2. DOGMÁTICA JURÍDICA E CRÍTICA DO DIREITO CONTRATUAL

Não é nova a distinção entre uma reflexão dogmática e uma reflexão crítica sobre direito. A dogmática pode ser entendida como uma construção conceitual que visa oferecer critérios axiomáticos de referência para o processo de aplicação do direito. Em outras palavras, ela é a tecnologia que forma o processo que permite pensar e organizar o direito como um sistema unitário passível de interpretação dedutiva, satisfazendo um ideal de racionalização formal que pode garantir previsibilidade e segurança à ordem jurídica.[14] Este papel teórico é desempenhado pela doutrina dogmática ou teoria do direito contratual positivo. Tal tarefa teórica tem um papel necessariamente conservador e retrospectivo, na medida em que atua como uma espécie de "racionalização", num sentido freudiano, das experiências jurídicas pretéritas e históricas sob uma forma sistemática.[15]

Há contudo uma outra dimensão de pensamento, que num sentido amplo também poderia ser denominada de teoria crítica,[16] que tem como tarefa a reflexão sobre "aquilo que faz com que as práticas jurídicas permaneçam de direito numa conjuntura histórica determinada".[17] A dimensão crítica não se reporta à sociedade, à inadequação do direito ao fato ou à sua concepção como um instrumento de dominação, alienação e ocultamento — conforme

14. Esta idéia de direito como sistema é encontrada, por exemplo, em Max Weber, "Las formas de creación de los derechos subjetivos" In: *Economía y Sociedad*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 532 e ss. e Niklas Luhmann, *Systema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Sobre o conceito sistema no direito ver Tércio Sampaio Ferraz Jr., *O Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais - EDUSP, 1976, especialmente p. 7-29.

15. Sobre tal concepção ver Niklas Luhmann *Systema Jurídico y Dogmática Jurídica*, op. cit., p. 61-74 e Tércio Sampaio Ferraz Jr, *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação.*, São Paulo, Atlas, 1988 e *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

16. Muito embora num sentido mais profundo e rigoroso devêssemos denominá-la reflexão crítica, face o seu caráter definitivamente a-teórico, vide de François Ewald, *O Direito do Direito*, op. cit., p. 225-226.

17. *Foucault. A Norma e o Direito*, op. cit., p. 65

consagrado por forte tradição sociológica, especialmente o marxismo — mas à história e às racionalidades históricas, vale dizer, às suas condições de possibilidades epistemológicas. Em outras palavras, o conceito de crítica é aqui entendido dentro de uma tradição kantiana, excluído, é claro, qualquer tipo de transcendentalismo a-histórico. Não se trata de descobrir as condições *a priori* do conhecimento, mas sim as suas condições históricas de emergência e possibilidade.[18]

3. NOVOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Uma das preocupações desta pesquisa é examinar e enunciar os novos princípios gerais do direito contratual, por vezes ainda pouco aparentes, porquanto ainda incipientes, outras vezes mais aparentes, mas ainda não plenamente consagrados e explorados. Para mim importa especialmente enunciar aqueles aplicáveis aos contratos de consumo de longa duração ou contratos relacionais de consumo. O tratamento privilegiado à questão dos princípios gerais do direito, e não à exposição sistemática de uma dogmática jurídica contratual de consumo, se deve a dois motivos. O primeiro motivo está ligado ao fato de que esta tarefa em larga medida já tem sido realizada pelos doutrinadores brasileiros, em que pese o fato de que ao meu ver os resultados de uma maneira geral possam ser criticados a partir de um ponto de vista que este trabalho procurará explicitar.[19] Há também uma razão de fundo mais importante para esta opção, que em momento algum deve ser confundida com o reconhecimento de algum privilégio de impor-

18. Vide Michel Foucault, *As Palavras e as Coisas*, São Paulo, Martins Fontes, 1985. Tratei do assunto no artigo *Foucault: o poder e o direito*, In: Revista Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 2. 1º semestre 1990, p. 151/176.

19. Por exemplo, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, op. cit., Alberto do Amaral Jr., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, RT, 1993, Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do Consumidor Comentado*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.

tância para a tarefa que se quer empreender em relação ao trabalho de elaboração de dogmática jurídica contratual ou direito contratual positivo. A prática dos princípios gerais do direito de certo modo define a própria história do direito enquanto processo autoreflexivo, isto é, enquanto positividade cambiante. Em outras palavras, é a partir dos princípios gerais do direito contratual que será possível identificar a Norma, ou regime de produção de enunciados normativos, que define a juridicidade do direito contratual na modernidade.

Conforme anunciado anteriormente, uma das mudanças importantes ocorridas no direito contratual refere-se à introdução de valores de bem-estar social, ou valores welfaristas, como os prefiro denominar, na disciplina jurídica das relações contratuais.[20] Para analisar tal processo é importante entender como alguns valores liberais vão sendo paulatinamente substituídos ou mitigados por estes mesmos valores. Mostrá-lo é a tarefa a ser cumprida nas próximas páginas.

4. O LIBERALISMO E O DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO

O capitalismo moderno e o pensamento liberal cunharam a feição básica do conceito de contrato que ainda hoje exerce papel

20. Conforme observa Esping-Andersen em "Welfare States and the Economy", In: Neil J. Smelser e Richard Swedberg (editors), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, New York, Russell Sage Foundation, Princeton University, 1994, o conceito de "Welfare State" não se confunde com a prática de políticas sociais. Na literatura sobre o assunto no Brasil o conceito de Estado do Bem-Estar muitas vezes é identificado ao Estado Assistencial. Entendo, contudo, que o *Welfare State* define um tipo de arranjo institucional específico e historicamente determinado, que surge juntamente com valores e racionalidade próprias. Por tal motivo, prefiro referir-me ao *Welfare State* ao invés do Estado do Bem-Estar Social e a valores *welfaristas*, como valores próprios deste tipo de arranjo institucional, político e econômico, do que utilizar a expressão justiça distributiva. Sobre o assunto ver de Jurgen Habermas, *A crise de legitimação do capitalismo tardio*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980 e *Welfarism in Contract Law*, Edited by Roger Brownsword, Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson, Dartmouth Publishing Company, Great Britain, 1994, Gösta Esping-Andersen, *The Three World of Welfare Capitalism*, New Jersey, Princeton University, 1990.

dominante na regulação de grande parte das relações sociais do mundo contemporâneo. Em poucas palavras, o liberalismo cunhou uma forma de entendimento e de regulação de práticas de troca que passaram a ser assumidas como a forma básica e natural das relações sociais, especialmente as econômicas.

O direito contratual clássico que se iniciou no século XVIII e teve seu apogeu no século XIX apresentou dois caracteres distintivos básicos que marcaram todo o pensamento contratual que o sucedeu.[21] Em primeiro lugar, como uma decorrência das exigências de racionalização e sistematização, o direito contratual passou a ser concebido como um conjunto de poucas regras e princípios, simples, abstratos e universais. Tal racionalização tornou-se possível graças a um processo seletivo de escolha de princípios e abstração, que os tornava independentes de seus contextos institucionais, morais e econômicos específicos que formavam a sua tradição histórico-jurídica mais remota. Neste sentido, pode-se afirmar que o que ocorreu com a história do direito contratual clássico é apenas um capítulo do processo mais amplo e geral de racionalização do direito de origem romanística, feito em boa medida em especial nos países da Europa continental, a partir do século XVIII através do processo intelectual conhecido como

21. Para Serpa Lopes, as características essenciais do contrato clássico seriam: "1° os indivíduos são livres de contratar ou de não contratar; 2° nulo é o contrato em não havendo um consentimento livre; 3° o conteúdo do contrato pertence livremente à determinação das partes contratantes; 4° no caso de conflito interespacial de leis, os contratantes são livres de eleger a lei aplicável às suas relações contratuais; 5° concluído o contrato é ele intangível, a menos que as próprias partes contratantes o rescindam voluntariamente; 6° o contrato concluído livremente incorpora-se ao ordenamento jurídico, tendo o contratante o direito de pedir a intervenção do Estado para a execução da obrigação não cumprida; 7° o juiz, ao aplicar o contrato, é obrigado a se ater à intenção comum das partes contratantes", In: Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil (Fontes das Obrigações: Contratos)*, v. III, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 19. O conceito de pensamento contratual clássico será desenvolvido com maior detalhe no capítulo III. Baseio-me aqui especialmente nos trabalhos de P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University, 1988 e Ian Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", In: Northwestern University Law Review, v. 72, n. 6 (1988).

"Recepção".[22] No âmbito do direito do *Common Law* tal fenômeno é usualmente descrito como a formação do direito contratual clássico.[23]

Um segundo aspecto importante do direito contratual clássico constitui-se no fato de que ele concebe o contrato como a fórmula canônica, geral e abstrata de diversas relações sociais. Assim, relações que anteriormente eram vistas em termos de status, confiança e dependência econômica (que poderiam ser chamados de elementos contratuais não-promissórios) passaram a ser reinterpretadas do ponto de vista de uma nova concepção de contrato. É o que ocorreu em larga medida com o direito de família, com o direito de propriedade (compra e venda), com o regime jurídico do fornecimento de bens e serviços ao governo e com a responsabilidade contratual. Trata-se do fenômeno conhecido como a passagem do status ao contrato, pioneiramente descrito por Summer Maine e posteriormente incorporado e desenvolvido pela tradição jurídico-sociológica ocidental.[24] A idéia clássica de contrato exerceu, assim, um papel informador das regras de julgamento jurídico e social que foi muito além da regulação das relações econômicas de troca. Tal fenômeno foi descrito por Marx como a "mercantilização das relações sociais"[25] e por Weber como

22. Franz Wieacker, *História do Direito Privado*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980; Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, Monchrétien, 1975; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University, 1991, p. 134-160, P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 532-540.

23. P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd edition, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1981, p. 7-15, Morton Horwitz, *The Transformation of American Law - 1780-1860*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1977, especialmente os capítulos "The Triumph of Contract", p. 160-210 e "The Rise of Legal Formalism", p. 253-266 e Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, Ohio State University, 1974.

24. Henry Summer Maine, *Ancient Law, Its Connection with the Early history of Society and its Relation to Modern Ideas*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970, especialmente p. 295-354, Émile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, Trad. W. D. Halls, New York, Free Pres, 1993, Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 550 e ss.

25. Cf. Karl Marx, *O Capital. Crítica da Economia Política*, São Paulo, Abril, 1983, coleção Os Pensadores, v. I, capítulo I.

o processo de orientação para o mercado da sociedade moderna.[26] Em outras palavras, o contrato veio a se constituir no modelo e unidade básica das relações na sociedade burguesa, nela ocupando o papel de elemento agregador. Não é por outro motivo que o próprio pensamento político liberal tomará o contrato como o modelo básico para pensar a fundação e formação da sociedade e do estado (contratualismo).[27]

Cabe destacar ainda algumas outras características do direito contratual clássico. Os séculos XVIII e XIX foram marcados pelo hegemonia do pensamento liberal de tipo *laissez-faire* e pelas teorias do direito natural. Para os juízes e legisladores do século XVIII o direito natural significava basicamente o direito inalienável à propriedade privada e o direito de realizar os contratos privados por si mesmos. O paternalismo, contudo, permanecia ainda como ideologia influente, o que autorizava os juízes a mitigarem os efeitos sociais perversos de contratos firmados com base nos princípios liberais clássicos.[28]

É apenas no século XIX que a ideologia liberal de tipo *laissez-faire* realmente se enraíza na sociedade, reduzindo a influência dos princípios paternalistas em vigor no século anterior. A partir de então se fortalece de maneira jamais vista a crença de que o Estado deveria interferir o mínimo possível na vida das pessoas e de que o direito não deveria se preocupar com a justiça dos resultados das transações. A justiça passa a ser entendida essencialmente como o respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios de mínima intervenção estatal. Por outro lado, à medida que o

26. Cf. Anthony Kronman, *Max Weber*, California, Stanford University, 1983, *Economía y Sociedad*, op. cit., 97, Também Hugh Collins, *The Law of Contracts*, Second Edition, London, Butterworths, 1993, p. 3 e 4.

27. Cf. Norberto Bobbio, *Il Contratto Sociale Oggi*, Napoli, Guida Editori, 1980, Ian Macneil, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University, 1980, Ian Macneil, "Barriers to the Idea ot Relational Contracts", In: *The Complex Long-Term Contract, Structures and International Arbitration (Der komplexe langzeitvertrag. Strukturen und Internationale Schiedsgericsbarkeit)*, edited by Fritz Nicklisch, Heidelberg, Heidelberger Kolloquium Tecnhologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987.

28. Cf. P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, op. cit., p. 12-13.

direito contratual clássico dava pouca atenção às desigualdades entre as partes contratantes, ele se definia mais por sua preocupação com a justiça corretiva do que com a justiça distributiva. As desigualdades não deveriam ser corrigidas no âmbito das relações privadas, mas apenas, e se tanto, ser tarefa do governo através de suas políticas de redistribuição de renda ou assistência social.

Os princípios básicos do direito contratual eram os da autonomia da vontade, a supremacia do acordo firmado a partir do mútuo consentimento e da liberdade. O direito contratual era assim elevado a uma posição central dentro do direito das obrigações, o que produziu duas importantes conseqüências. Em primeiro lugar, havia uma relutância em impor obrigações a quem não as tivesse voluntariamente assumido. O direito das responsabilidades civis permanecia bastante incipiente e restrito. Em segundo lugar, havia uma tendência para se admitir que todas as obrigações deveriam ser contratuais. Tal tendência se efetivava muitas vezes através da teoria de que por detrás de toda obrigação havia um consentimento implícito.

Por fim, é importante notar que uma vez que a intenção das partes era fundamental para o reconhecimento da existência do consenso, os contratos passavam a ser vinculantes tão logo fossem firmados. Sendo assim, a máxima do *pacta sunt servanda* levava a uma separação radical entre a realização do contrato e seu cumprimento ou performance. O descumprimento contratual consumia-se em justificativa suficiente para processar a parte inadimplente, independentemente de qualquer comprovação sobre a existência de atos de cumprimento do contrato, confiança ou ainda de ocorrência de prejuízo experimentado em razão do não cumprimento. Uma demanda judicial poderia fundar-se exclusivamente na expectativa frustrada em razão do inadimplemento contratual.

5. O LIBERALISMO CONTRATUAL HOJE

A teoria contratual tradicional de inspiração liberal — aqui incluída a teoria contratual neoclássica — perdurou por mais

de dois séculos e ainda permanece influente e forte tanto nos tribunais como nos tratados e manuais de direito no Brasil e no debate jurídico ocidental, a despeito de algumas sólidas tentativas de questionar os seus fundamentos.[29] Não há uma explicação única para tal fenômeno. Por um lado, é certo que a estrutura do sistema judicial e a cultura jurídica favorecem este tipo de domínio.[30] Isto porque a cultura jurídica contratual dominante tende a ser conservadora e pouco preocupada com a compreensão interdisciplinar dos fenômenos associados à teoria contratual, a começar pelas mudanças da natureza do contrato do ponto de vista econômico. Por outro lado, parece ser ainda mais relevante o fato de que a maneira liberal de entender os contratos (em suas formas clássica ou neoclássica) obtém sua força fundamentalmente de sua capacidade e adequação — ainda que cada vez mais seriamente questionada — de apresentar-se como uma teoria da legitimidade do exercício do poder através do direito.[31] Por fim, o liberalismo ainda encontra condições epistemológicas para se afirmar como um discurso e um saber que correspondem às demandas de racionalidade de diversas práticas humanas, em particular as práticas de mercado.

Conforme salientado, a idéia básica do direito contratual do século XIX incorpora a idéia do Estado liberal, no qual o direito maximiza a liberdade dos indivíduos, favorece a autoconfiança e assume uma postura neutra frente determinadas desigualdades sociais.[32] O quadro conceitual básico do direito contratual

29. Cf. P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., Ian Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", In: Northwestern University Law Review, v. 72, n. 6 (1988), Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*. Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1992.

30. Sobre o tradicionalismo formalista do ensino jurídico nos Estados Unidos ver de Stewart Macaulay e Lawrence M. Friedman, "Contract Law and Contract Teaching: Past, Present, and Future", In: 803, Wisconsin Law Review, Fall, 1967. Para o caso brasileiro, ver de José Eduardo Faria, *A Reforma do Ensino Jurídico*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

31. Cf. Hugh Collins, *The Law of Contracts*, op. cit., p. 4.

32. Uma exposição clara e sistemática de tais fundamentos pode ser encontrada no trabalho do economista e filósofo austríaco Friedrich Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade. Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. São Paulo, Visão, 1985, 3 volumes. Para uma visão contemporânea do pensamento neoliberal aplicado

clássico fica fixado pelas escolhas individuais, no âmbito das quais o direito deve desempenhar um papel de agente facilitador das transações. Conforme é freqüentemente observado pela bibliografia sobre contratos, inclusive a mais tradicional, diversos problemas que emergem em casos concretos para este sistema contratual liberal clássico irão questionar o âmbito da liberdade de escolha e a responsabilidade dos agentes contratantes nas transações econômicas. Tais questionamentos colocarão em cheque a idéia de sistema puro e bem definido, em torno do qual se estrutura o direito contratual clássico. Não obstante, a permanência do sistema, ainda que com um crescente número de exceções e modificações, reflete a necessidade de se preservar a sistematicidade e legitimidade de um modelo de pensamento doutrinário fechado e integrado. A *doutrina da integridade*[33] e a idéia de sistema jurídico legal racional ajudam a manter a legitimidade do direito, à medida que este é apresentado como um sistema neutro, isento de valores, imune à política e organizado por um conjunto de princípios que podem ser legitimados tanto racionalmente como pela tradição e rotinização das ações dos operadores do direito. Em outras palavras, o sistema contratual liberal mantém sua hegemonia à medida que oferece elementos para a ampliação da legitimidade do exercício do poder organizado em termos de dominação burocrática racional formal e também mediante mecanismos de dominação tradicional.

A absorção das mudanças ocorridas no direito contratual desde o século XIX, com o advento dos contratos de adesão, as "obrigações de informar", os mecanismos de reequilibração das relações de poder nos contratos, o aumento do intervencionismo estatal e o surgimento dos contratos relacionais de longo prazo representaram um desafio para a teoria contratual liberal clássica. Entender a reação intelectual liberal a tais mudanças é um aspecto

à teoria contratual ver do ex Solicitor General do governo Reagan e professor da Harvard Law School e atual juiz da Suprema Corte do Estado e de Charles Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Massachusetts, Harvard University, 1981.

33. Desenvolvido por Ronald Dworkin, especialmente em *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1986.

essencial para a compreensão do debate contemporâneo sobre teoria contratual.

6. AS MUDANÇAS NA ORDEM DO MERCADO

Entender e conceber uma nova teoria contratual que ajude a explicar o direito contratual do passado e permita reconstruir o direito de maneira a transformá-lo é o desafio cada vez mais urgente e é também uma das características mais evidentes do debate atual europeu ocidental e norte-americano sobre teoria contratual. Contudo, se todo direito contratual associa-se de maneira íntima a uma determinada ordem de produção e de mercado, é necessário, antes de mais nada, pensar a ordem de mercado na qual vai se formando o novo direito contratual. É preciso identificar quais são as mudanças ocorridas nesta ordem de mercado que vão afetar o regime das relações contratuais.

É usualmente reconhecido que o aumento da intervenção do Estado na economia, através de políticas tributárias, investimentos diretos em empresas públicas e políticas sociais, incorporou critérios de justiça social praticamente desconhecidos no período de apogeu do liberalismo clássico. Menos evidente, contudo, é o fato de que os critérios e valores desenvolvidos pelo conceito de justiça social também alcançaram o exercício das escolhas voluntárias individuais no contexto das relações de mercado.

Embora as referências ao intervencionismo estatal e ao surgimento da sociedade de massas sejam freqüentes nos livros de direito brasileiro, a cultura jurídica dominante sobre o direito contratual ainda hoje tende a subestimar ou muitas vezes negligenciar a relevância das transformações econômicas ocorridas neste século, em particular a forma de organização da produção industrial, e seu papel na conformação e estabilização do paradigma contratual hegemônico. Ainda hoje são poucas as análises concretas do significado destas transformações para a teoria contratual.

Concluindo, as novas exigências de justiça social e as novas formas de organização do mercado oriundas de sua nova

conformação, tendo em vista as mudanças econômicas ocorridas durante o século XX, notadamente o advento da produção de massa e posteriormente do pós-fordismo e o surgimento da especialização flexível, introduziram novas dimensões e exigências que passaram a desafiar os princípios contratuais dominantes nas teorias contratuais clássicas e neoclássicas e a racionalidade jurídica neles pressuposta.

As conseqüências destas mudanças para as teorias liberais são inúmeras, dentre elas cabe destacar a crise da idéia do mercado pensado como um espaço para escolhas voluntárias e a perda de funcionalidade da concepção do contrato como basicamente um conjunto de promessas também voluntárias. Estas serão as principais mudanças que colocarão em cheque o paradigma contratual tradicional. Uma outra importante conseqüência desta crise — e em certa medida exigência desta — foi o desenvolvimento dos chamados "direitos especiais", que foram paulatinamente excluídos do âmbito do direito contratual tradicional e de sua teoria geral, como é o caso dos contratos administrativos, contratos de trabalho, relações de crédito e finanças, direito do consumidor, franquia, contratos internacionais etc. Esta pulverização do saber contratual em diversos ramos específicos lança um novo desafio e aponta para novas dificuldades no sentido da construção de uma nova teoria contratual. Para compreender tais mudanças é necessário analisar as características do mercado contemporâneo, o significado e a importância do mercado para o sistema social e o papel da regulação deste mercado.

7. A ORDEM DO MERCADO E DISTRIBUIÇÃO DE PODER

Toda sociedade cria uma determinada ordem de organização e de distribuição da riqueza e do poder. O contrato, à medida que regula as transações econômicas, desempenha um papel fundamental na forma de alocação de poder e riqueza (produção e distribuição). Ademais, os contratos não apenas regulam as relações entre os agentes econômicos como também desempenham um

importante papel na formação e estruturação das instituições e agentes que atuam no mercado. Assim, instituições como a empresa, o sindicato, associações e redes produtivas acabam por exercer grande papel na alocação de riqueza e poder a partir de uma constituição contratual.

A empresa é um dos exemplos de instituição formada a partir de contratos entre acionistas, bancos, trabalhadores e diretores e agentes que organizam e coordenam a produção.[34] Da mesma forma, são os contratos de franquia que formam verdadeiras redes de produção e distribuição, que os permitirá chamá-los de "contratos simbióticos",[35] face o alto grau de dependências recíprocas que unem os diversos agentes econômicos articulados por relações assimétricas de poder.

O acesso diferenciado à informação também acaba por criar diferenças de conhecimento e informação que se traduzem em relações de poder no interior do mercado, repercutindo nas relações de poder na sociedade como um todo. Por fim, o que talvez seja o mais trivial, as transações entre comerciantes ou entre estes e consumidores igualmente criam mecanismos de satisfação de necessidades, gerando diferenciais de poder em função da própria posição de cada contratante no mercado de trocas, seja em razão de sua maior ou menor vulnerabilidade (ex: riqueza, pobreza, melhor estrutura de produção, distribuição etc.), seja devido a sua posição relativa no que tange à organização de interesses (ex: relações entre sindicatos e empresas).[36]

A idéia de que o mercado constitui uma ordem de poder e riqueza é freqüentemente recusada por pensadores liberais que

34. Cf. a crítica de Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, op. cit., veja-se também de Santi Romano, *El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963; Maurice Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967.

35. A expressão é de Erich Schanze, "Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation", In: Christian Joerges (ed.) *Franchising and The Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

36. O assunto é bem analisado com relação ao mercado de consumo por Thierry Bourgoiny, *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.

concebem o mercado como o lócus no qual o direito não impõe nenhum resultado distributivo de poder e riqueza em particular, visto que este é gerado exclusivamente a partir das escolhas voluntária dos indivíduos. Por este motivo, uma das características do sistema contratual clássico enquanto estrutura de legitimação de relações de poder, reside no fato de que ela permite que o critério de justiça contratual se afaste completamente do resultado final da relação contratual, repudiando filosoficamente qualquer tipo de idéia de justiça distributiva.[37]

Não obstante, mesmo que se admita a polêmica tese de que o direito contratual é um mero facilitador das relações de troca que não importa na distribuição direta de poder e de riqueza, é fato inquestionável que, ao regular relações de troca que resultam em alocações distintas de poder e riqueza, ele acaba por permitir ou facilitar resultados distributivos.[38] Assim, os mecanismos legais que atuam no mercado de trocas acabam de uma maneira ou de outra por impor um determinado resultado distributivo, o qual variará significativamente conforme o arranjo institucional e jurídico que moldar este mesmo mercado.

Esta simples evidência é suficiente para refutar a idéia da existência de uma ordem de mercado natural ou naturalizada.[39] Exemplos empíricos das diversas formas de estruturação das relações contratuais envolvidas nos processos de produção e distribuição de riquezas podem ser encontrados pelo contraste entre países do sudeste asiático, Alemanha e Japão, onde o papel do Estado na organização e monitoramento do processo produtivo sempre foi de fundamental importância, e países de forte tradição liberal como a

37. Exemplar, neste aspecto, é o pensamento de Friedrich Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, op. cit., v. II, p. 79-80.

38. Sobre o assunto ver Anthony Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89, Yale Law Journal, 472, 1979; Hugh Collins, *The Law of Contracts*, op. cit., p. 12, Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Maryland Law Review 4 (1982) e Hugh Collins "Distributive justice through contracts, (United Kingdom)" Current Legal Problems Autumn 1992, v. 45, n. 2, p. 49-67.

39. Sobre os fundamentos para a crítica desta idéia de naturalização das instituições sociais, como o mercado, ver de Roberto Mangabeira Unger, *The False Necessity*, New York, Cambridge University, 1987, p. 21-27.

Inglaterra. As ordens de mercado variam conforme as diversas estratégias regulatórias, restrições ao comércio de ações, estímulos a poupanças internas e investimentos diretos, salário mínimo e direitos trabalhistas mais ou menos ampliados, garantias ao direito do consumidor (qualidade do produto, publicidade, contratos de adesão etc.), orientação para o mercado externo global ou mercado nacional etc. Concluindo, diferenças de estratégias regulatórias são variáveis que alteram profundamente o regime jurídico de estruturação dos diversos modelos possíveis de ordem de mercado.

Por estes motivos, qualquer interpretação do regime jurídico do mercado é sempre uma interpretação de um regime jurídico específico e possível, dentre outros igualmente possíveis, que também o jurista tem como tarefa reimaginar, reformular e transformar visando a sua adaptação frente às finalidades possíveis que possam orientar o seu redesenho, como por exemplo o desenvolvimento econômico, a liberdade de comércio e defesa da propriedade privada e do Estado mínimo,[40] a justiça social,[41] a democracia radical,[42] expansão dos direitos do cidadão e da dignidade humana[43] etc. Em outras palavras, o arranjo institucional que dá suporte a uma ordem de mercado tem forte aspecto de contingência e de plasticidade que afeta diretamente a experiência jurídica contratual nela dominante.

40. Por exemplo, Friedrich Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, op. cit., Robert Nozic, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 e Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago, 1962.

41. Por exemplo, Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*. Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1992, Roger Brownsword, "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern English Law of Contract", In: *Welfarism in Contract Law*, Edited by Roger Brownsword, Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson, Great Britain, Dartmouth Publishing Company, 1994, John Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1971.

42. Por exemplo, Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1986.

43. Por exemplo, R. B. Sunstein e C. R. Stewart, "Public Programs and Private Rights", 95, Harvard Law Review, 1982, 1193.

8. IDEAIS DE JUSTIÇA E MERCADO

8.1. A VISÃO LIBERAL COMO A JUSTIÇA DA TROCA: IGUALDADE E RECIPROCIDADE

A concepção liberal clássica do direito contratual está assentada na idéia de liberdade contratual, a qual foi transformada na principal bandeira ideológica em defesa dos princípios fundamentais do liberalismo jurídico e político.

Tal idéia assenta-se na crença de que o cidadão deve gozar de liberdade para escolher tanto os termos dos contratos que realiza, como os seus parceiros contratuais. Tais idéias são freqüentemente separadas em dois conceitos, a saber, a liberdade contratual e a liberdade de contratar. Dentro desta perspectiva, o indivíduo, unidade mínima e básica do pensamento liberal, constrói uma ordem de distribuição de riquezas justa e equilibrada através da persecução de seus fins individuais. O mercado seria o lócus não da exploração, mas sim da harmonização das relações de reciprocidade e hierarquia. Ao invés de divisão de poder e riqueza baseada no status, poder político, força física ou mesmo valor moral, a ordem de mercado permitiria alcançar-se um ideal de igualdade. O mercado seria o local no qual os indivíduos podem disputar melhores oportunidades sem as limitações impostas por relações de privilégios herdados ou socialmente transmitidos. Nele as pessoas transferem e movimentam riquezas a partir da exclusiva vontade das partes contratantes, configurando-o, assim, como um ideal de democracia republicana.

Este ideal de igualdade não se reporta aos resultados finais da ordem de mercado, mas sim à igualdade formal que dispõem os indivíduos de ingressarem nas relações contratuais. Isto significa basicamente que os indivíduos gozam dos mesmos direitos de propriedade e de realizar contratos, havendo poucas exceções a esta regra. Dentre elas há a teoria da incapacidade jurídica dos loucos, daqueles em situação de extrema dominação política ou dependência econômica, e, no passado, na incapacidade das mulheres e membros de determinados grupos raciais.

A justiça contratual pressuposta neste paradigma define-se pela referência a uma reciprocidade nas relações contratuais, designada pela idéia de "causa" ou "*consideration*" (no direito do *Common Law*) e na exigência da negociação. A reciprocidade no pensamento liberal clássico, contudo, não se referia ao resultado da transação, mas sim à existência da negociação e da contraprestação contratual. O valor dos objetos trocados não consistia numa categoria reconhecida pelo pensamento liberal.[44] Para o pensamento liberal o mercado afere preços das mercadorias, sendo impossível a determinação de seu valor. A justiça contratual, em poucas palavras, referia-se à justiça da transação ou da troca, e era pautada pelas idéias de liberdade, igualdade e reciprocidade, o que poderia também ser designado como "justiça da troca"[45] ou justiça comutativa.

8.2. WELFARISMO CONTRATUAL: IGUALDADE, RECIPROCIDADE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Várias transformações ocorridas nas práticas contratuais afetaram profundamente os conceitos básicos que articulavam o pensamento contratual clássico do final do século XIX. Em primeiro lugar, pode-se dizer que o princípio da igualdade sofreu transformações, não no sentido de sua destruição, mas sim na sua metamorfose numa forma mais substantiva de igualdade. O caso clássico do reconhecimento destas diferenças refere-se à distinção entre o grande comerciante e o consumidor, em cujas relações contratuais estão envolvidas grandes disparidades de poder, de informação e de influência. O reconhecimento das diferenças de status jurídico fará com que progressivamente o Direito Social passe a ser um direito de desigualdades, um direito de privilégios e

44. Conforme aponta Friedrich Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, op. cit., v. II, p. 49: "A Justiça, portanto, não é em absoluto uma equilibração de interesses particulares em jogo num caso concreto, ou mesmo dos interesses de classes determináveis de pessoais; tampouco visa a produzir um estado específico de coisas que seja considerado justo. ... E a preservação de uma ordem espontânea exige, com freqüência, mudanças que seriam injustas se fossem determinadas pela vontade humana".

45. Hugh Collins, *The Law of Contracts*, op. cit., p. 20.

discriminações positivas moral e politicamente legitimados. Dentro desta nova perspectiva, o pertencimento a classes ou grupos de agentes funcionalmente definidos passa a determinar o tipo de regime jurídico contratual que regulará as transações em questão, baseado em padrões específicos e particulares de regulação.

Em segundo lugar, também a idéia de reciprocidade sofre mudanças substanciais, à medida que passa a definir não apenas a contraprestação formal, mas antes uma certa equivalência substancial entre os valores dos termos intercambiados. Assim, muito embora os tribunais de maneira geral ainda evitem analisar o preço específico dos termos intercambiados, por entenderem não ser este o seu papel, cada vez mais a idéia de equivalência substantiva ganha suporte através de diversos mecanismos jurídicos. Tal é caso regime jurídico dos contratos feitos com onerosidade excessiva, firmados às custas da fragilidade ou vulnerabilidade da parte, feitos com abuso de poder, ou que tenham gerado enriquecimento ilícito, os contratos abusivos, ganhos excessivos, a cobrança de taxas de juros consideradas extorsivas ou ainda prestações de serviços sem padrão de qualidade mínimo.[46]

Por fim, a própria idéia de liberdade contratual sofre mudanças à medida que se torna sujeita a diversas limitações. Em primeiro lugar, a liberdade é restringida de modo a assegurar maior igualdade de oportunidade no mercado. Passam a ser consideradas ilegais as discriminações ("negativas") feitas com base em gênero, raça, etnia e orientação sexual, especialmente aquelas que envolvem a recusa em contratar ou o estabelecimento de bases contratuais diferenciadas e desvantajosas segundo critérios discriminatórios.[47]

46. Exemplo podem ser encontrados na lei número 8.884 de junho de 1994 que transformou o Conselho de Defesa Econômica CADE em autarquia e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e no Código de Defesa do Consumidor.

47. Vide Michael J. Zimer, Charles A. Sullivan e Richard F. Richards, *Cases and Materials on Employment Discrimination*, Boston, Little Brown and Co., 1988, especialmente p. 943-982. O assunto só recentemente vem sendo estudado pelos juristas brasileiros. Um interessante panorama sobre o assunto pode ser encontrado em Francisco Gérson Marques de Lima, *Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho*, São Paulo, Malheiros, 1997.

Por outro lado, o Direito Social passa a impor determinadas discriminações positivas, como por exemplo o tratamento diferenciado e mais protetivo para as partes mais vulneráveis, como o consumidor, o pobre, o idoso, o trabalhador, o deficiente físico etc. Além disto, os mesmos critérios de raça e gênero passam a ser admitidos em programas como a *Affirmative Action* americana. Tais programas igualmente criam mecanismos de imposição de contratação preferencial ou de quotas mínimas para membros de um determinado gênero, raça ou etnia.

Ademais, a decisão de assumir ou não uma obrigação, muito embora seja característica das obrigações contratuais, na prática diminuiu significativamente sua preponderância como fonte das obrigações. Isto ocorreu em função da expansão de bases alternativas para a imposição de obrigações em geral.[48] A expansão do direito das responsabilidades civis é um dos exemplos mais notáveis. Isto acarretou a diminuição do privilégio conferido ao contrato como fundamento da obrigação no direito clássico.

A liberdade de determinar os termos dos contratos também sofreu mudanças importantes. Assim, se por um lado os contratos de adesão impuseram uma grande limitação à gama de possibilidades de negociação e cláusulas que os contratantes podem encontrar no mercado, por outro lado um conjunto cada vez mais abrangente de normas cogentes obrigatórias relativas a contratos de locação, venda a consumidor final, contratos de trabalho etc., limitou substancialmente a liberdade contratual, tal como imaginada e efetivada pela experiência jurídica liberal clássica.

Todas estas mudanças desafiaram seriamente o ideal de justiça da troca e puseram em questão os valores que devem informar e articular a ordem de mercado. Tal fato fica evidenciado pelas alterações no esquema de justiça distributiva welfarista adotada em particular em países industrializados. O advento do *Welfare State* sinalizou claramente a insuficiência dos princípios liberais de mercadc para alcançar um ideal de justiça distributiva e igualdade substantiva. Em outras palavras, o ideal de welfarismo

48. Cf. Hugh Collins, *The Law of Contracts*, op. cit., p. 23 e ss.

contratual pode ser caracterizado pelo deslocamento da importância da justiça distributiva em relação à justiça da troca (que poderia ser aproximada da idéia de justiça comutativa), a limitação da liberdade contratual através da inclusão de critérios de igualdade substantiva que cria um novo regime de regulação e julgamento das discriminações (e/ou desigualdades) e uma nova idéia de reciprocidade e equilíbrio.

A questão da definição do conceito de uma concepção welfarista de direito contratual não é pacífica. Thomas Wilhelmsson, observa que a mera análise do funcionamento do *Welfare State* não fornece os elementos suficientes para isolar os elementos welfaristas do direito contratual.[49] Isto porquanto poder-se-ia objetar que não haveria um direito contratual do *Welfare State*. Por outro lado, poder-se-ia, igualmente afirmar que o direito contratual coetâneo ao *Welfare State* do século XX nada tem de peculiar em relação ao direito contratual liberal de feições neoclássicas. Num sentido amplo, o welfarismo contratual poderia ser pensado como as limitações ao princípio da liberdade contratual. Tal definição ampla, contudo, apresenta problemas, à medida que vários ramos do direito contratual contemporâneo, como o direito do consumidor, estão submetidos a um esquema de princípios pluralistas, segundo a expressão de Brownsword.[50] Por outro lado, os princípios definidores do welfarismo variariam de país para país. A característica predominante do welfarismo contratual, bem analisada nos trabalhos de François Ewald, contudo, residem na sua dimensão discriminatória positiva. O direito contratual de traços welfaristas estaria baseado em regras e princípios de proteção da parte mais fraca.[51] Esta proteção da parte fraca pode ser feita através de duas estratégias complementares. Por um lado, é possível pensar em princípios que levem em consideração a condição da pessoa destinatária da proteção jurídica ("person-related"). Por outro lado, é possível detectar princípios que levem em consideração a racionalidade das necessidades de cada parte ("need-rational").[52] Contudo, conforme acertadamente aponta Thomas Wilhelmsson, "a promoção da lealdade em contratos de longa duração pode ser mais intimamente associada com a preocupação pela conduta racional das partes no mercado do que com qualquer consideração com os interesses das partes fracas".[53]

49. "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law", In: *Welfarism in Contract Law*, edited by Roger Brownsword, Geraint Howells e Thomas Wilhelmsson, Dartmouth, England, 1994, p. 67.
50. "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern English Law of Contract", In: *Welfarism in Contract Law*, op. cit., p. 58.
51. Thomas Wilhelmsson, "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law", op. cit., p. 71.

8.3. O NEOLIBERALISMO E AS FALHAS DE MERCADO

Poderia parecer surpreendente que, após a tomada de consciência das inúmeras transformações ocorridas na ordem de mercado, a chamada doutrina contratual liberal, ainda que agora com o amplo rótulo de neoliberal, tenha mantido sua forte influência e aceitação entre operadores do direito e juristas. As razões de ordem política e ligadas à tradição da cultura jurídica já foram mencionadas. Além destas, outros argumentos devem ser acrescentados. Tal concepção ganhou novo fôlego particularmente a partir dos anos 1960, através da aplicação de sofisticados modelos econômicos e da renovada popularidade política da idéia de liberdade de mercado, traduzida na hegemonia do pensamento neoliberal. Entretanto, como as interpretações liberais e neoliberais do direito contratual mantêm sua atualidade num mundo cada vez mais informado por critérios de justiça social que claramente se antagonizam com os ideais básicos do liberalismo clássico?

A explicação para tal pergunta reside num duplo movimento de pensamento efetuado pelos teóricos do neoliberalismo econômico e jurídico. Em primeiro lugar, a ascensão do keynesianismo como o estilo de pensamento econômico a partir da década de 1930 acabou por excluir do eixo do pensamento liberal domi-

52. Thomas Wilhelmsson, "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law", op. cit., p. 88.
53. Thomas Wilhelmsson, "The Philosophy of Welfarism and its Emergence in the Modern Scandinavian Contract Law", op. cit., p. 92.

nante linhagens não utilitaristas, como Hayek, para as quais a idéia de "correção do mercado" aparece como uma "falácia construtivista". Por outro lado, as linhagens liberais utilitaristas (falsos liberais segundo Hayek) centralizaram seus debates sobre a efetividade de mecanismos de regulação e intervenção no mercado.[54] Esta segunda vertente tornou-se a linhagem de pensamento mais influente dentro do chamado neoliberalismo. Esta última realiza um esforço de assimilação das transformações em direção ao *Welfare State* a padrões econômicos compatíveis com uma economia liberal de mercado. Ao mesmo tempo, ela realiza um movimento de exclusão e seleção de outros elementos aos quais direcionam suas críticas, por entenderem incompatíveis com uma ordem liberal de mercado.

O movimento de assimilação das mudanças mantém os elementos essenciais da economia de mercado liberal tal como imaginada pelos clássicos. Os temas e aspectos principais salientados por tais interpretações conservadoras enfatizam exclusivamente o conceito de "falhas de mercado" para entender a maioria das mudanças ocorridas no direito contratual. Deste modo, ainda que se mantenha o ideal da liberdade individual para contratar, reconhece-se que em muitas circunstâncias este ideal não pode ser alcançado. Os indivíduos simplesmente não têm tempo ou recursos para adquirir todas as informações e planejar todos os aspectos de todas transações a cada vez que elas se fazem necessárias. Isto gera limitações, ou custos da transação ("transaction costs")[55] que

54. Nesta linha de pensamento ver, por exemplo, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, Boston, Massachusetts, Little Brown and Company, 1992, *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1994; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Second Edition, Boston, Little Brown and Co., 1989, R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics 3, October, 1960, republicado In: *Law, Economics and Philosophy. A Critical Introduction with applications to the Law of Torts*, edited by Mark Kuperberg e Charles Beitz, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1983, Neil J. Smelser e Richard Swedberg (editors), *The Handbook of Economic Sociology*, op. cit.

55. Segundo Oliver Williamson, os custos da transação são: "Os custos "ex ante" da redação, da negociação e da garantia de um acordo e, mais especialmente, os custos "ex post" de inadaptação e ajuste que surgem quando a execução do contrato está desconforme em razão de lacunas, erros, omissões e distúrbios não previstos; os custos para operar o

fazem com que freqüentemente os contratos e acordos permaneçam incompletos ou jamais se realizem. Esta abordagem do direito oferece mecanismos de regulação das condições às quais as partes teriam aderido, caso não existissem os impedimentos e constrangimentos provocados pelos custos da transação. Ela oferece, assim, antídotos para as falhas de mercado de modo a manter o mesmo ideal de justiça da troca idealizado pelo pensamento liberal clássico.

Este tipo de explicação, apesar dos seus limites e das críticas que lhe podem ser feitas, oferece algumas explicações para as transformações anteriormente apontadas, como o advento dos contratos de adesão e das cláusulas obrigatórias, o aumento intervenção estatal e a criação de áreas especiais dentro do direito contratual, como por exemplo o direito contratual do consumidor. Assim, por exemplo, a racionalidade limitada ("bounded rationality") faz com que os consumidores estabeleçam relações contratuais que não teriam realizado caso tivessem acesso a todas as informações a elas referentes. Neste caso, as soluções visando a suplementação de informação (como o dever de informar), a correta informação nas embalagens ("labeling"), as informações abundantes, corretas e claras não são capazes de acabar com as falhas de mercado, dando lugar a mecanismos que impõem termos obrigatórios aos quais o consumidor teria aderido, caso estivesse consciente de todos os fatos e circunstâncias que envolvem a transação.

O mercado pode também falhar por falta de competição, provocada pela formação de trustes ou mesmo pelo uso indevido e ilegal de influência ou através do abuso de poder. Também neste caso, medidas de controle e combate à formação de trustes e monopólios aparecem como mecanismos jurídicos aceitáveis e legítimos. Da mesma forma, mecanismos de restrição ao abuso de poder ou influência ("duress", "undue influence") são apresentados

sistema econômico", In: "Transaction Cost", In: Neil J. Smelser e Richard Swedberg (editors), *The Handbook of Economic Sociology*, op. cit., p. 103.

como compatíveis com o pensamento contratual liberal.[56] Evidentemente tal aceitação não impede a formação de um complexo e polêmico debate sobre os limites e objetivos da intervenção regulatória. Afinal, o reconhecimento de legitimidade da intervenção estatal através de mecanismos jurídicos desenvolvidos pelo pensamento contratual neoclássico não significa a criação de consenso sobre os limites do uso de tais instrumentos. Por fim, também o desenvolvimento e ampliação do âmbito da proteção jurídica da responsabilidade civil pode ser compreendido como produto da grande divisão do trabalho, que torna impossível que o consumidor adquira seus bens diretamente do produtor, utilizando-se do comerciante como intermediário. Neste caso, a responsabilidade civil surge mais uma vez como elemento mitigador dos custos da transação. Também aqui o conteúdo destas normas obrigatórias deve coincidir com os termos com os quais as partes teriam acordado, caso não houvesse custos da transação.[57]

A doutrina contratual neoliberal reconhece que muitas das transformações historicamente verificadas no direito contratual não podem ser reconciliadas com os ideais liberais tradicionais, razão pela qual muitas intervenções são injustificáveis transgressões da ordem de mercado, como o controle de preços, salário mínimo, algumas cláusulas obrigatórias etc., que acabam por gerar efeitos contrários e muitas vezes opostos àqueles desejados. Assim, de maneira geral, as cláusulas obrigatórias muito embora desejáveis e justificáveis em alguns casos excepcionais, na maioria deles geram efeitos indesejáveis que, ao invés de corrigir as falhas de mercado, acabam por estimulá-los ou ampliá-los. Pelas mesmas

56. Uma formulação exemplar deste tipo de pensamento pode ser encontrada na influente obra de Charles Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, op. cit., p. 93-98. No Brasil, o mesmo tipo de pensamento no tocante à proteção contratual do consumidor pode ser encontrado em Carlos Eduardo Manfredini Hapner, *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, especialmente, p. 155.

57. Cf. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., e o influente artigo "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", In: *Law, Economics and Philosophy*, edited by Mark Kuperberg e Charles Beitz, op. cit., republicado também como capítulo de *The Economics of Justice*, op. cit., A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., também neste caso o debate econômico e jurídico torna-se relativo aos fins e limites da regulação e intervenção do Estado.

razões, raramente o pensamento jurídico e econômico neoclássico recomenda que haja interferência nas relações entre empresários, uma vez que desde que não haja monopólios, os diferenciais de poder e conhecimento devem ser reconhecidos como adquiridos por elementos que perpetuam a saúde do mercado, como a maior diligência, a ousadia e risco ou mesmo capacidade empresarial.

Deste modo, a interpretação neoliberal pode oferecer uma explicação para as transformações ocorridas no direito contratual moderno, ao mesmo tempo em que recomenda mudanças tendo-se em vista o melhor funcionamento da ordem de mercado. Isto contudo não evita, antes põe a nu, a grande tensão existente entre a concepção liberal conservadora e os valores welfaristas presentes na organização do mercado contemporâneo. Os debates intensos que atualmente são estabelecidos no Brasil no âmbito do CADE são demonstrativos destas tensões e conflitos entre visões.

A despeito das grandes diferenças filosóficas e de princípios que separam o pensamento liberal clássico e o neoliberalismo de matriz utilitarista, há entre eles um importante traço em comum. Tanto a concepção clássica não utilitarista (que remonta a pensadores como Locke, Hume e mais recentemente Hayek) como a concepção pautada pela análise das falhas de mercado (que encontra sua tradição em Stuart Mill, Bentham e mais recentemente Coase e Posner) compartilham de um desinteresse pela relevância econômica e jurídica das relações de poder, pela adequação e funcionalidade da idéia de justiça distributiva e também pelo papel da solidariedade e da cooperação como formas de otimização das oportunidades de mercado. Ademais, de certo modo, tanto liberais como neoliberais naturalizam a idéia de mercado ao conceberem-no como uma forma canônica, ideal, não passível de outros arranjos institucionais produtos de aspectos contingenciais da história das instituições sociais.[58]

58. Deve ser feita aqui uma ressalva com relação às linhagens do pensamento liberal identificada com a "transaction-cost analysis" desenvolvida especialmente pelos economistas americanos Williamson, Goldberg, Scott e outros, que ao dedicarem atenção ao aspecto institucional dos processos econômicos ficam mais imunes às críticas acima apontadas. Analiso as diferenças e limites da "transaction cost" no capítulo IV deste trabalho.