

Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas

Business Contract Social Function: economic function and forecasts

Marcia Carla PEREIRA RIBEIRO*

RESUMEN: Os contratos funcionam como instrumentos de harmonização de interesses, de forma a viabilizar negócios. Negócios, num universo de escassez, envolvem a escolha da melhor alocação dos recursos. O poder de escolha não é, todavia, absoluto. Há condições individuais que limitam o universo das escolhas, quer seja em razão da premência na realização do negócio, quer seja em razão da natureza das partes envolvidas. Os contratos empresariais, por sua vez, são essenciais à prática comercial e, para além das características comuns aos demais contratos, são indissociáveis ao crédito, risco, profissionalismo e busca pela lucratividade. O princípio da função social dos contratos, chancelado em várias legislações, nos contratos empresariais encontra terreno próprio de reflexão, especialmente quando cotejado com sua função econômica. Contemporaneamente, o desenvolvimento tecnológico e a utilização de contratos inteligentes tornam ainda mais complexa a compreensão da abrangência do princípio da função social do contrato. O presente ensaio busca contribuir a que os pensadores do Direito voltem seu olhar aos desafios hermenêuticos decorrentes das alterações tecnológicas e da busca pela eficiência contratual.

* Profesora Titular de Derecho Universidade Católica do Paraná y Profesora Titular de Derecho Universidade Federal do Paraná. Contacto: <marcia.ribeiro@pucpr.br>. Fecha de recepción: 30/10/2020. Fecha de aprobación: 31/01/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; Função; Perspectivas hermenêuticas; condições individuais; contratos empresariais.

ABSTRACT: Contracts act as instruments for harmonising interests, in order to enable business. Business, in a world of scarcity, involves choosing the best allocation of resources. However, the power of choice is not absolute. There are individual conditions that limit the world of choices, either due to the urgency of doing business, or due to the nature of the parties involved. Business contracts, in turn, are essential to commercial practice and, in addition to the characteristics common to other contracts, are inextricably linked to credit, risk, professionalism and the pursuit of profitability. The principle of the social function of contracts, accredited by various laws, in business contracts finds its own ground for reflection, especially when compared with its economic function. At the same time, technological development and the use of smart contracts make it even more complex to understand the principle scope. This essay seeks to contribute for law thinkers to turn their attention to the hermeneutical challenges arising from technological changes and the search for contractual efficiency.

KEYWORDS: Business contracts; Occupation; Hermeneutic perspectives; individual conditions; Business contracts.

I. INTRODUÇÃO

Os contratos tradicionais representam a forma por excelência que permite às partes, titulares de interesses divergentes, estabelecerem um acordo de vontades que permitirá que o bem, serviço ou direito sejam criados, modificados ou transferidos daquele que lhes atribui menor valor àquele que mais os valoriza.

Num universo de escassez, a limitação dos recursos exige do agente que exercite seu poder de escolha, pois uma vez feita, a segunda melhor alternativa terá sido desbancada em proveito da primeira. Vale dizer, o agente deverá computar não apenas o resultado alcançado no negócio, mas igualmente aquele abdicado.

Escolher, porém, nem sempre será a expressão de uma verdadeira opção, já que muitos contratos decorrem da resposta a uma necessidade que reduz ou mesmo retira o poder de barganha de uma das partes. Quanto mais premente a necessidade, quanto mais escassos os recursos e menor a diversidade ou acesso à oferta, menos o conceito de escolha estará atrelado àquele de liberdade privada.

No âmbito dos contratos empresariais somam-se características como o profissionalismo, a simetria informacional, a inexorabilidade do risco e a busca pela remuneração por meio do lucro.

No entanto, a países cujo Direito encontra sua base na tradição do direito escrito, generalista e assentado no princípio da autoridade para a solução das controvérsias, comumente agrupados numa categoria conhecida como *Civil Law*, o princípio da função social do contrato é lançado como ferramenta de diversificação da responsabilidade pelo bem-estar social. As negociações privadas, como ocorre no Direito Brasileiro e no Direito Mexicano, assumem um compromisso de equilibrar a liberdade de iniciativa e algumas finalidades de ordem geral ou pública, tomando-se esta última como limitadora da primeira.

Numa sociedade que opera basicamente sob o modelo contratual tradicional, sujeito a interpretações exógenas de seu con-

teúdo, bastando para isso que tenha sido estabelecida uma lide sujeita à figura da autoridade (administrativa, judicial ou arbitral, por exemplo) a quem caberá a interpretação e aplicação do princípio ao caso concreto, a definição da função social do contrato empresarial é dotada de imensa complexidade. Num panorama, não muito distante, de ampla utilização de contratos inteligentes novos desafios serão revelados diante da impositividade e execução imediata do contrato.

O artigo parte do conteúdo da locução função social do contrato empresarial para demonstrar a necessidade de distinção semântica entre função social e função econômica, para depois trazer ao debate as novas perspectivas que decorrem da utilização de ferramentas tecnológicas no *enforcement* contratual.

Longe de oferecer uma resposta preemptória aos velhos e novos desafios no âmbito da interpretação dos contratos empresariais, o ensaio tem tão somente a pretensão de provocar novos pensadores ao enfrentamento de questões relevantes ao mundo do Direito e dos negócios.

II. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EMPRESARIAL

O princípio da função social dos contratos aparece na redação original do artigo 421 do Código Civil brasileiro de 2002¹, ao lado do princípio da liberdade de contratar e mediante a adoção de estrutura de cláusula aberta².

¹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> (02 jan. 2021).

² AZOIA, V. T.; RIBEIRO, M. C. P., “A função social dos contratos e as externalidades: uma análise econômica”, *Revista do Mestrado em Direito UCB*, v.10.2 n. 2, p.1 - 29, 2016. REALE, Miguel, *Função social do contrato*. Disponível

A invocação da função social dos contratos é comumente associada à ideia de que o contrato deve prestigiar além do interesse das partes no momento em que são firmados e o acesso ao benefício pretendido, o interesse da sociedade humana³, podendo exercer uma função redistributiva de bem-estar.

Compreende-se aí a opção do Código Civil brasileiro de assegurar o valor da livre iniciativa, consagrada pela Constituição Federal brasileira como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por meio de seu artigo 1.º, inciso IV, limitando-a, porém, ao cumprimento da função social do contrato.⁴

Ao se considerar a função social como uma forma de limitação ao poder negocial, admite-se a possibilidade não apenas de os efeitos dos contratos extrapolarem os limites normais das avenças contratuais, especialmente no que diz respeito à esfera jurídica de terceiros, mas também abre o caminho para a manifestação de uma autoridade externa, mediante aplicação e interpretação do seu significado, oferecer uma apreciação do conteúdo da vontade das partes e do contrato, modulando seus efeitos.⁵

em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 5 jan. 2021; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os princípios sociais dos contratos*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Pablomalheiros2.doc> (5 jan. 2021).

³ FERREIRA, Rafael Freire, “Contrato de Compra e Venda”, *Revista Ciências Jurídicas*, v.19, n. 2, p.90-95, 2018. Disponível em: <<http://revista.pgskroton.com/juridicas/article/view/>> (02 jan. 2021).

⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”. In: Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. (02 jan. 2020).

⁵ REALE, Miguel, *Função social do contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. (05 jan. 2021)

Há sistemas jurídicos que adotam como parâmetro formal outros princípios cujo conteúdo pode ser considerado bastante assemelhado ao que se pretende por função social. É o caso do Código Civil Federal Mexicano que em seu artigo 1796 faz referência ao caráter obrigatório da boa fé, reconhecendo-a, portanto como integrante do *enforcement* contratual, assim como dispõe, no artigo 1831 que o fim ou motivo determinante dos contratantes não deve contrariar a ordem pública⁶.

Todavia, ainda que doutrinadores ou autoridades encontrem um significado que preencha o conteúdo do princípio com o propósito de extensão da oferta de bem-estar à sociedade, por meio de um contrato entre privados, qualquer aplicação que deixe de conciliar os impactos da interpretação que relativiza a autonomia das partes, ou de uma das partes, tem a potencialidade de produzir efeitos indesejáveis ou sequer aventados. Não observar essa potencialidade faz da aplicação do princípio um instrumento ideologizado ou que expressa uma opinião pessoal, com ampla possibilidade de geração de um ambiente de insegurança jurídica.⁷

⁶ “Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. (...) Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”. Mexico. Nuevo Código. Promulgado em 30 de agosto de 1928. Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Disponível em: www.oas.org/dil/esp/Código Civil Federal Mexico.pdf. htm>. (02 jan. 2020).

⁷ AZOIA, Viviane Taís; SATO, Charles Kendi. *Do liberalismo à função social do contrato*. 2014. 155 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Maringá, 2014. p. 143.

Uma suposta interpretação funcionalizada de um contrato, por exemplo, entre um prestador de serviço e um usuário, que obrigue à aplicação de um preço reduzido em relação ao que seria praticado no mercado gerará impacto para os demais usuários, a quem o benefício não se aplica, mediante elevação de custo e, eventualmente, gerar o próprio desinteresse pelo serviço. Esse seria o caso, por exemplo, de políticas públicas que interferem no contrato de transporte de passageiros para determinar a gratuidade de utilização a partir de determinada faixa etária; ou, que reconhecem o direito a ingressos mais baratos para jovens terem acesso a atividades culturais.⁸

Contrato é, antes de tudo, uma ferramenta econômica reconhecida pelo Direito. A base da aceitação de seu aspecto impositivo (*enforcement*) pode ser facilmente associada a dois aspectos não menos relevantes entre si: (i) o reconhecimento de seu caráter vinculativo, desde que firmado em consonância com o sistema legal, caráter esse que permitirá a adoção de medidas voltadas à sua execução forçada, na hipótese de recusa ao seu cumprimento; (ii) a força da vinculação como uma decorrência da expressão da vontade negocial.

É certo que não há como reduzir todas as formas de contratar a um rol idêntico de características e de força da incidência dos dois aspectos acima mencionados. Ou seja, a depender da circunstância contratual, expressa no grau de liberdade de escolha e no sistema normativo aplicável, haverá diferentes níveis para uma potencial invocação da função social do contrato.

No caso dos contratos essenciais, assim considerados aqueles relacionados às necessidades básicas ou aos direitos fundamentais da pessoa física⁹, por exemplo, a vontade negocial e o poder de

⁸ RIBEIRO, M. C. P., “Educação e Cultura: Direito ou Contrato?” en *Revista Direito GV.*, v.4, 2006, pp. 117-137.

⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STEINER, Renata C. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. *Revista Direito GV.*, v.4 n. 2, 2008, pp.569 - 581.

barganha perdem espaço e, em muitos sistemas, como no brasileiro, um sistema normativo especial já impõe restrições ao *enforcement* contratual. É o caso do Código Brasileiro do Consumidor que considera não escritas ou nulas determinadas cláusulas contratuais¹⁰. Quando a funcionalização do contrato é incorporada pela norma, não há sequer necessidade de declarar o princípio, concluindo-se que o legislador já o incorporou ao estabelecer de-

¹⁰ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”. In: Brasil, Lei 8.078/90. Promulgada em 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado. Acesso em: 06 jan. 2021.

terminadas condicionantes aos termos contratuais ou ao seu *enforcement*.

Diante da imprecisão de seu conteúdo, do risco que acompanha a intervenção na vontade contratual e da inexistência de incorporação legislativa que opere como uma forma de declaração desse conteúdo, é bastante comum que as decisões judiciais associem o princípio da função social do contrato a outros fundamentos, como boa-fé contratual ou a defesa de determinada categoria, como a dos consumidores¹¹.

Por outro lado, para os contratos empresariais, retomando-se os elementos que afetam o caráter impositivo de um contrato, a expressão da vontade dos agentes atinge um patamar oposto àquele associado à essencialidade, já que estão inseridos na prática profissional que deve ter suas bases estabelecidas sobre a eficiência no uso dos recursos, na busca pela capacitação técnica, no conhecimento do mercado e na assunção de riscos¹².

Não por outro motivo, Roppo destaca o papel dos contratos como ferramentas jurídicas destinadas a promover as transações de mercado, logo, tão mais complexo e melhor será o Direito Contratual quanto mais desenvolvido for o mercado em determinada sociedade¹³.

Os contratos devem ser considerados como inseridos em determinada cadeia negocial ou mercado. Como explica Mankiw, mercado pode ser visto como o resultado da integração de um grupo de compradores e vendedores de determinado bem ou serviço. O grupo dos compradores responde pela demanda pelo pro-

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, GALESKI JR, “Irineu. Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica”, *Revista dos Tribunais*, Ed. Sao Paulo, n. 2, 2015.

¹² RIBEIRO, MARCIA CARLA PEREIRA, “Contratos Empresariais”, In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, v. 4, pp. 2-20.

¹³ ROPPO, Enzo, *O contrato*, trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 1988. p. 11.

duto, e os vendedores, também como grupo, determinam a oferta do produto, não existindo funcionamento de uma economia de mercado sem a demanda e correspondente oferta¹⁴.

Os mercados assumem diferentes formas, podendo ser altamente organizados ou rudimentares. Para Mackaay e Rosseau, mercado existe tanto na hipótese em que pessoas que têm bens ou serviços para oferecer procuram os potenciais interessados, como naquela em que compradores potenciais buscam fornecedores, ou quando os dois movimentos ocorrem simultaneamente¹⁵. O mecanismo que permite a interação entre oferta e demanda é o preço, que opera como uma fonte de sinalização para os fornecedores e adquirentes ajustarem seus planos de forma coordenada.

Para Coase, por sua vez, mercados são instituições que existem com o intuito de facilitar transações de troca, isto é, existem a fim de reduzir os custos incorridos nas trocas.¹⁶

Grande parte dos contratos estará inserida no mercado, isto é, estará sujeita ao movimento de oferta e de demanda, essencialmente aqueles cujo objeto seja um bem econômico. O que, então, justificaria um tratamento diferenciado para os contratos enquadráveis como contratos empresariais, ao se considerar aspectos de funcionalização?

No meu entendimento, três aspectos devem estimular essa diferenciação e estão associados ao conceito de mercado: (i) o volume de negócios praticados, ou seja, a probabilidade de replicação do negócio no tempo; (ii) a possibilidade de transferência das perdas decorrentes da intervenção interpretativa que altera o preço por força da imposição de um ônus justificado na função social

¹⁴ MANKIW, N. Gregory, *Introdução à economia*, 4ª ed. brasileira, São Paulo, Cengage, 2020, p. 54.

¹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo, Atlas SA, 2015. p. 91.

¹⁶ COASE, R. H., "A firma, o mercado e o direito" 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2017. p. 8.

do contrato; e, (iii) a potencialidade de supressão de modelos de negócio em razão de sua inviabilidade ou desinteresse.

Um caso paradigmático, ocorrido no Brasil, que pode confirmar o risco de distorções na aplicação do princípio da função social do contrato em nome de uma efetivação da justiça distributiva e que conduziu à supressão de modelo de negócio no mercado foi trabalhado por Timm ao analisar a intervenção judicial em contratos de financiamento de soja no Estado de Goiás.¹⁷ O modelo tradicionalmente adotado tinha por base o financiamento privado, na modalidade de compra antecipada da produção. Com base no valor recebido, o produtor capitalizava o plantio e garantia níveis de lucratividade. Nesse sistema de compra antecipada de safra, o produtor, atendidas as atribuições definidas contratualmente, transferia o risco para o adquirente. No entanto, como eventualmente se observa no mercado de *comodities*, em determinado ano o produto alcançou uma valorização incomum, o que motivou alguns produtores a ingressarem com ações revisionais de seus contratos com base na ocorrência de fatos imprevisíveis, enriquecimento injustificado e função social dos contratos, de forma a terem declarado seu direito de não cumprimento dos termos do contratado, mediante desoneração da entrega do produto como uma decorrência do mencionado aumento do preço do produto no mercado. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, com base na função social do contrato, acatou a tese de que a excepcional valorização do produto e a produção de efeitos positivos para o adquirente, sem a partilha dos bons resultados com o produtor efetivamente estava a justificar o afastamento do *enforcement* do contrato.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti, “Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica” em *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 2, p. 1-40, 2009, pp. 35-37.

Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26>>. (05 jan. 2020)

Como resultado imediato da repetição dessa mesma interpretação em várias situações e em outros estados produtores do país, no período que se seguiu à formação da jurisprudência praticamente desapareceu do mercado brasileiro a oferta de contratos na modalidade compra de safra, obrigando os produtores à busca de outras fontes de financiamento para dar conta de sua atividade de plantio e colheita, fontes tradicionalmente mais onerosas. Ou seja, a supressão da modalidade de financiamento privado, pela via de compra antecipada de safra, atingiu não apenas aos produtores que obtiveram as decisões favoráveis, mas também outros produtores, produzindo efeitos, portanto, para o mercado como um todo. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça reverteu tais decisões ao acrescentar elementos econômicos na apreciação e considerar que atributos de função social não podem desconsiderar o papel essencial do contrato, ou seja, sua função econômica.

A interferência judicial nos contratos, especialmente pelo uso de conceitos abertos, como é o caso daquele de função social, afasta o fator de previsibilidade e gera instabilidade jurídica de maneira tão mais acentuada quanto maior a possibilidade de extensão dos efeitos a outros que não participaram das ações judiciais e quanto maior o incentivo à proposta de novas demandas como decorrência dos precedentes criados.¹⁸

Também a interferência legislativa, de cunho protetivo e que altere condições contratuais, prevendo, por exemplo, uma oneração impositiva que não possa ser superada pela negociação entre as partes poderá produzir as mencionadas externalidades. Craswell comenta a eventual existência de um dispositivo legal que modifique e amplie a garantia obrigatória dos produtos e seus impactos em relação aos diferentes grupos que seriam atingidos pela determinação legal para concluir que somente algumas categorias de consumidores seriam efetivamente beneficiadas por

¹⁸ *Ibidem*, p. 4.

uma ampliação de garantia que, num primeiro momento, aparentaria ser interessante para todos os potenciais consumidores¹⁹.

Deste modo, o *enforcement* contratual parece-me merecer uma análise particular no que diz respeito aos contratos privados. Nesse sentido, uma recente alteração promovida no Código Civil brasileiro acompanha essa linha de pensamento. A alteração ao teor do artigo 421 (teor reproduzido na nota de rodapé 1, acima), incluiu um parágrafo único ao dispositivo: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual” (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)²⁰. A alteração legislativa parece corroborar para a conclusão de que além da elevação dos custos de transação, a interferência judicial pode provocar externalidades negativas, como já mencionado, quando os efeitos forem suportados indiretamente por terceiros que venham a participar de futuras negociações, já que a imposição de ônus vai interferir, provavelmente, no preço praticado no mercado.

III. FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO

Manter o *enforcement* dos contratos, especialmente daqueles de ordem privada e comerciais, fomenta a estabilidade necessária ao bom desempenho de uma economia de mercado. Essa constatação se relaciona de perto com a conexão entre necessidade de crédito e de investimentos para o desenvolvimento empresarial e ambientes econômicos estáveis, de forma a que tornem atrativos

¹⁹ CRASWELL, R., “Passing on the Costs of Legal: efficiency and distribution in buyer-seller relationships”, *Stanford Law Review*, n. 43, 1991., pp. 361-398.

²⁰ Brasil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. (02 jan 2021).

não só os investimentos de médio e longo prazo, como também a poupança pública.

Deste modo, ao lado da função social do contrato e de sua utilização como ferramenta de justiça distributiva, deve se estar atento à função econômica dos contratos.

Os contratos são firmados porque deles se espera o cumprimento, e, por consequência, a transferência, modificação ou criação de um direito. Logo, o propósito direto do contrato deve decorrer do que nele vem expresso quanto ao seu objeto. Essa delimitação do objeto, por sua vez, é necessária à configuração dos direitos e deveres das partes que o pactuam. O *enforcement* do contrato resulta de uma opção de preferência pelo cumprimento de suas determinações, da forma como expressas no objeto, devendo-se invocar alguma forma de interpretação por autoridade tão somente quando os termos do contrato não tiverem sido redigidos de forma suficientemente clara, ou, na hipótese de se estar diante de uma cláusula considerada nula pela ordem jurídica.

Portanto, uma das funções econômicas que não se pode retirar de um contrato privado é o cumprimento de seu objeto, da forma como delimitado pelas partes. A excepcionalidade da interferência, invocando-se, por exemplo, o princípio da boa-fé empresarial, não deve rotineiramente enfraquecer a função econômica do contrato.

E, mais uma vez, essa constatação se amplifica no que se refere aos contratos empresariais em função, dentro outros aspectos, de sua vocação a gerar efeitos que terão impacto no mercado, atingindo terceiros, e, não apenas entre as partes signatárias. Logo, a efetivação de uma justiça distributiva por meio dos contratos produz riscos de efeitos não ventilados ou indesejáveis.

A reforma do Código Civil brasileiro, ocorrida em 2019, incluiu um novo dispositivo. Trata-se do artigo 421-A, claramente incorporado com o propósito de institucionalizar, por meio de uma inclusão normativa, princípios que devem ser considerados em relação aos contratos privados. O dispositivo declara a presunção de paridade e de simetria de efeitos entre as partes

que firmam contratos civis e empresariais, admitindo, porém, o afastamento da presunção estabelecida quando da existência de elementos concretos que justifiquem essa excepcionalidade. O dispositivo privilegia (em seu inciso I) que as partes estabeleçam desde logo parâmetros objetivos de interpretação, assim como pressupostos que devem orientar a revisão ou eventual resolução do contrato.

Considero que se deva destacar, ainda no artigo 421-A do Código Civil brasileiro, o expreso reconhecimento no sentido de que os contratos também são formatados levando-se em consideração a alocação de riscos. E, a alocação de riscos encontra-se normalmente refletida no preço dos negócios entre profissionais²¹.

Logo, a natureza dos contratos utilizados pela empresa ou por profissionais no exercício de sua atividade típica não pode ser comparada com aquela dos contratos nos quais figuram em seus polos agentes não qualificados como profissionais, caso de um contrato de consumo e de um contrato de trabalho.

O diferencial está no caráter profissional de seus signatários associado à não eventualidade no exercício de uma atividade refletida direta ou indiretamente no objeto do contrato. O afastamento da vontade manifestada no contrato empresarial, por exemplo, com base em aspecto funcional que se distancie de sua função econômica, repercutirá de forma intensa na cadeia econô-

²¹ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) . I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) . II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (...).Brasil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/200. (02 jan. 2021).

mica, o que exige do intérprete considerar os efeitos econômicos inerentes aos contratos entre empresas.

Os contratos privados de índole patrimonial têm em sua essência os vetores lucro, risco e previsibilidade, que não podem ser de ordinário desconsiderados em benefício de uma funcionalização social. No campo negocial, vinculado à atividade típica das empresas, elementos como a tutela do crédito, o cotejo entre a segurança e a previsibilidade, a possibilidade do risco, da perda e do lucro sugerem uma interpretação peculiar, pois, o princípio da boa-fé (que também se relaciona com o da função social do contrato) nas “relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes”²².

Outro fator fundamental na interpretação dos contratos empresariais e conexo aos elementos anteriores está na condição informacional de seus signatários, daí o dispositivo comentado ter declarado uma presunção de simetria, entenda-se aí incluída a simetria informacional nos contratos civis e empresariais. Nos contratos em que seus signatários são profissionais, agentes que atuam no mercado e que terão como resultado final a prosperidade ou a ruína, a maior ou menor obtenção do lucro, a ampliação ou a retração de sua parcela de mercado são consequências diretas de suas ações, habilidades e escolhas. Assim, interpretações que desprestigiem os termos do que foi pactuado pelas partes num contrato empresarial/profissional acarretará, dentre outros efeitos, a outorga de um diferencial competitivo apto a interferir nas condições concorrenciais em determinado mercado relevante. “*Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os pre-*

²² FORGIONI, Paula A., “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro” em *Revista de Direito Mercantil*, v. 130, 2003, p. 31.

*juízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado*²³.

A função econômica e as assimetrias identificáveis em contratos de consumo (informacional) e nos contratos de trabalho (dependência) não podem ser equiparadas às assimetrias típicas de determinados contratos empresariais²⁴ nos quais as partes escolhem se submeter aos seus termos.

Ao firmar um contrato, o agente econômico se compromete ao *enforcement*, na extensão do combinado, de forma a que se confirme a justa expectativa dos contratantes (também uma das faces da função econômica). Quando a expectativa é rompida, compromete-se a função econômica do contrato, além de uma provável afronta ao princípio da boa-fé. A boa-fé contratual empresarial, por outro lado, atrela-se a elementos objetivos (e não à subjetividade de uma escolha equivocada ou de um arrependimento) relacionáveis à causa do negócio e ao seu objeto, e, nas hipóteses em que precise ser interpretada, não se pode abrir mão dos usos e costumes como ferramenta hermenêutica²⁵. Logo, a interpretação dos contratos empresariais e a higidez de sua função econômica devem também considerar parâmetros adotados no mercado.

E, mais uma vez retornando-se ao teor da modificação normativa brasileira, os contratos formalizam a alocação de riscos e a internalização de custos.

Um primeiro exemplo da alocação de riscos por meio do contrato pode ser extraído da modalidade contratual conhecida como

²³ FORGIONI, Paula. *A interpretação dos negócios empresariais*. Tratado de Direito Comercial. v.5, Obrigações e Contratos Empresariais, ULHOA COELHO, Fábio (coord.), São Paulo, Saraiva, 2015, p. 84.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, *As obrigações empresariais*, Tratado de Direito Comercial, v.5, Obrigações e Contratos Empresariais, ULHOA COELHO, Fábio (coord.), São Paulo, Saraiva, 2015, p. 17.

²⁵ FORGIONI, Paula, *A interpretação dos negócios empresariais*, Tratado de Direito Comercial. v.5, Obrigações e Contratos Empresariais, ULHOA COELHO, Fábio, (coord.) São Paulo, Saraiva, 2015, p. 103.

built to suit. Por meio dela, uma empresa contrata um incorporador que irá realizar a construção de um imóvel que atenderá às especificações do contratante e que será posteriormente disponibilizado a este, por meio de um contrato de locação. O contratante, ao se valer desse negócio, não terá o custo de aquisição do imóvel, nem os custos de construção, ao mesmo tempo em que terá a disponibilidade por um determinado prazo, de um imóvel que atende exatamente às suas necessidades. Nesse contrato, a fixação e o prazo da locação estão associados aos custos da obra e à expectativa de remuneração do investimento realizado pela incorporadora. Logo, sob o argumento, por exemplo, do preço de outras locações serem muito diferente da locação decorrente da construção sob medida, não seria razoável. Assim como não seria razoável, sob a premissa da função social do contrato, derogar-se a sua função econômica que pode ser resumida como permitir o acesso a um imóvel adequadamente construído para uma determinada prática profissional, sem que o futuro locatário tenha adquirido o imóvel.

Outro exemplo de alocação de riscos pode ser associado a contratos de obras de construção civil, muito especialmente com relação àquelas que envolvem complexidade e que reúnem construção civil à implantação de bases industriais. Da mesma forma como relatado para o *built to suit*, foram criadas opções contratuais que permitem maior especialização e que aperfeiçoam a alocação dos riscos.

Daí a difusão mundial de modalidades de contrato de construção civil, por meio das quais a organização contrata uma empresa para a gestão completa da obra, incluindo a confecção e ou revisão dos projetos básicos e de execução, assim como o fornecimento de material e de pessoal. São os contratos conhecidos como *EPC- Engineering Procurement Construction Contract*, normalmente comparáveis aos contratos *turnkey*, ou seja, contratos que se caracterizam pelo estabelecimento de preço fixo, agenda intensiva de construção. É muito usual em construção com propósito específico, em relação aos quais o contratante assume uma gama importante de responsabilidades, inclusive obrigações em

relação ao *design*, engenharia, gestão de negócio, representação, construção, procedimentos para início das atividades, realização de testes (chamados no contrato analisado de comissionamento), elaboração de manuais e treinamento de pessoal²⁶.

Os contratos EPC/turnkey não são impostos às empresas, mas sim apresentados como uma opção de contratação que pode vir a atender ao interesse das partes envolvidas: o contratante que irá investir para receber a obra pronta para uso sem a necessidade de múltiplas contratações (levando-se em conta a complexidade da obra e a exigência concomitante de várias expertises) e o contratado que irá se valer de sua expertise (ou de seus subcontratos, sob sua responsabilidade) para lucrar. São contratos de objeto bastante amplo “que engloba a elaboração dos projetos de engenharia e arquitetura do empreendimento, a aquisição dos matérias e equipamentos necessários, a construção de edifícios e estruturas e a montagem eletromecânica”²⁷.

A redução dos custos de transação está na base da escolha pela modalidade EPC/*turnkey*. Porém, além das obrigações relacionadas ao design e engenharia, fornecimento de equipamentos e construção, o contrato EPC necessariamente contempla outras duas condições: a fixação de prazos certos e do preço global do contrato²⁸.

É da essência do modelo a alocação prévia dos riscos, o que irá produzir impacto no preço do contrato. A função do contrato é promover a alocação de riscos nos termos do instrumento contratual. Para que seja demonstrada como a mais adequada, deve levar em consideração, como princípio fundamental, especial-

²⁶ GARNER, Bryan A., *Black's law dictionary*, 9^a ed., St. Paulo, Thomson West, 2009, p. 369.

²⁷ CARMO, Lie Uema do, “Contratos de construção de grandes obras”, Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2012. p. 101-102

²⁸ MOHAMMADIAN, Yaser; ZARE, Ali., “Responsibilities in accepting dangers and risks in EPC/turnkey contracts. Survey of Malaysian Law” vol. 14, Supplement Issue 1, 2017. p. 317.

mente nas grandes obras, uma distribuição de risco que considere a parte que pode melhor controlar tais riscos ou melhor suportar um determinado tipo de risco, agente ao qual se destinam os incentivos para que por eles responda²⁹ — entenda-se aí que a fixação do preço funciona como o mais evidente estímulo à aceitação dos riscos.

De tão clara a relação entre a função econômica do contrato e a alocação dos riscos e o preço, no âmbito do mercado internacional a base para os contratos EPC é normalmente extraída de modelo elaborado pelo FIDIC- *International Federation of Consulting Engineers*, organização sediada em Genebra e que congrega múltiplas associações de engenheiros-consultores distribuídas pelo mundo, inclusive a Associação Brasileira de Consultores de Engenharia³⁰. A FIDIC optou por normatizar modelos que contemplam a partilha de responsabilidades e riscos em três categorias, editando para cada uma delas uma cartilha, a cartilha vermelha, a amarela e a prata³¹. O que caracteriza o contrato, na cartilha prata (*turnkey*) é o que se pode chamar de obrigação de resultado, inclusive aceitando-se a responsabilidade do contratado pela adoção das informações fornecidas pelo contratante ou por terceiros³².

Ao mesmo tempo em que o *turnkey* reduz o número de contratos ao centralizar toda a pretensão do contratante em um único contratado, é justamente a alocação de riscos que estará na base

²⁹ MILLER, Roger; LESSARD, Donald, “The strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks, and governance”, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 2000, p. 171.

³⁰ Disponível em: <<http://fidic.org/members>>.

³¹ MOHAMMADIAN, Yaser; ZARE, Ali, *Responsibilities in accepting dangers and risks in EPC/turnkey contracts. Survey of Malaysian Law*, vol.14, Supplement Issue 1, 2017, p. 321.

³² MOHAMMADIAN, Yaser; ZARE, Ali, *Responsibilities in accepting dangers and risks in EPC/turnkey contracts. Survey of Malaysian Law*, vol.14, Supplement Issue 1, 2017, p. 322.

do preço oferecido pela contratação. Vale dizer, a alocação dos riscos e responsabilidades na figura do contratado produz reflexos no preço, elevando-o.

Logo, nas novas formas contratuais destacadas neste tópico, a alocação dos riscos que proporcionam é embutida na fixação do preço do contrato e qualquer interpretação não justificada aos termos do contrato irá se contrapor à função econômica do contrato e ao seu *enforcement*.

IV. A GUIA DE CONCLUSÃO: O PAPEL DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Finalmente, ao se apresentar uma proposta de abordagem sobre função social dos contratos e função econômica dos contratos, não se pode deixar de apontar para as perspectivas em relação à própria utilização e formatação dos contratos, no momento em que se observa a disseminação da utilização de contratos inteligentes, *smart contracts*, em plataformas disruptivas conhecidas como blockchain.

A tecnologia *blockchain* produziu e produz a quebra de paradigmas até então existentes. Muito embora tenha ganhado notoriedade a partir do *blockchain* do *bitcoin*, propiciou inovação em termos de organização empresarial e de *enforcement* contratual.

Partindo de uma irresignação acerca da dependência do comércio na Internet de instituições financeiras atuantes como terceiros confiáveis para o processamento de pagamentos eletrônicos, ante as fraquezas decorrentes de um sistema baseado na confiança tradicional, foi apresentada a proposta de funcionamento da tecnologia *blockchain* como uma proposta para a solução de

problemas relacionados a confiança, relativização do *enforcement* contratual e outros geradores de custos.^{33 34}

Deste modo, transações irreversíveis protegeriam os vendedores de eventual fraude, e mecanismos de garantia dos depósitos poderiam ser implementados para a proteção dos compradores³⁵, mediante a retirada de qualquer grau de subjetividade ao negócio.

É também a tecnologia *blockchain* que permite uma utilização mais ampla dos *smart contracts* para além da hipótese inicial de sua criação, ocorrida a partir da aceitação e generalização das *venting machines*.

Smart contracts são protocolos eletrônicos de autoexecução. Quando implementados em uma *blockchain*, permitem que determinada operação se execute automaticamente quando os acontecimentos pré-determinados pelo criador ocorrerem.

Logo, a função econômica do contrato do contrato, seu *enforcement*, na cadeia *blockchain* estará distanciada de qualquer juízo hermenêutico ou de invocação de função social. Provavelmente essa segurança decorrente do próprio *smart contract* funcionará para a redução dos custos de transação decorrentes de eventual inadimplemento ou interpretação em desconformidade com o pactuado.

³³ OLIVEIRA, Cléber, *Bitcoin-Problema do gasto duplo (Double Spend Problem)*, Medium, maio, 2018. Disponível em: <<https://medium.com/@cleberw3b/problema-do-gasto-duplo-double-spend-problem-91e7c09c4af5>> (21 dez. 2020).

³⁴ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. (23 dez. 2020). No mesmo sentido: ALHARBY, Maher; VAN MOORSEL, Aad, “A Systematic Mapping Study On Current Research Topics In Smart Contracts” *International Journal of Computer Science & Information Technology (IJCSIT)*, vol. 9, n. 5, outubro/2017, pp. 151-164, p. 152. DOI: 10.5121/ijcsit.2017.9511.

³⁵ NAKAMOTO, Satoshi, *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> (23 dez. 2020).

O uso dos contratos inteligentes, ainda que em sua primeira fase histórica, já pode ser identificado em operações relacionadas, por exemplo, a contratos de seguro que, conectados a uma rede pública de informações sobre a imposição de penalidades sobre o condutor, ou mediante controle de velocidade, irão automaticamente majorar ou diminuir o prêmio a ser pago mensalmente para a manutenção do seguro.

Também, ainda em caráter experimental, a utilização de contrato de locação em imóvel cujo acesso seja ligado a uma rede inteligência, fazendo que o atraso no pagamento da locação devida, atendidas as condições do contrato, possa levar à negativa de acesso ao local.

Muitas são as potencialidades, e a breve lembrança a essa janela para o futuro, ao finalizar o artigo, tem por finalidade, como dito na introdução, provocar novas reflexões sobre as funções de um contrato e sobre o impacto que os novos negócios e as tecnologias podem trazer em relação a princípios reconhecidos nas ordens jurídicas dos países.

