realização da justiça de modo que, eficientemente, se congregue interesses de mercado e existência digna.

Os postulados da economia introduzidos na ciência jurídica pela Análise Econômica do Direito surgem como alternativa útil, mas não única, para munir o jurista destas novas habilidades que lhes são exigidas.

Parece que o cidadão brasileiro conta, assim, com um rol de princípios e normas preparados para o porvir; que tais preceitos sejam eternos, ao menos enquanto durem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto do código civil**: as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1993

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001

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

BRANDÃO, Juanito de Souza. **Mitologia grega**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988

_____. **Decreto n. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990

BUSINESS SOCIAL RESPONSABILITY – BSR. **Social responsibility**. S.1. Disponível em <<http://www.bsr.org.br>>. Acesso em 14 de maio de 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10ª ed. Paris: LGDJ, 2001

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2006

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edipro, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

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

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? In **Revista de direito mercantil**. n. 139. julho-setembro/2005

_____. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito**. Disponível em <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44/>. Acesso em 9 de novembro de 2009

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Atlas, 1995

INSTITUTO ETHOS. **O que é RSE?** Disponível em <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em 16 de abril de 2010

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. **Convention 122. Employment policy convention.** 1964. Disponível em <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C122>>. Acesso em 6 de setembro de 2009.

_____. **Convention 158. Termination of employment convention.** 1982. Disponível em <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C158>>. Acesso em 10 de maio de 2010.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é iluminismo? In _____. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 71, 1988

KERMEESTER, Heico. Methodology: general. In **Encyclopedia of Law and economics.** Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>>. Acesso em 11 de maio de 2010.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Tratado de los contratos: parte general.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In **Encyclopedia of law and economics.** Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2010

_____. L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes. In DEFFAINS, Bruno. **L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil.** Paris: Éditions Cujas, 2000

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia.** São Paulo: Thomson Learning, 2007

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 2009

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 2008

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. **O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2006

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2002

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2005

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social.** São Paulo: Abril Cultural, 1983

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1988

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NALIN, Paulo R. R. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008

_____. **Manual de direito comercial e de empresa.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração universal dos direitos humanos.** Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 6 de setembro de 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas.** Curitiba: Juruá, 2008

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

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina. 1982

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2009

RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estúdios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2003

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999

_____. **O contrato social**: princípios de direito político. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumne Juris, 2004

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. **Revista de direito social**, v. 7, n. 28, p. 69-82. Porto Alegre, RS. out/dez, 2007

SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

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

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Apelação cível nº 5170-64.2007.8.06.0001/1. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Raul Araújo Filho

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de instrumento n. 2009.00241852. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Mario Assis Gonçalves. Julg. 11 de maio de 2010

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação cível nº 70026146019. 20ª Câmara Cível. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação cível nº 450.057.4/1-00. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Elcio Trujillo.

_____. Apelação cível nº 614.724.4/0. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Jesus Lofrano.

_____. Apelação cível nº 954.795-0/3. 28ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Benacchio.

WALD, Arnaldo. **Direito civil brasileiro: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lux, 1962

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Constitution**. 1948. Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2010

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Professor (a) Orientador (a) Curitiba, ____/____/____

Recebido em: ____/____/____

Secretaria

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)