

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos

Antônio José Maristrello Porto
FGV – Direito Rio/CPDE

Lucas Thevenard Gomes
Assistente de pesquisa e membro do CPDE

RESUMO

O Código Civil de 2002 inseriu formalmente no debate legal brasileiro o princípio da “função social do contrato”. O legislador não definiu em que consiste este princípio e os tribunais, apesar dos esforços, têm alcançado pouco êxito no preenchimento deste vácuo. Ante ao debate, parece haver uma tendência entre os acadêmicos da análise econômica do direito em buscar a normatização do princípio da função social do contrato através da utilização de uma analogia com a racionalidade aplicada, pela economia, ao conceito das externalidades. Neste artigo, argüimos que essa analogia contribui pouco para a diminuição do vácuo conceitual deixado pelo legislador brasileiro

Palavras-chave: Função Social do Contrato, Externalidade, Análise Econômica do Direito.

JEL: K12

ABSTRACT

The 2002 Civil Code brought with it to the Brazilian legal environment the principle of “contract’s social function”. The legislator did not define what this principle actually means and courts have been struggling to fill the void, despite their best efforts. Facing the debate, some legal scholars from the law & economics tradition have been trying to give substance to the contract’s social function principle by establishing an analogy between the principle and the concept of externalities, as employed in economics. This papers argues that this analogy contributes little to diminish the conceptual vacuum created by the Brazilian legislator

Key words: Contract’s Social Function, Externality, Law & Economics.

R: 17/6/10 **A:**22/6/10 **P:** 26/2/11

1. Introdução

O direito contratual não tem uma teoria única capaz de explicar, com exatidão, o seu significado ou mesmo a forma de sua aplicação. Não é plausível uma teoria descritiva que, isoladamente, explique o direito contratual em todos os seus domínios ou uma teoria normativa que, baseada em objetivos isolados, possa servir à heterogeneidade dos contextos contratuais.¹

Os princípios do direito contratual, dentre outras funções, têm sido utilizados para auxiliar no preenchimento das lacunas deixadas pelas teorias contratuais normativas e descritivas. O Código Civil de 2002 inseriu formalmente no debate legal brasileiro a noção do princípio da “função social do contrato”.² O legislador não definiu em que consiste este princípio e os tribunais, apesar dos esforços, têm alcançado pouco êxito no preenchimento deste vácuo.

Diante deste vácuo conceitual, parece haver uma tendência entre os acadêmicos da análise econômica do direito no Brasil, ainda que constatada de forma anedótica, de se buscar a normatização do princípio da função social do contrato através da utilização de uma analogia com a racionalidade econômica aplicada ao conceito das externalidades.³ As proposições, ainda que algumas vezes de forma implícita, parecem tentar normatizar que a utilização do princípio da função social do contrato somente poderia ser invocada quando o contrato produzisse externalidades negativas. Mas o que se pode extrair desta proposição? Assim poderia seguir a explanação: a racionalidade econômica da regulação dos contratos pelo princípio de sua função social deveria se assemelhar à racionalidade econômica da regulação dos mercados, onde somente as falhas de mercado são reguladas e dentre elas as externalidades negativas. Nesta linha, o julgador que decide desviar o curso de uma transação privada materializada em um instrumento contratual, fundamentando sua decisão no princípio da função social do contrato, somente deveria fazê-lo quando, dadas as informações casuísticas, sua decisão fizesse com que as partes internalizassem as externalidades negativas e, desta forma, a eficiência contratual fosse restabelecida.

Ocorre que a proposição, assim como apresentada, é pouco elucidativa do ponto de vista normativo para o direito, já que não é pacífica na literatura uma definição rigorosa e satisfatória do conceito de externalidade.⁴ Para que o conceito seja operacionalizado pelo direito requer-se a definição conceitual do termo externalidade, para que sua definição possa ser operacionalizada e usada no campo do direito. A análise econômica, e mais especificamente aqueles que com ela dialogam, deve especificar a que externalidade está se referindo, assim como lidar com a tarefa, não trivial, de esclarecer quais efeitos externos das relações jurídicas seriam tratados como externalidades negativas.

Neste artigo, vamos um pouco adiante neste debate e incluímos uma revisão de literatura sobre externalidades buscando um estreitamento do conceito,⁵ assim como, trabalhamos teoricamente qual seria o ganho para o debate jurídico com a inclusão deste conceito/ferramenta econômica na composição conceitual do princípio da função social do contrato. A primeira

¹ Para aprofundamento no debate *ver* (Schwartz & Scott, 2003).

² Assim reza o artigo 421 do Código Civil de 2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³ Para alguns exemplos *ver*: Mattos (2008); Ribeiro (2007); Tomasevicius (2005) e Timm (2008).

⁴ *Ver*: Buchanann & Stubblebine (1962); Arrow (1970); Dahlman (1979); Demsetz (2003); McChesney (2006) e Barnett & Yandle (2009).

⁵ A revisão de literatura não pretende esgotar o tema, mas apontar as incongruências conceituais que permeiam o tema externalidade.

impressão é que uma analogia entre externalidade e o princípio da função social do contrato contribui pouco para a diminuição do vácuo conceitual deixado pelo legislador brasileiro.

Para isso, este artigo é estruturado como segue: a seção 2 expõe em linhas gerais o debate que envolve a função social do contrato; a seção 3 descreve e classifica o conceito de externalidade, assim como aponta suas fraquezas; por fim, a seção 4 apresenta algumas notas conclusivas.

2. A Função Social dos Contratos

Nesta seção fazemos uma breve síntese das convicções e controvérsias que envolvem o princípio da função social do contrato. Não sendo nosso objetivo esgotar o debate e nem defendermos uma ou outra vertente presente na literatura. Buscamos apenas demonstrar a complexidade que envolve a normatização da aplicação do princípio da função social e, ao mesmo tempo, preparar o leitor para a aplicação da ferramenta econômica ao problema.

2.1. Definição

O princípio da função social do contrato é usualmente apresentado como parte do novo rol de princípios introduzidos no Código Civil de 2002 em oposição aos princípios liberais clássicos da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, e da relatividade das convenções. O princípio da função social dos contratos tem inspirado constantes debates doutrinários, e é responsável pela construção na academia jurídica de uma compreensão crítica da concepção racional individualista da autonomia privada. A autonomia contratual, assim como a força obrigatória dos contratos e a relatividade de seus efeitos, passa a ter sua força na interpretação dos contratos e aplicação do Direito Contratual progressivamente mitigada, em busca de uma noção mais ampla de “justiça” e solidariedade social. A partir da introdução desse princípio, em conjunto com os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico e financeiro, surgiria o que se convencionou chamar de nova teoria contratual, perpetuada por questões de ordem conceitual, que são, por conseguinte, refletidas na aplicabilidade prática de tais princípios. Como afirma Pablo Rentería:

A grande dificuldade que surge nesse cenário, contudo, diz respeito à identificação de uma especificidade normativa para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação prático e efetivo.⁶

A atribuição de conteúdo normativo ao princípio da função social dos contratos enfrenta dificuldades decorrentes do caráter extremamente genérico das cláusulas adotadas pela técnica legislativa do Novo Código Civil. O princípio da função social dos contratos foi introduzido por uma norma geral sem que tenham sido adicionadas ao conjunto normativo, normas descritivas de valores que permitissem o direcionamento dos critérios de sua aplicação⁷. Com isso, a aplicação de tal princípio aos casos concretos fica sujeita à interpretação do aplicador, podendo resultar em uma ampla variedade de possibilidades distintas de conteúdo normativo e extensão, o que pode também gerar aplicações diversas daquela pretendida pelo legislador quando da introdução desse princípio como limitador dos princípios contratuais clássicos.

⁶ Rentería (2006, p. 283).

⁷ Tepedino (2004).

Em razão desta generalidade, assim como da relevância que ainda atribuem aos princípios clássicos, os autores que utilizam direta ou indiretamente a metodologia da análise econômica do Direito no Brasil tendem a ter uma visão crítica da escola doutrinária dominante que procura atribuir ao princípio da função social dos contratos uma ampla esfera de aplicação.

O primeiro consenso aparentemente existente na doutrina dominante é o da conexão do princípio da solidariedade (art. 3º, I CF/88⁸) à função social⁹. A noção de solidariedade social seria a base sobre a qual procura-se construir toda a teoria contratual, servindo de ponto de partida para o desenvolvimento dos contornos do princípio da função social. No entanto, essa conexão apenas serve de ponto de partida, não sendo suficiente ao desenvolvimento de características da função social do contrato capazes de suprir as necessidades de sua conceituação, que vão além daquela positivada de que esse princípio é um “limite” ao exercício da liberdade de contratar.

Inserida no debate atual está a evidência de que o perfil *funcional* do princípio é priorizado em relação ao seu aspecto *estrutural* e que o instrumento operacionalizador dessa funcionalização é a *causa do contrato*¹⁰. Desta forma, não se compreende a função social apenas como um princípio que orienta a interpretação e aplicação das cláusulas contratuais, limitando o espaço da autonomia das partes, mas sim como o fundamento do contrato, como aquilo que autoriza e orienta a persecução da finalidade econômica pretendida pelas partes. Com isso, o princípio da autonomia da vontade, no atual cenário da doutrina jurídica dos contratos, deixa de ser o fundamento das relações contratuais para ceder progressivamente espaço à função social. Os interesses das partes só podem ser tutelados quando compatíveis com a finalidade social do contrato celebrado¹¹.

Uma crítica frequentemente direcionada a uma concepção mais vasta do princípio da função social dos contratos, diz respeito à *funcionalização* efetiva da relação contratual, com a adequação das razões do contrato à realização de sua função social, que não dispõe dos instrumentos que a realizariam a partir das teorias atualmente construídas pela doutrina. Dentre as teses propostas, encontra-se a da professora Maria Celina de Moraes, segundo a qual esse instrumento seria a *causa do contrato*. A definição do conceito de *causa do contrato*, por sua vez, também é alvo de controvérsias.

É a partir do momento em que passa a haver um movimento de socialização do direito que a *causa do contrato* passa a ter fundamentos mais objetivos, os quais permitem o tratamento da autonomia da vontade como algo inserto em um ordenamento que traz às partes a obrigação de realizar os valores sociais mediante a finalidade de seus contratos. As críticas a essa visão residiram na

⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”, CF/88.

⁹ O STJ, no Recurso Especial No 444.716 – BA (2002/0077982-0), fundamentou sua decisão com base na perspectiva social do cumprimento do princípio constitucional da solidariedade e da garantia da função social do contrato, dizendo que este último se assenta no primeiro.

¹⁰ Rentería (2006, p. 285).

¹¹ A jurisprudência do STJ, no Recurso Especial No 803.481 – GO (2005/0205857-0), de forma mais incisiva, julga sob o fundamento de que “A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrário incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em prover a circulação de riquezas.” A ministra Nancy Andrigui, no Recurso especial No 783.404 – GO (2005/0158134-4), decide no mesmo sentido, repetindo que “a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico”.

necessidade de conferir um viés mais técnico à *causa*. Assim, para adicioná-lo, foi introduzida a idéia de que a causa seria a *síntese dos efeitos essenciais*¹² de cada contrato.

Dentre as teorias que buscam concretizar a função social dos contratos, podemos dizer que a que aproxima a causa dos contratos à sua função social é a que apresenta maior potencialidade normativa¹³. A abordagem da causa como objetiva diz respeito a que o contrato tenha um interesse prático em harmonia com os interesses sociais e gerais.

Adota-se comumente para os fins do debate a divisão entre os efeitos que se expandem para além da relação contratual, que são denominados *efeitos externos*, ou seja, aqueles que incidem sobre outros não participantes diretos da relação contratual, que podem ser terceiros determinados ou mesmo uma coletividade; e *efeitos internos*, relativos ao acordado entre as partes contratantes.¹⁴

2.2.Efeitos Externos, Eficiência e Aspectos Distributivos

A aplicação da função social aos efeitos externos do contrato tem vários aspectos e abordagens, podendo os efeitos serem relativos a terceiros individualizados - onde pode-se citar a função de mitigação do princípio da relatividade dos contratos¹⁵ -, ou relativos a uma coletividade.

Quanto a esse último aspecto, cabe ressaltar, em primeiro lugar, que podem haver a presença de interesses patrimoniais inseridos na relação contratual ou de interesses coletivos, difusos ou individuais existenciais, sobretudo em casos em que esses interesses podem ser conflitantes, e em que a eficácia do “contrato” não deveria ser tutelada diante da violação de quaisquer desses interesses indisponíveis, pois são considerados estes últimos superiores à autonomia privada. Nesses casos, justifica-se a intervenção estatal para assegurar que a função social do contrato prevaleça sobre a liberdade contratual.

A crítica a esse viés de aplicação do princípio da função social reside na sua pouca utilidade para a conceituação e delimitação de sua aplicação, uma vez que essas restrições podem ser vistas como já inseridas na condição de objeto lícito do contrato ou no princípio do *neminem laedere*, próprio da responsabilidade civil de indenização pelos danos causados. Essa interpretação é relativa ao dever de adequação do comportamento social, o qual está inclusive positivado nos arts. 186 e 187 do atual Código Civil brasileiro. A doutrina¹⁶ classifica essa forma de interpretação como uma tentativa de preencher fundamentos da função social dos contratos que já estariam dispostos na CF/88 em seu art. 5º, XXIII, que trata da função social da propriedade, e no art. 170 que trata da ordem econômica. Da consideração de que as normas constitucionais gozam de eficácia direta e imediata decorre a necessidade de que esses dispositivos sejam aplicados para fins de controle da licitude do objeto contratual.

¹² Rentería (2006, p. 303).

¹³ *Idem*, p.304.

¹⁴ Ao que parece, aqueles que utilizam a metodologia da análise econômica do Direito e atribuem à função social dos contratos o papel de mecanismo de internalização de externalidades leva em consideração apenas a dimensão externa do princípio. Neste sentido, cabe ressaltar que também autores que não integram a corrente de análise econômica do Direito, como José Cesar Ferreira da Silva (Da Silva, J.C.F. (2003)) e Luiz Renato Ferreira da Silva (Da Silva, L.R.F. (2003)), mas que optam igualmente pela aplicação do princípio apenas no que diz respeito a seus efeitos externos. Neste texto, trataremos exclusivamente da *dimensão externa* do princípio da função social dos contratos.

¹⁵ O ministro Luiz Fux fundamenta a sua decisão no Recurso Especial No 849.690 – RS (2006/0103901 – 7) assim como no Recurso Especial No 857.548 – SC (2006/0119305 – 5), citando também a mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos tendo em vista estar a sua aplicação condicionada a fatores como a função social dos contratos.

¹⁶ Entre outros, Reale (1984), De Azevedo (1998), Amaral (2000), Nalin (2002) e Godoy (2004).

Em segundo lugar, podemos destacar outra concepção da função social dos contratos diz respeito ao caráter solidário dos contratos, e a necessidade de uma “nova” forma de abordagem dos contratos que prime pela sua dimensão social e não mais pela estrita vontade das partes proveniente do princípio da liberdade contratual, como já mencionado. Segundo essa perspectiva, há uma preocupação com os objetivos sociais do sistema, que devem ser tutelados tanto nas relações contratuais que envolvam efeitos externos quanto naquelas que digam respeito tão somente à interesses patrimoniais individuais. Segundo essa visão de *funcionalização* da autonomia privada, não haveria oposição entre a autonomia da vontade e a função social do contrato, mas intrinsecamente, posto que a finalidade social seria a justificativa da autonomia contratual¹⁷, como prescrito no art. 421 do Código Civil ao utilizar a expressão “em razão”.

Em terceiro lugar, cumpre ainda ressaltar que a limitação da autonomia da vontade também pode ser justificada pela necessidade de reequilibrar relações econômicas entre agentes que possuem posições econômicas particularmente díspares na relação contratual.¹⁸ Nesta concepção, podemos destacar a preocupação nítida com questões de caráter distributivos, que excede as análises usualmente promovidas pela corrente da análise econômica do Direito. Os autores da análise econômica defendem, em regra, que preocupações de ordem distributiva sejam direcionadas apenas para medidas mais diretamente relacionadas com a distribuição, como a arrecadação de impostos, a concessão de subsídios públicos, a implementação de obras infra-estruturais, obras de melhoria da qualidade de vida de indivíduos menos favorecidas, e medidas semelhantes¹⁹. Sobretudo no Direito Privado, consideram que preocupações com aspectos distributivos podem gerar perdas de eficiência indesejáveis, sobretudo se levarmos em consideração as limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário no momento de aplicação das normas contratuais. No entanto, a doutrina jurídica predominante²⁰ no Brasil continua a considerar relevante a consideração de questões distributivas como parte integrante do Direito Privado, e encara essa aplicação como o resultado de uma longa evolução histórica deste Direito.

Por fim, outro aspecto relevante a ser considerado diz respeito a freqüente ausência de informações completas para as partes. De acordo com a teoria neo-clássica, as trocas econômicas são eficientes de Pareto quando realizadas em cenário de custos de transação iguais a zero. Entretanto, a realidade é marcada por elevados custos de transação que geram assimetria de informações entre as partes, justificando por vezes a limitação da autonomia da vontade dos contratantes. Neste sentido, o princípio da boa-fé objetiva cumpre importante papel ao estipular deveres de prestação de informações, evitando comportamentos oportunistas indesejáveis.

No início deste texto mostramos como a análise econômica do Direito no Brasil tem abordado o problema da função social dos contratos sob a ótica do conceito de externalidade. Procuramos apresentar brevemente nesta primeira parte a dimensão dos problemas jurídicos suscitados pela análise da função social dos contratos, e as dificuldades com as quais a doutrina jurídica tradicional se depara ao procurar definir de maneira mais precisa o conteúdo e a eficácia deste princípio. A seguir, discutiremos com mais profundidade os diferentes conteúdos atribuídos pela teoria econômica ao conceito de externalidade, que suscitam consequências para as discussões acerca da função social dos contratos.

¹⁷ Morais (2005, p. 101).

¹⁸ Neste sentido, cumpre destacar o exemplo das relações de consumo, para as quais entendeu o legislador por bem erigir regime jurídico autônomo, que delega ao consumidor uma série de direitos que não podem ser alvo de disposição contratual.

¹⁹ Ver Kaplow & Shavell (2006).

²⁰ Ver Tepedino (2004), Morais (2005), De Azevedo (1998), Amaral (2000), Nalin (2002) e Godoy (2004).

3. Externalidade

Como indicamos, existe uma tendência entre alguns autores que aplicam a metodologia da análise econômica do Direito no Brasil a utilizarem o conceito de externalidade sem se preocupar em defini-lo de maneira rigorosa. O mesmo acontece, entretanto, dentro da própria teoria econômica:

The concept of public goods has been developed through successive refinement over a long period of time. Yet, surprisingly enough, nowhere in the literature does there appear to be a clear general definition of this concept or the more general one of “externality”. The accounts given are usually either very general and discursive, difficult to interpret in specific contexts, or else they are rigorous accounts of very special situations.²¹

Na literatura brasileira de análise econômica do Direito, o conceito de externalidade aparece na sua acepção mais básica e mais geral²², e raramente as discussões levam adiante uma definição mais cautelosa de seu conteúdo. Os autores limitam-se a classificar externalidades como qualquer interferência benéfica (externalidade positiva) ou maléfica (externalidade negativa) que a atividade de um agente pode ter sobre o bem-estar de um terceiro. Nestes casos a solução de eficiência preconizada pelo primeiro teorema do bem-estar não se verifica, ou seja, temos um resultado ineficiente que pode justificar a intervenção estatal. Conceitos como o de custo de transação e assimetria de informações, centrais para o debate contemporâneo das externalidades, raramente são abordados, ou suas relações elucidadas.

Neste texto, apresentaremos o conceito de externalidade em três etapas analíticas distintas. Num primeiro momento apresentaremos uma definição básica do conceito de externalidade, aquela que acreditamos que os autores de análise econômica do Direito têm em mente quando se utilizam do conceito. Neste primeiro momento nos limitaremos a mostrar como externalidades positivas e negativas não atingem a solução eficiente estipulada pelo primeiro teorema do bem-estar, gerando perdas sociais (peso morto).

Em seguida, passaremos a uma análise mais aprofundada do conceito de externalidade. As distinções entre externalidade marginal e infra-marginal, e entre externalidade relevante e irrelevante de Pareto serão introduzidas, e discutiremos as relações entre os conceitos de externalidade, custos de transação e assimetria de informações. Analisaremos também a possibilidade de soluções privadas e públicas para a alocação eficiente de externalidades.

Por fim, passaremos à questão da medição das externalidades, e o impacto que a metodologia de operacionalização deste conceito deve ter sobre seu conteúdo. Trata-se de avaliar sua utilidade para a descrição de determinadas situações jurídicas e econômicas tendo em vista as limitações que a operacionalização do conceito impõe às análises empíricas rigorosas.

3.1. Mercados Eficientes e Falhas de Mercado - 1º Teorema do Bem-Estar

O primeiro teorema do bem-estar afirma que todo equilíbrio walrasiano²³ em um mercado perfeitamente competitivo será eficiente de Pareto. Neste cenário, produtores são tomadores de

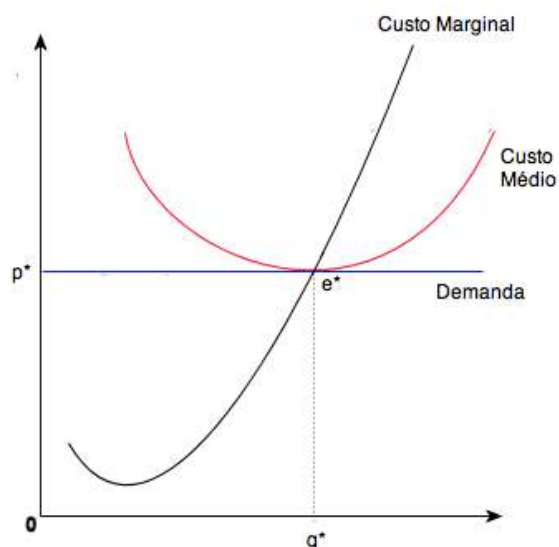
²¹ Arrow (1970, p. 1).

²² Vide nota 4.

²³ Walras (1958) formula sua hipótese de equilíbrio a partir da famosa figura do leiloeiro que atribui cada bem a quem mais o valoriza, gerando uma alocação eficiente de Pareto. Arrow & Debreu (1954) dão formalização matemática a

preço, os mercados devem ser completos, não existem custos de transação ou assimetria de informações. O equilíbrio é atingido no ponto $e^* = \{q^*; p^*\}$, conforme o gráfico ao lado²⁴.

Não nos aprofundaremos aqui na análise do primeiro teorema do bem-estar. Lembramos apenas que nesta hipótese, os produtores tomam o preço p^* como dado, e determinam a quantidade q^* com base na sua curva de custo marginal²⁵, sendo seu lucro igual a zero²⁶. No gráfico, representamos o equilíbrio no ponto em que o produtor recupera seus investimentos (*break-even point*²⁷). A competição perfeita impõe aos produtores o comportamento de tomadores de preço, uma vez que uma tentativa unilateral de um produtor de aumentar seu preço gera incentivos para a entrada de novos produtores no mercado, gerando pressão competitiva sobre o produtor. Consumidores não enfrentam custos de transação para se utilizar do mercado, e, portanto consomem sempre que estiverem dispostos a pagar o preço p^* , ou seja, quando atribuem ao bem um valor igual ou superior a p^* ²⁸.



A economia neoclássica parte da hipótese do primeiro teorema do bem-estar para instituir a eficiência do livre mercado como regra, e prever como fatores da realidade que se distanciam do modelo clássico, também chamados de falhas de mercado, podem justificar certos tipos de atuação do Estado. Neste cenário, as normas jurídicas, como instrumento de regulação *latu sensu* por excelência, têm dois papéis centrais: a defesa do funcionamento do livre mercado em regra, e a viabilização da intervenção do Estado para corrigir falhas de mercado quando necessário.

Dentre as falhas de mercado mais comumente abordadas pela teoria neoclássica (monopólio natural, bens públicos, etc.), o conceito de externalidades figura com um papel central. A existência de externalidades é frequentemente apontada como justificativa para intervenções do Estado na economia. Na literatura de análise econômica do Direito, em especial, a justificativa para a existência de diversos tipos de normas jurídicas é extraída justamente do conceito de externalidades. Entretanto, como veremos adiante, a questão não é tão simples. Alguns tipos de externalidades

hipótese do equilíbrio walrasiano, e mostram que, em mercados completos e perfeitamente competitivos, onde os participantes podem efetuar trocas eficientes de Pareto sem custos de transação, a alocação final atinge um ponto de equilíbrio eficiente. Ver também: Debreu (1959), Pindyck (2005) e Varian (2006).

²⁴ Neste gráfico representamos uma demanda perfeitamente elástica para fins de simplificação do modelo. A hipótese não é necessária para a verificação do primeiro teorema do bem-estar.

²⁵ Custo marginal é o custo no qual um produtor deve incorrer para produzir mais uma unidade de um determinado bem sob análise.

²⁶ A hipótese pode parecer estranha a primeira vista, mas devemos lembrar que a curva de custo marginal representada pelo modelo leva em consideração os custos de oportunidades dos produtores. Assim, a remuneração pelo exercício da atividade pelo produtor, pela tomada de riscos, etc., está incluída no valor da melhor alternativa ao exercício da atividade.

²⁷ O break-even point é dado pelo ponto em que a curva de custo médio do produtor se encontra com sua curva de custo marginal. A função do custo médio é dada pelo valor do custo total incorrido pelo produtor dividido pela quantidade produzida. Para uma bibliografia simplificada da estrutura de custos do produtor, ver Mankiw (2001). Ver também Varian (2006).

²⁸ Cumpre ressaltar que as condições do primeiro teorema do bem-estar são claramente contrafactuais. A existência de custos de transação, incompletude dos mercados, assimetria de informações, barreiras a entrada de novos competidores, concentração de poder econômico, e uma série de outros fatores levam a realidade a apresentar resultados ineficientes nos mais diversos setores, e muitas vezes justificam a intervenção do Estado na economia.

podem admitir soluções privadas, ou seja, podem ser eficientemente alocadas pelas próprias estruturas do mercado. Outros, não admitem soluções eficientes de Pareto, mesmo que haja intervenção do Estado por meio de normas jurídicas, ou seja, não admitem soluções públicas.

A seguir apresentamos um modelo simples para explicar porque a presença de externalidades pode gerar resultados ineficientes, para em seguida passar a distinções mais rigorosas que nos permitirão compreender melhor as relações entre externalidades, normas jurídicas e a intervenção do Estado na economia.

3.2.Externalidades e Ineficiência

Como exposto, a externalidade é o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação, desta relação *econômico-social*. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto²⁹. O impacto pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo consequentemente classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Quando temos uma externalidade de produção³⁰ negativa, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que o este último produza uma quantidade acima da desejada pela sociedade. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado; passa a incluir o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões. Ou seja, o equilíbrio de mercado é atingido sem que a externalidade, representada pelo custo/valor social, componha a sua formação, o que faz com que o mercado aloque os recursos de maneira ineficiente.

A seguir, apresentamos dois exemplos para elucidar como externalidades negativas e positivas podem interferir no equilíbrio de mercado gerando resultados ineficientes.

3.2.1. Externalidades Negativas: o uso de automóveis

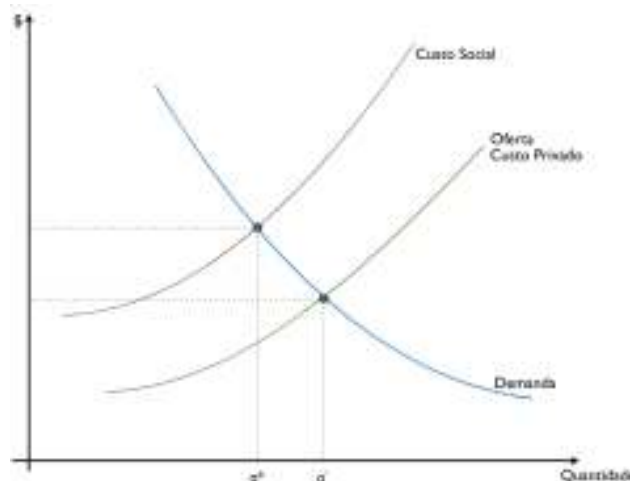
Uma externalidade negativa é representada pelo impacto negativo que a ação de determinado agente pode ter sobre o bem-estar de terceiros. Consideremos como exemplo, o uso de carros para ir ao trabalho. Quando um agente decide utilizar seu carro para ir ao trabalho, está em geral preocupado com fatores como seu conforto, a rapidez, o preço da gasolina, etc. Essa ação, entretanto, tem efeito na vida de terceiros dado que, dentre outros fatores, contribui para o aumento do trânsito e da poluição. Esses dois resultados podem ser tidos como negativos do ponto de vista dos terceiros

²⁹ Veremos que a possibilidade dos agentes transacionarem a alocação de uma externalidade é uma solução privada que gera resultados eficientes. Em regra, quando definimos a existência de externalidades como uma falha de mercado, pressupomos que a existência de custos de transação impede a alocação eficiente das externalidades por meio de trocas.

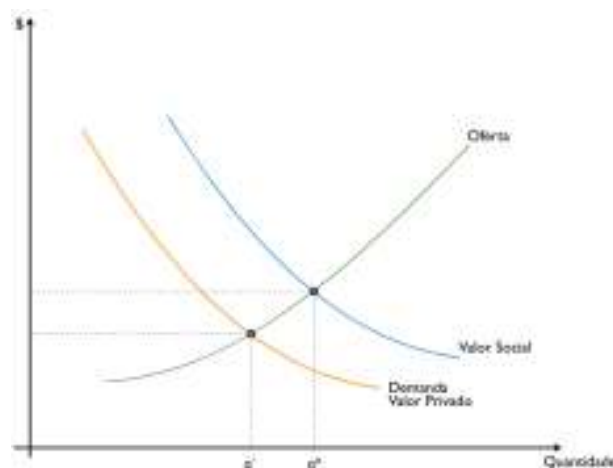
³⁰ Os economistas em geral distinguem as externalidades de produção das externalidades de consumo. O motivo para tanto é a existência de corpos teóricos distintos para a explicação do comportamento de produtores e consumidores. A distinção, entretanto, não é relevante para a definição do conceito de externalidade, e em análise econômica do Direito, nem sempre é possível distinguir claramente os lados do mercado ao qual os agentes pertencem. Desta forma, a distinção não será observada estritamente neste trabalho.

que o suportam, dado que a emissão de gases pelo veículo é prejudicial à saúde, e que o aumento do trânsito fará com que o tempo de deslocamento entre diferentes pontos da cidade seja maior. Dessa forma, o custo dessa ação para a sociedade será maior que para a pessoa que decide ir de carro para o trabalho. Isso porque, o custo social é a soma dos custos privados de quem dirige e do impacto suportado pelos terceiros.

Podemos ilustrar esse exemplo pelo gráfico ao lado. A curva do custo social se encontra acima da curva representativa do custo do agente, aqui chamada de custo privado. A diferença entre as duas curvas é o custo dos impactos suportado pelos terceiros. O ponto ótimo, ou seja, socialmente desejável, é aquele onde há interseção entre as curvas do custo social e da demanda. Desta forma, a quantidade desejável de uso de veículo pelos agentes é dado por q^* . O ponto de equilíbrio atingido pelo livre mercado, no entanto, encontra-se localizado entre as curvas da oferta e da demanda. Tendo em vista que o custo privado não engloba o custo da externalidade produzida, a quantidade atingida pelo equilíbrio de mercado é $q' > q^*$.



Uma solução típica para este tipo de problema seria a imposição de um tributo, pelo Estado, sobre esta atividade, a fim de imputar aos agentes o custo decorrente da externalidade. No momento em que essa externalidade passa a integrar o custo privado, a curva de custo privado se iguala à curva do custo social, e o equilíbrio atingindo passa a igualar-se ao ponto ótimo. Ou seja, quando as pessoas passam a arcar com os custos do aumento do trânsito e da poluição, provenientes da utilização dos carros, o número de carros tende a diminuir de forma a alcançar a quantidade ótima q^* . Dessa forma, o resultado é a alocação eficiente dos recursos, que existiria em um mercado onde não houvesse falhas.



Recentemente, a regulação do setor de transporte, em diversos países, tem buscado imputar tais custos ao uso de automóveis. Em São Paulo, foi criado um sistema de revezamento de veículos, em Estocolmo e em Londres, foram criados tributos pelo uso de veículos. Outros países tributam etapas distintas da cadeia produtiva, buscando reduzir os custos de fiscalização e coleta de tributos. Todos esses exemplos constituem mecanismos estatais de regulação que visam corrigir as falhas de mercado decorrentes da presença de externalidades negativas no uso de automóveis.

3.2.2. Externalidades Positivas: as decorações natalinas

A análise apresentada acerca da externalidade negativa pode ser analogamente aplicada às externalidades positivas. Nessas últimas, porém, trata-se de impactos positivos que as ações de um agente geram para terceiros. Desta forma, o morador de uma cidade que mantém a fachada de sua

residência em bom estado está realizando uma ação em benefício próprio: a boa conservação de sua propriedade privada. Sua conduta, entretanto, também está sendo benéfica aos demais moradores daquela cidade, uma vez que contribui para a sensação de limpeza e boa conservação do ambiente urbano, logo, para o bem-estar de sua população. Esse benefício pode ser considerado uma externalidade positiva.

Nesse caso, como há a presença de um ganho, e não de um custo como no caso de uma externalidade negativa, é a curva de valor social que se distingue da curva da demanda, ou seja, do valor privado. Como o valor social é superior ao valor privado, a curva do valor social está localizada acima da curva da demanda. A ineficiência neste caso decorre do fato de haver um número menor de fachadas conservadas (q') que o desejável pela população (q^*), fazendo com que o ponto equilíbrio, representado pelo cruzamento das curvas de oferta e demanda, se afaste do ponto ótimo de encontro das curvas da oferta e do valor social. Para que esse último ponto seja alcançado é necessário alguma forma de incentivo para que mais pessoas contribuam com o melhoramento das fachadas, de modo a aumentar a quantidade de casas bem conservadas, e deslocar o ponto de equilíbrio para o ponto ótimo.

Com efeito, em diversas cidades, é comum a existência de competições pelas fachadas mais bem decoradas em épocas de festividades como o natal. Mecanismos de prêmio oferecem um incentivo de baixo custo para que os moradores da cidade invistam em uma melhor decoração, e com isto contribuam indiretamente para que a cidade se torne mais festiva e agradável.

3.3.Aprofundamentos

Os modelos apresentados até então, bastante próximos aos usualmente utilizados pelos autores de análise econômica do Direito, são extremamente simplificados porque assumem que a interação indireta entre o agente causador de uma externalidade e aquele que sofre seus impactos pode sempre ser facilmente percebida e quantificada. É necessário considerar em maiores detalhes como os tipos de interferência indireta da conduta de um agente sobre outro podem sugerir soluções diversas para problemas de externalidade.

Na verdade, afirmar que existem externalidades em determinado mercado, não é dizer muito. Para avaliar medidas que visam solucionar problemas de externalidades precisamos saber se uma dada externalidade admite alocação eficiente pelos próprios instrumentos do mercado, medir os efeitos marginais da conduta do agente causador sobre a utilidade do agente que sofre seus impactos, averiguar se há possibilidade de alocação mais eficiente da externalidade ou se a solução de mercado não admite melhorias marginais, etc.

A seguir elucidaremos algumas distinções relevantes, que podem nos ajudar a compreender melhor o problema das externalidades e suas soluções.

3.3.1. Externalidade Marginal e Infra-marginal

Chamamos de externalidade marginal aquela cujos impactos variam proporcionalmente a medida que a conduta do agente causador sofre incrementos ou decréscimos marginais, e de externalidade infra-marginal aquela cujos impactos não variam quando a conduta do agente causador sofre mudanças marginais. Vejamos um exemplo.

Consideremos o exemplo de uma fábrica que despeja poluentes em um lago utilizado por uma pequena comunidade que habita a região ao seu redor. O lago é usualmente utilizado pelos moradores para diversão: as famílias levam ali suas crianças para nadar, fazer piqueniques, etc.

Inicialmente, quando a empresa começa a poluir o lago, a cada litro de dejetos despejados está causando um impacto direto sobre os moradores da região, que tem as condições do lago que utilizam progressivamente pioradas. Neste caso, o despejo de dejetos constitui uma externalidade negativa marginal, pois mudanças marginais na atitude do agente causador (a fábrica aumenta o volume de dejetos despejados) tem impacto sobre o nível de bem-estar da comunidade (o lago se torna menos propício às atividades de lazer realizadas pelos moradores).

No entanto, suponhamos que a fábrica continue a aumentar o volume de dejetos despejados até o ponto em que o pequeno lago não pode mais ser utilizado por banhistas, e suas margens deixem de ser utilizadas pelas famílias da região por conta do mau cheiro. Neste caso, o aumento do volume de despejo de dejetos passa a já não afetar mais o bem-estar da comunidade. A atividade como um todo causa externalidades negativas para a comunidade, mas aumentos ou decréscimos marginais no nível de atividade passam a não mais ter impacto sobre os membros da comunidade. Trata-se de uma hipótese de externalidade negativa infra-marginal.

Passemos a outro exemplo interessante, o caso das economias de rede. Uma economia de rede é caracterizada pelo fato de que o nível de utilidade que um consumidor atribui a um determinado produto depende do número de consumidores que possuem o mesmo produto: um exemplo clássico é o aparelho de fax. A primeira pessoa a comprar um telefone com fax terá pouco o que fazer com o aparelho, uma vez que o envio de fax depende de o receptor também possuir o aparelho. Desta forma, a ação de cada novo consumidor que compra um aparelho de fax produz uma externalidade positiva para o primeiro consumidor, que agora terá mais 4, 5, 10 pessoas com quem se comunicar.

Entretanto, a medida que o aparelho de fax se estabelece no mercado como um produto amplamente utilizado, a relevância do ingresso de um novo consumidor diminui progressivamente até tender a zero.

Passemos ao exemplo do mercado de cartões de crédito. Assim como no caso do aparelho de fax, as bandeiras de cartões de crédito, para seu sucesso, dependem da ampla aceitação do mercado, uma vez que a utilidade do cartão para o consumidor é aumentada pela aderência de um maior número de clientes à sua bandeira, que passará então a estar presente em um número maior de estabelecimentos de consumo como meio de pagamento. Desta forma, existem neste mercado externalidades positivas típicas de uma economia de rede.

O processo de estabelecimento de uma nova bandeira no mercado de cartões de crédito pode ser dividido em quatro etapas: ingresso, expansão, estabilização e consolidação. Usualmente, nas primeiras duas etapas o fundamental para a bandeira é a aderência de um grande número de clientes, para que o efeito decorrente das externalidades de rede não se apresente como desvantagem competitiva para a empresa³¹. Desta forma, neste momento dizemos que o mercado apresenta externalidades de rede marginais.

Uma vez ultrapassada a fase de expansão, ou seja, tendo se estabelecido a bandeira no mercado com um grande número de clientes, seu cartão passa a fazer parte das formas de pagamento usuais em grande parte dos estabelecimentos comerciais, e o ingresso de novos consumidores deixa de

³¹ O mercado de cartões de pagamento é um típico exemplo de “mercado de 2 pontas”. A bandeira arrecada taxas das empresas emissoras de cartão (usualmente bancos), e das empresas credenciadoras que realizam a gestão das operações financeiras (Redecard, Cielo, etc.). As empresas emissoras cobram anuidades dos consumidores finais, e as credenciadoras cobram taxas dos estabelecimentos comerciais que adotam suas máquinas. Desta forma, o crescimento de uma determinada bandeira depende, enfim, do crescimento do número de estabelecimentos credenciados, e de portadores de cartões de crédito.

ser tão significativo. Assim, neste momento dizemos que o mercado apresenta externalidades de rede infra-marginais.

Como vimos, em diversos mercados podemos identificar a distinção entre externalidade marginal e infra-marginal com alguma clareza. A distinção é particularmente relevante sob a ótica da regulação do mercado, uma vez que sugerem soluções distintas para um regulador. As bandeiras de cartão de crédito que estejam em fase de expansão provavelmente tratarão seus consumidores de forma distinta de empresas que se encontrem em fase de consolidação. Um regulador que procure reabilitar, por exemplo, o lago poluído do exemplo anterior, terá diante de si um desafio mais difícil se a poluição já estiver no nível avançado no qual as externalidades negativas se tornam infra-marginais. Talvez ainda mais importante seja a compreensão do fato de que normas ambientais que imponham um dever de cuidado marginal para o poluidor podem gerar prejuízos para a indústria sem melhorar a situação dos moradores.

3.3.2. Relevância de Pareto

Outra distinção importante para a análise diz respeito à relevância de Pareto de uma externalidade. Dizemos que uma externalidade é relevante de Pareto quando verificamos que, a custo de transação igual a zero, seria possível a realização de uma troca eficiente de Pareto entre o causador da externalidade e aquele que sofre seus impactos. Trata-se de uma hipótese contrafática, uma vez que a própria existência de externalidade, por definição importa em custos de transação diferentes de zero, mas partimos desta suposição para averiguar a existência de perda de eficiência com a ocorrência da referida externalidade. Partiremos de um *insight* econômico simples acerca da eficiência de Pareto das trocas, para elucidar esta idéia.

Consideremos o seguinte exemplo. Dois vizinhos moram em um mesmo prédio, um ao lado do outro. O vizinho A quer escutar música com volume alto, e atribui a esta atividade determinado nível de satisfação. O vizinho B quer paz e silêncio, e atribui à atividade de A determinado nível de desgosto. Como podemos perceber a atividade de A gera uma externalidade negativa sobre B. Consideremos agora dois cenários, ambos sob a hipótese de custos de transação zero.

Em um primeiro cenário, A atribui à atividade de escutar música um valor de R\$200,00, ou seja, só estaria disposto a deixar de realizar espontaneamente a atividade mediante o pagamento de um valor superior a R\$200,00; e B atribui ao seu silêncio um valor de R\$300,00, ou seja, está disposto a pagar até R\$300,00 a B para que este pare de ouvir sua música. Sob custos de transação iguais a zero, A e B negociam algum valor entre R\$200,00 e R\$300,00 para que a música cesse, gerando um excedente de R\$100,00. Trocas como estas são mutuamente benéficas, uma vez que as partes optam espontaneamente, e portanto são também eficientes de Pareto³².

Caso existam custos de transação elevados, A e B podem não conseguir negociar a solução eficiente apresentada pelo exemplo. Neste caso, dizemos que existe uma externalidade negativa relevante de Pareto, ou seja, que poderia ser melhorada mediante a realização de uma troca.

Consideremos agora a hipótese dos valores serem invertidos: A atribui um valor de R\$300,00 à sua música e B um valor de R\$200,00 ao seu silêncio. Agora, mesmo em um cenário de custos de transação iguais a zero, A e B não negociam, uma vez que não há solução eficiente de Pareto pela negociação. Na realidade, a solução eficiente ocorre sem a realização de uma troca: A decide continuar a ouvir sua música. No entanto, ainda existe externalidade, uma vez que a utilidade de B

³² Pareto demonstrou de forma mais rigorosa a eficiência das relações contratuais através da chamada “Caixa de Edgeworth”. Ver: Varian (2006).

sofre impactos advindos de atividades realizadas por A. Neste caso, dizemos que existe uma externalidade negativa irrelevante de Pareto, ou seja, que não poderia ser melhorada por uma relação de troca.

Quando economistas tratam de externalidades, em geral se referem a externalidades relevantes de Pareto, ou seja, externalidades que causam perdas sociais uma vez que suprimem uma margem de excedente que poderia ser obtida por uma troca se os custos de transação fossem iguais a zero. Os modelos econômicos que operacionalizam o conceito de externalidades em geral preocupam-se em testar a possibilidade de ganhos de eficiência. No entanto, muitas vezes nas análises que se utilizam do conceito de externalidade, sobretudo em textos acadêmicos de análise econômica do Direito, este elemento essencial é suprimido.

3.3.3. Problemas de mensuração

Procuramos aqui apresentar alguns elementos que permitem uma análise ainda mais aprofundada do conceito de externalidades, permitindo que seja feita algumas distinções teóricas que consideramos especialmente importantes, por interferirem diretamente nas análises promovidas por aqueles que aplicam a metodologia da análise econômica do Direito no Brasil, e por serem frequentemente desconsideradas. Analisaremos por fim um último problema frequentemente enfrentado pelos economistas, e que pode ser de especial importância para os juristas: o problema da mensuração das externalidades.

Definimos externalidade como o impacto, negativo ou positivo, de uma ação sob o controle de um agente sobre o nível de utilidade de um outro agente. Economistas geralmente tratam de situações em que uma relação estabelecida entre consumidor e ofertante tem efeitos sob um terceiro, que não pode interferir na relação. Um dos problemas mais graves desta definição decorre, no entanto, da impossibilidade prática de mensuração do nível de utilidade de um indivíduo.

Existem diversas formas distintas de se mensurar externalidades. A principal dificuldade de mensuração relacionada ao problema das externalidades decorre do fato de que a presença de uma externalidade, ou seja, a existência de impactos positivos ou negativos gerados pela conduta de um agente sobre um terceiro, não implica necessariamente na efetiva transferência de recursos de um agente para outro. A externalidade, entretanto, é definida como qualquer impacto negativo ou positivo sobre o bem-estar de um terceiro, e pode operar no nível da utilidade aferida por um agente em determinadas circunstâncias. Desta forma, nos interessa a diferença entre a mensuração que se utiliza do critério da riqueza, da saída de recursos de uma parte para outra, e o impacto de utilidade efetivamente sofrido pelo terceiro.

A mensuração das externalidades pelos economistas tende a utilizar o critério do *“out of pocket”*, da saída de recursos de uma parte para a outra. Este critério é mais útil na operacionalização do conceito de externalidade porque viabiliza, de forma mais segura e precisa, as análises quantitativas objetivadas pelos economistas. No entanto, este critério de mensuração tende a direcionar a análise das externalidades de forma a não só medir as externalidades analisadas de forma limitada, mas também de excluir da análise certos tipos de externalidades que têm impactos efetivos na realidade, como é o caso das chamadas externalidades morais.

Chamamos de externalidades morais o impacto negativo que uma determinada atividade ou ação pode ter sobre a utilidade de terceiros pelo simples fato de contrariar valores éticos de conduta partilhados por grande parte da comunidade. Este tipo de externalidade negativa não integra, em regra, as análises econômicas. Este fator é especialmente relevante para o Direito uma vez que o papel das noções jurídicas de equidade e justiça pode ser justificado precisamente pela presença na

realidade de externalidades morais relevantes que a Economia não consegue mensurar. Princípios como o da função social dos contratos ou da boa-fé objetiva serviriam como um importante veículo de internalização destas externalidades:

Of course, every transaction is likely to impose a cost on a third party. This external cost is greater when this activity goes against conventional morality. Then, the way of life or the acts of some people can be said to offend the majority. Their acts or transactions have negative external effects of such magnitude that they can have detrimental effects to social order itself. Consequently, the argument goes, the state should intervene in order to protect the offended majority, by making immoral people internalize the cost of their immorality, enhancing overall welfare.³³

Desta forma, uma correta avaliação de princípios jurídicos como o da função social dos contratos deve considerar as limitações da teoria econômica, que não consegue mensurar adequadamente externalidades, e que também por esta razão deixa de lado fatores importantes, como externalidades morais, com as quais as normas jurídicas talvez devam se preocupar. Esta limitação operacional sequer se limita às externalidades morais, havendo grandes dificuldades de mensuração de quaisquer externalidades que não se reflitam em trocas de recursos de fácil constatação.

Com isto, procuramos elucidar algumas questões relevantes acerca da definição e operacionalização do conceito de externalidades. Passaremos agora a análise do conceito de função social dos contratos, onde procuraremos mostrar como o conceito supera, em conteúdo e propósito, a função limitada que lhe tem sido atribuída.

4. Conclusões

O princípio da função social dos contratos, claramente, pode assumir a função de mecanismo de internalização das externalidades tradicionalmente concebidas como falhas de mercado. Entretanto pode o princípio assumir a função de mecanismo de internalização de externalidades morais, ou ainda de externalidades que gerem transferências de recursos não facilmente mensuráveis? Neste sentido, as dificuldades de caracterização das externalidades morais levam os autores da análise econômica a não distinguir estas externalidades de aspectos distributivos. A análise da eficiência das normas contratuais, neste sentido, enfrenta problemas de difícil solução, uma vez que diversas limitações à autonomia da vontade das partes poderiam ser justificadas pela existência de externalidades morais ou externalidades que não gerem transferências aparentes de recursos. Neste artigo avaliamos, de forma concisa, as consequências da atribuição à função social dos contratos do papel reduzido de mecanismo de internalização de externalidades. Consideramos esta interpretação equivocada pelos motivos que se seguem.

Em primeiro lugar, criticamos a utilização de um modelo teórico limitado para a análise das externalidades. Ressaltamos que certas distinções relevantes, como a distinção entre externalidade marginal e infra-marginal, e a distinção entre externalidade relevante de Pareto e irrelevante de Pareto podem sugerir soluções diversas para problemas usualmente tratados por esta literatura como idênticos. A ausência de uma análise crítica do papel da função social dos contratos para a solução de cada um destes tipos de externalidades é uma das falhas mais graves do modelo prescritivo analisado.

Em seguida, destacamos as dificuldades de mensuração das externalidades, que em geral desconsideram o critério da utilidade em prol da riqueza devido a dificuldades de operacionalização

³³ Hatzis (2008, p. 58).

do conceito, e com isto acabam desclassificando um rol de externalidades particularmente importantes para o Direito: as externalidades morais. Neste caso, a função social dos contratos poderia servir de parâmetro de moralidade dos contratos destinado precisamente a internalizar este tipo de externalidade, o que raramente é considerado pelos autores quando tratam do tema.

Destacamos diversos fatores importantes do debate doutrinário acerca da função social dos contratos a respeito dos quais os autores de análise econômica frequentemente não se pronunciam. Este silêncio, e o apego a modelos econômicos apartados das especificidades da legislação brasileira, dificultam o diálogo com a doutrina predominante, e pode ser um empecilho ao avanço deste tipo de análise no Brasil. A análise econômica de conceitos considerados atualmente como fundamentais para a compreensão das normas contratuais, como o de causa, é fundamental para o avanço da disciplina.

Esperamos com isto mostrar que a caracterização do princípio da função social dos contratos como instrumento de internalização de externalidades deixa diversas questões a serem resolvidas.

5. Referências

- Amaral, F. (2000). *Direito Civil: introdução*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar.
- Arrow, K. (1970). *Political and Economic Evaluation of Social Effects and Externalities*. Harvard University Selection from an out-of-print volume from the National Bureau of Economic Research: 1 - 30.
- Arrow, K.J.; Debreu, G. (1954). *The existence of an Equilibrium for a Competitive Economy*. *Econometrica* 22.
- Barnett, A. H.& Yandle, B. (2009). *The End of the Externality Revolution*. Social Philosophy & Policy Foundation: 130-150.
- Buchanan, J. M. & Stubblebine, W. C. (1962). *Externality*. *Economica*, New Series, 29(116): 371-384.
- Da Silva, J. C. F. (2003). *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In. Sarlet, J.W. (Org.): *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Da Silva, L.R. F. (2003). *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In. Sarlet, J.W. (Org.): *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Dahlman, C. J. (1979). *The Problem of Externality*. *Journal of Law and Economics* 22(1): 141-162.
- De Azevedo, A. J. (1998). *Princípios do novo direito contratual*. *Revista dos Tribunais* 750.
- Debreu, G. (1959). *Theory of Value*. Nova Iorque, Wiley.
- Demsetz, H., Anderson, T. L. & McChesney, F. S. (2003). *Ownership and the Externality Problem. Property Rights: Cooperation, Conflict, and Law*. Princeton, Princeton University Press.
- Godoy, C. L. B. (2004). *A função Social do Contrato*. São Paulo, Editora Saraiva.
- Hatzis, A. N. *The Negative Externalities of Immorality: the case of same-sex marriage*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=909804
- Kaplow, L. & Shavell, S. (2006). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press, Cambridge.
- Kronman, A. T. (1980). *Contract Law and Distributive Justice*. *The Yale Law Journal* 89: 472-511.
- Mankiw, N. G. (2001). *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier.

- Mattos, C. (2008). *Uma Análise Econômica da Função Social da Propriedade na Constituição Brasileira. Ensaio Sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na Sociedade Brasileira*. Câmara dos Deputados. Coleções Especiais – Obras Comemorativas. Consultoria Legislativa. 2.
- Morais, M. C. B. (2005). *A causa dos contratos*. Revista Trimestral de Direito Civil, 21.
- Nalin, P. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. Revista de Direito Privado 12.
- Pindyck, R. S. & Rubinfeld, D. L. (2005). *Microeconomia*. 6ª edição. São Paulo, Editora Pearson.
- Reale, M. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo, Editora Saraiva.
- Rentería, P. (2006). *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*.
- Morais, M.C.B. (Coord.): *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar.
- Ribeiro, M. C. P. (2007). *Por uma Nova Dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a Noção Funcional dos Contratos Empresariais*. XVI Congresso Nacional CONPEDI, Belo Horizonte.
- Schwartz, A. & Scott, R. E. (2003). *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. Yale Law Journal 113.
- Timm, L. B. (2008). *Ainda Sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça distributiva versus Eficiência Econômica*. In: Timm, L. B., *Direito e Economia*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 349.
- Tomasevicius, E. F. (2005). *A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa 42: 197-214.
- Varian, H. R (2006). *Microeconomia: princípios básicos*. São Paulo, Editora Campus.
- Walras, L. (1958). *Elements of Pure Economics*. Cambridge, Harvard University Press.