

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO E DA ECONOMIA

Mariana Moreira NEVES*

Daniel Jimenez ORMIANIN**

RESUMO

O artigo busca orientar uma melhor forma de aplicação pelos juízes brasileiros do princípio da função social do contrato, sem desestimular a economia. Objetiva-se demonstrar a importância do conceito do princípio e suas implicações econômicas entre as partes contratantes, bem como entre a sociedade. Para isto, inicialmente analisa-se o histórico das relações contratuais, demonstrando a importância do Estado Liberal para o desenvolvimento e aprimoramento dos contratos. O tema é estudado por meio da realização da análise econômica do direito, devido a relação entre Direito e Economia proporcionar importantes observações que, de modo isolado, estas ciências não conseguiriam alcançar, maximizando, assim, a eficiência da norma jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – função social. Contrato – implicações econômicas. Contrato – Direito e Economia.

* Graduada pela UniCuritiba, Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

** Advogado, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende fazer uma análise econômica da aplicação do princípio da função social do contrato, o qual é previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002, com enfoque na interpretação feita pelos juízes do significado de tal princípio.

Para isto, inicialmente analisa-se o histórico das relações contratuais, demonstrando a importância do Estado Liberal para o desenvolvimento e aprimoramento dos contratos; após, passa-se ao estudo da função social do contrato sob a perspectiva do Código Civil; logo em seguida, examina-se a relação entre direito e economia, para, finalmente, analisar o papel do poder judiciário no cumprimento dos contratos e da economia.

Desta forma, busca-se compreender o verdadeiro sentido do princípio da função social do contrato e a sua aplicação, sem desconsiderar a função econômica do acordo, afastando a insegurança jurídica e impondo limites aos contratantes.

2 HISTÓRICO: RELAÇÃO DO LIBERALISMO E O CONTRATO

Desde os primórdios da civilização, quando se superou o estágio da barbárie e se teve algum progresso material, o contrato passou a ser um instrumento, por meio do qual se realiza circulação de riquezas, transferências de bens e valores.

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou às sociedades com estruturas tão diferentes quanto as que existiam na Antiguidade, na Idade Média e no mundo capitalista (WALD, 2000, p. 43).

É delicado precisar um momento na história onde teria surgido o contrato, tal qual se conhece hoje, como “um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem” (GOMES, 1999, p. 6). Esta concepção só se esclarece à luz da ideologia individualista, pertencente ao regime capitalista.

Os romanos deram origem à grande parte da disciplina contratual que foi aperfeiçoada com o surgimento do Direito Romano, na Idade Média. Com o decorrer dos anos, cada sociedade juridicamente ativa, cada Escola doutrinária - por exemplo, os canonistas, os positivistas e jusnaturalistas - somaram algo ao desenvolvimento da figura do negócio jurídico.

A partir do movimento iluminista, de caráter antropocêntrico, estabeleceu-se a ideia da vontade racional do homem como centro do universo, determinando, assim, a força normativa dos contratos, até chegar à consagração dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, exaltados nos ordenamentos jurídicos pela influência da Revolução Francesa e do Código Civil Napoleônico, de 1804 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2010, p. 40).

Desta forma, o regime absolutista da época foi derrubado, dando lugar ao Estado Liberal, que prezava pela proteção do indivíduo em face do Estado e pela sua inerente liberdade de ser, de ter e de dispor, sem qualquer intervenção do governo.

O liberalismo surgiu, gradativamente, como uma forma de oposição às monarquias absolutistas e a seu correspondente regime econômico, o mercantilismo. No mercantilismo, a produção era determinada pela vontade do rei, que privilegiava, em primeiro lugar, a si próprio e, depois, as elites e os grupos de pressão (os mercantilistas). Assim, os bens de alto lucro eram produzidos apenas pelos nobres (STEWART JUNIOR, 1995, p. 19-20).

O surgimento do Estado Liberal esteve associado ao reconhecimento do individualismo e à consequente aceitação do indivíduo como fim da organização política, da sociedade e do direito. Inaugurou-se uma nova era, e, que os alicerces e os limites do poder estatal passaram a ser os direitos fundamentais do cidadão (LOPES, 2006, p. 30-33).

Norberto Bobbio, ao explicar o pensamento de John Stuart Mill, esclarece este regime.

Seguindo a trilha do pensamento liberal, a liberdade pela qual se interessa Mill é a liberdade negativa, ou seja, a liberdade entendida como situação na qual se encontra um sujeito (que tanto pode ser um indivíduo ou um grupo que age como um todo único) que não está impedido por qualquer força externa

de fazer aquilo que deseja e não está constrangido a fazer aquilo que não deseja. Trata-se para Mill, então, de formular um princípio a base do qual sejam estabelecidos, por um lado, os limites nos quais é lícito ao poder público restringir a liberdade dos indivíduos; por outro lado, e correspondentemente, o âmbito no qual os indivíduos ou os grupos possam agir sem encontrar obstáculos no poder do Estado; trata-se, então, em outras palavras, de delimitar a esfera privada com respeito à pública de modo que o indivíduo possa gozar de uma liberdade protegida contra a invasão por parte do poder do Estado, liberdade essa que deverá ser a mais ampla possível no necessário ajustamento do interesse individual ao interesse coletivo. O princípio proposto por Mill é o seguinte: 'A humanidade está justificada, individual ou coletivamente, a interferir sobre a liberdade de ação de quem quer que seja, apenas com o objetivo de se proteger', razão pela qual 'o único objetivo pelo qual se pode exercer legitimamente um poder sobre qualquer membro de uma comunidade civil, contra sua vontade, é o de evitar danos aos outros'. Segue-se daí que 'se alguém comete um ato que prejudica outros, tem-se então um motivo evidente para puni-lo, com sanções legais ou, no caso em que seja de incerta aplicação, com a desaprovação geral' (BOBBIO, 2000, p. 65-66).

Pode-se dizer, então, que o liberalismo surgiu como um freio ao regime absolutista, para que os indivíduos pudessem exercer suas atividades como bem entendessem, sem que o Estado os prejudicasse, apenas os protegendo de possíveis danos que viessem a ocorrer.

Segundo Milton Friedman e Rose Friedman (1980, p. 151), a liberdade "preserva oportunidades para que os desprivilegiados de hoje se tornem os afortunados de amanhã e, no processo, dá meios a quase todos, do topo à base, de desfrutar uma vida mais plena e mais rica", logo, pode ser de grande utilidade a todos.

Eram três os princípios clássicos da teoria liberal do contrato: I) o da liberdade contratual, devendo as partes agir dentro dos limites da ordem pública; II) o da obrigatoriedade do contrato; e III) o da relatividade dos efeitos contratuais, vinculando ao contrato apenas as partes da convenção e não terceiros (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 107).

Durante tal regime eclodiu a Revolução Industrial. Houve inchaço populacional nas cidades, exploração do trabalho humano, doenças e mutilações por conta do

trabalho, extrema pobreza em relação à crescente riqueza da burguesia e manutenção do status da nobreza.

Em razão dos movimentos intelectuais e sociais, que emergiram com o intuito de superar as mazelas do individualismo egoísta que se consolidara com o liberalismo, o Estado é chamado a intervir dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, para possibilitar a efetiva realização da harmonia social, o que não fora obtido com a mera previsão das liberdades formais (LOPES, 2006, p. 107).

A partir disto, a figura do contrato foi sofrendo sensíveis transformações, experimentando um processo de solidarização social, dando lugar a um novo regime, conhecido como Estado Social, que nasceu com a missão de conciliar o capitalismo com o bem-estar da sociedade (SILVA, 1997, p. 116).

Se antes o indivíduo ocupava o papel central na vida econômica, política e jurídica do Estado liberal, no Estado social é a sociedade que se mostra fundamento para o agir dos entes individuais (AMARAL, 2008, p. 62).

O Estado Social continuou tutelando o indivíduo bem como garantindo a igualdade. Limitou-se a liberdade de todos para que se pudesse assegurar a isonomia entre eles, aumentando as normas de ordem pública para harmonizar a esfera do individual com o social.

Neste contexto, o contrato sofreu transformações consideráveis ao longo do século XX, como explica Leonardo Mattiello (2000, p. 175):

A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía a vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz.

O direito contratual não mais se limitou aos três princípios clássicos da liberdade de contratar, da força obrigatória do contrato e da relatividade de seus

efeitos. A estes somaram-se outros três: I) o da boa-fé objetiva; II) o do equilíbrio econômico; e III) o da função social do contrato.

Cabe ressaltar que os novos princípios não excluíram os primeiros, apenas foram estabelecidos de maneira complementar à teoria dos contratos, introduzindo “melhores instrumentos para realizar a justiça comutativa, como que se faz por meio dos princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa ao abuso” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 124-125).

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a revelar o Estado Social, principalmente com a tutela do Direito do Trabalho. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 foi que introduziu o Estado de Direito Democrático, tutelando a sociedade de forma a proteger os interesses individuais, exercendo grande importância na esfera civil.

A influência da Constituição sobre o Direito Privado e vice-versa são frutos de diversos aspectos merecendo destaque a) a visão da Constituição não mais como regra política, mas também jurídica que passa a atingir não só as entidades públicas, mas também os particulares, deixando de ser a mera cartilha de deveres aos administradores, mas também é fonte de direito aos particulares; b) a chamada constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado; c) a globalização do direito, aspecto que diminuiu as distâncias e aumentou o interesse na unificação das regras jurídicas; d) aceitação pelas novas constituições da importância da proteção dos direitos humanos e da ratificação de normas supranacionais neste sentido (POPP, 2002, p. 89-90).

Graças a essa preocupação constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana logo em seu inaugural e também no seu artigo 170, quando discorre que a ordem econômica deve ter como fim a garantia de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, que, em 2002, o Código Civil brasileiro absorveu os novos princípios contratuais como cláusulas gerais. Conforme entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 124-125):

Do rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas, passou-se a um diploma normativo dinâmico, cuja virtude maior é a aptidão para adquirir, progressivamente, a dimensão que os Códigos do passado pretendiam encerrar, de pronto, em enunciados universais e frios. Reconhece-se, de antemão, que não se tem o propósito de obra perfeita e absoluta. Toma-se como ponto de partida a ideia de que o direito privado deve ser visto como um sistema em construção, onde as cláusulas gerais constituem disposições que utilizam, intencionalmente, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida” ou vaga, com o propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. É um estímulo constante à convivência com os princípios e regras constitucionais, que durante a maior parte do século XX permaneceram à margem das indagações dos civilistas e operadores do direito civil.

Neste diapasão, percebe-se que os ordenamentos que adotam um regime de normas principiológicas impõem ao aplicador da lei uma difícil tarefa de reconstruir o mecanismo axiológico da ordem constitucional no momento em que se fizer necessária a aplicação de cláusulas gerais ao caso concreto.

Por este motivo, a jurisprudência e os costumes se fazem muito úteis quando da análise da boa fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social, pois servem de modelo a serem adotados, vez que a jurisprudência representa a repercussão que determinada situação tem sob a ótica do poder judiciário e os costumes tornam a decisão mais acertada perante os moldes da sociedade.

O presente artigo tratará apenas do princípio da função social do contrato, o qual produz algumas questões quanto à sua aplicação e também quanto à cognição real de seu significado.

3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O Código Civil de 2002 traz, em seu artigo 421, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Mas a que se refere exatamente tal princípio?

Superficialmente, pode-se descrever a função social do contrato como um dever, que o contrato deve favorecer não apenas entre as partes contratantes, mas também entre terceiros ou entre a sociedade como um todo. Contudo, é preciso estudar o termo para se perceber suas peculiaridades. Izner Hanna Garcia esclarece o significado do conceito:

O papel fundamental do contrato é permitir a utilização racional dos bens sociais, de modo que as partes contratantes não provoquem a si mesmas e à sociedade uma ‘tragédia comum’, causando ‘desequilíbrio estratégico’.

Óbvio que, em um primeiro momento, está somente a função (secundária) do contrato, tal seja a de permitir o acordo de vontades entre os contratantes, de modo que, sob este ponto de vista, não interessa a ninguém mais.

Contudo, é necessário que consigamos extrapolar esta visão e tenhamos a antevisão maior de que cada contrato, individualmente irá tecer um nó no imenso tecido da grande teia, que, em suma, irá determinar como a sociedade ‘joga’ a vida e os interesses de todos os seus indivíduos (GARCIA, 2003, p. 25).

Cabe destacar a observação de Giselda Hironaka (2000, p. 105):

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a

um só tempo antiga e atual, denominada 'doutrina da função social'.

Ainda, nesta mesma inteligência, temos o pensamento de Eduardo Sens Santos (2002, p. 29):

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo.

Resta claro, portanto, que a linha da socialidade adotada pelo Código Civil não coloca a sociedade acima do indivíduo, apenas cumpre o preceito constitucional de viver inspirado no valor da solidariedade social.

Ademais, conclui-se que não há um conceito previamente definido para função social do contrato, por tratar-se de um princípio que estabelece valores e parâmetros hermenêuticos, conferindo ao juiz poderes para interpretar a situação real e complementar, desenvolver normas jurídicas.

A função social não desvencilha o contrato da sua função primária e natural que é a econômica. Aquela apenas surge para somar-se a esta, não para excluí-la, pois, se assim o fosse, não se falaria de contrato. Motivo pelo qual ambas devem coexistir harmonicamente.

A conceituação da função social do contrato traz termos que conduzem a ideia de liberdade do julgador, bem comum, interesses sociais, bem estar geral, são termos que conduzem a insegurança quanto ao alcance do conceito.

Nesta perspectiva, entende-se que a função social não se trata de uma meta que o contrato deverá atingir e sim de um limite. Limite este que interferirá significativamente no conteúdo do negócio, vez que restringe a liberdade dos contratantes de promover a circulação de bens patrimoniais.

As questões envolvendo a função econômica e a função social do contrato levam às constatações de impactos éticos e sociais do negócio jurídico.

Cada contrato tem uma economia interna já tipificada, seja na lei, seja nos usos e costumes do tráfico jurídico. É a partir dessa economia reconhecida que se poderá, de maneira mais segura, determinar o comportamento negocial ético acatado socialmente (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 141-142).

Portanto, faz-se mister examinar o Direito conjuntamente com a ciência econômica, dado que o contrato nada mais é do que o instrumento de juridicização dos comportamentos e das relações humanas no campo das atividades econômicas.

Segundo a teoria econômica, é muito clara a função desempenhada pelos contratos, ou seja, oficializar a promessa que um agente econômico faz àquele que recebe a promessa e estabelecer qual será a punição caso a promessa não seja cumprida (SILVA; YEUNG; CARVALHO, 2012, p. 25).

4 Direito e Economia

A relação entre o Direito e a Economia esteve muitas vezes marcada por recriminações mútuas: enquanto esta busca a eficiência, aquele busca a justiça. Isso fez com que, com o decorrer do tempo, por terem enfoques aparentemente divergentes e contraditórios, as ciências não pudessem coexistir de forma harmoniosa. No entanto, diversos fatores indicam que, por um lado, a inexistência do Direito torna o mercado predatório e, por outro, se não existir mercado, não há Economia na qual o Direito possa ser aplicado (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 3).

O mercado envolve, mesmo que implicitamente, a noção de comunidade. Sem o mercado não haveria trocas, sem trocas a economia não se desenvolveria e o direito tampouco existiria para regular as relações, uma vez que não haveriam relações a serem reguladas.

As teorias da economia de mercado, portanto, dizem respeito às liberdades individuais exercidas dentro de uma comunidade, onde o foco está na natureza e na consequência do processo de trocas (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15).

Uma das ferramentas que os agentes econômicos utilizam neste processo de circulação de riquezas, para oficializar suas relações é o contrato. O contrato desempenha um papel central na organização da atividade econômica, uma vez que é a base de sustentação de muitas transações realizadas no mercado, em especial aquelas de maior complexibilidade.

Trata-se de um instrumento econômico que evita que as transações sejam pactuadas e repactuadas, modificando a todo instante suas condições que foram previamente estabelecidas; fixam cláusulas de preço e quantidade, mantendo as relações mercantis em funcionamento (MACEDO, 2012, p. 221).

Não se pode olvidar que, o Direito, através do seu caráter coercitivo, é o que proporciona a estes contratos a segurança de que ele será cumprido ou que caberá uma sanção, caso venha a ser desrespeitado.

Sem garantia de que o desrespeito ao contrato será punido por tornar incerto o seu cumprimento, transações econômicas tendem a se tornar mais caras, aumentando os custos de transação. Uma vez respeitados, os contratos estimulam o fluxo das relações de troca, diminuindo incertezas e conferindo previsibilidade ao negócio realizado.

Sob uma perspectiva mais objetiva, pode-se dizer que o Direito é a ciência que regula o comportamento humano e, a Economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos (GICO, 2011, p. 17).

Comum a estas duas ciências é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes e não a desestimular a economia.

Esta união entre Direito e Economia, além de viável, é necessária, pois, sendo ciências sociais essencialmente práticas, não poderiam deixar de colaborar para objetivos comuns, como aperfeiçoar o sistema legal, reforçar a legitimidade de normas e conceitos que ao longo dos séculos consolidaram-se em nosso ordenamento, bem como aprimorar práticas que não se justificam diante da dinâmica social contemporânea.

5 PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS E A ECONOMIA

A inovação legislativa e a utilização da cláusula geral da função social não conseguiram acelerar o processo evolutivo de interpretação/aplicação do direito (FORGIONI, 2003, p. 35). Isto porque o intérprete muitas vezes se atém a uma visão paternalista de justiça social, dificultando enxergar a função econômica do contrato, a qual, uma vez olvidada, enseja insegurança jurídica, desestimulando o investimento e a realização de contratos (TIMM, 2008, p. 73-80).

O mesmo pensamento deve ser adotado pelos juízes ao considerarem a cláusula geral da função social do contrato. Ademais, quando empregado de modo desvirtuado, o real significado do princípio acaba por prejudicar a função econômica do contrato, como ensina a Ministra Nancy Andrighi em um de seus acórdãos:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato 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 promover a circulação de riquezas (BRASIL, 2007).

Do mesmo entendimento partilha Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 107):

Não é, pois, na liberdade do juiz de imaginar soluções extravagantes e incompatíveis com a destinação natural do contrato, transformando-o em instrumento de “assistência social” ou de caridade à custa do patrimônio alheio, que se poderá pensar na função social que a nova legislação civil atribuiu ao contrato.

Na verdade, os caminhos que se abrem para a intervenção judicial no domínio do contrato, não devem outros senão aqueles remédios tipificados na lei, como, a repressão a fraude contra credores, à simulação, à usura, aos negócios atentatórios dos preceitos de ordem pública.

Por ser uma cláusula geral, a função social do contrato não prescreve uma conduta certa, simplesmente define valores e parâmetros hermenêuticos, oferecendo ao intérprete critérios axiológicos e limites para a aplicação das demais disposições normativas (TEPEDINO, 2003, p. 13).

Mesmo assim, a função social do contrato não pode decorrer da ideologia pessoal do juiz, e muito menos de vontade unilateral do contratante que, depois de firmar o acordo, enfrenta dificuldades para adimplir suas obrigações. Somente a lei tem o poder de definir as situações em que o *pacta sunt servanda* pode ser rompido.

Um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor (FORGIONI, 2003, p. 17).

Equivale dizer que, por mais que o contrato seja usurário, ao aplicador da lei não restará como alternativa a reestruturação do objeto ou o reajuste do valor econômico deste acordo de vontades. Uma das soluções cabíveis seria a invalidação do contrato, mas não sua modificação arbitrária à revelia do consenso das partes.

Metaforicamente, o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto de interações sociais) é a floresta. Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (ficando sem recursos e terminando por pagar um juro maior). Até mesmo porque, conceitualmente e mesmo na vida real, os bancos não emprestam o seu dinheiro, mas a moeda captada no mercado (TIMM, 2008, p. 81).

A sociedade também perde quando um contrato é desrespeitado, pois desincentiva as pessoas a firmá-los, vez que não trazem a elas benefícios, mas prejuízos, rompendo a segurança do negócio jurídico.

Caso assim não fosse, a função social estaria a perturbar seus destinatários, rompendo os limites do Código Civil e da Constituição Federal, configurando na esfera jurídica um cenário de insegurança e imprevisibilidade, abandonando a sociedade nas mãos da imparcialidade dos juízes, destruindo o próprio instituto do contrato.

A função social do contrato se confunde ao adquirir um caráter paternalista, de modo a primar pela realização da justiça social, desconsiderando o papel econômico deste instrumento. O objetivo do instituto é sua função econômica e a função social aparecerá na interpretação judicial como um limite à liberdade das partes, de modo a não acarretar prejuízos à sociedade.

Consoante Pietro Perlingieri (1997, p. 81), a interpretação é também uma atividade vinculada, controlada e responsável. Desta forma, não pode o Poder Executivo colocar-se acima do Poder Legislativo. O aplicador pode suprir possíveis lacunas do ordenamento jurídico por meio de invocação de princípios, analogias, equidade - quando a lei autorizar - não contrariando o direito positivo.

Dentro do ângulo da função social, a tarefa do juiz não é criativa, e sim repressiva e sancionatória. Não lhe cabe, em nome do princípio da socialidade, dar à convenção das partes um sentido e um objetivo que não tenham sido por elas eleitos.

Se o contrato não cumpre sua função social, isto é, se revela ofensivo a direitos de terceiros ou agride interesses de ordem pública caros ao consenso da sociedade e se mostra incompatível com comandos cogentes do direito positivo, ao juiz compete aplicar-lhe a sanção da nulidade ou da ineficácia, conforme o caso. Se isto não for suficiente para evitar o prejuízo de terceiros, a tutela aos prejudicados consistirá em impor aos infratores a responsabilidade civil, sujeitando-os ao ressarcimento próprio dos atos ilícitos (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 146).

Nos ordenamentos que adotam um regime de normas principiológicas, fica incumbida à figura do juiz a complicada tarefa de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver que aplicar a cláusula geral às necessidades do caso concreto.

Espera-se, portanto, que os julgadores gozem de preparo funcional e sejam fiéis aos valores e princípios consagrados pela Constituição, para garantirem a eficiência econômica e jurídica.

Do ponto de vista econômico, o contrato é o instrumento pelo qual os agentes formalizam a relação econômica. Na livre manifestação da vontade do agente, cada um sendo racional e conhecendo o melhor para si, na medida de sua limitação cognitiva, o contrato concretiza a manifestação de vontade e faz com que os riscos inerentes a negociação sejam limitados. O objetivo é que o contrato preveja e regule todos os possíveis comportamentos das partes, desde o que devem fazer, até quais as consequências caso não os façam.

A eficiência da relação se dá quando o contrato garante às partes a realização daquilo que se pretendia. Parte-se do princípio de que as partes, quando celebram um contrato, têm noção do que é melhor para cada uma, ou seja, a eficiência decorrerá do exato cumprimento do contrato. Assim, transpondo-se a importância do Direito nesse contexto, o conjunto de regras jurídicas deve prever os elementos, a estrutura, os vícios e as formas de extinção dos contratos, para que estes sejam celebrados dentro desses limites jurídicos (GALESKI JUNIOR, 2011, p. 133).

Afinal, o mercado é o local onde ocorrem trocas comerciais e se estabelecem relações econômicas e o Direito deve favorecer a realização de negócios. O Direito e a Economia podem contribuir para o aumento na circulação de riquezas, partindo-se da premissa que o mercado tende ao equilíbrio e, desta forma, o crescimento deve favorecer a todos.

Para que isto ocorra, o respeito aos contratos e a ausência de interferências externas são fundamentais, uma vez que confere previsibilidade ao cumprimento do que foi acordado. A interferência, por intermédio do poder judiciário, com o objetivo de alterar o contrato, com fundamento em cláusulas gerais deve ser excepcional.

6 CONCLUSÃO

Ainda que se tenha superado o Estado Liberal com o surgimento do Estado Social e hoje o Estado Democrático de Direito, há de se preservar os fundamentos e as funções do contrato, dada sua importância na circulação de riquezas.

O Direito deve tratar dos contratos com intuito de normatiza-los e corrigi-los, suprimindo suas possíveis deficiências naturais, vez que a função econômica não anula nem substitui a função social do contrato, devendo ambas coexistir harmonicamente.

A forma pela qual o Direito assume o papel de regulador dos contratos enseja uma maior ou menor efetividade às relações econômicas, podendo reprovocar relações viciadas ou otimizar enlaces provenientes deste compromisso.

Comum aos estudos de Direito e Economia é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes.

A análise jurídica e econômica do contrato é indispensável para um modelo de mercado estabelecido sob os dogmas da autonomia privada e da livre iniciativa. Devido à dificuldade que os profissionais do Direito enfrentam quando da utilização do princípio da função social do contrato conjuntamente com o princípio da eficiência econômica, é que se entente relevante considerar, periodicamente, os obstáculos

quanto à formulação, implementação, cumprimento e monitoramento das leis, para que a eficácia e a eficiência sejam aprimoradas de forma a melhor servir a sociedade.

AN APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT – A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS

ABSTRACT

This paper aim to demonstrate a better form to brazilians judges apply the principle of social function of the contract, inciting the economy. Attend the importance of the principle's concept and its economic entailments to the parts of the contract and to society. For this reason, initially will be analyzed the historical of the contractual relations, exposing the importance of the Liberal Estate to develop and improve contracts. The subject is studied through an economic analyzes of law, due to the relation of Law and Economics, which provides important remarks that, in separate, those sciences could not reach, thus, maximizing the efficiency of legal norms.

KEYWORDS: Contract - social function. Contract - economic entailments. Contract – Law and Economics.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi. **Recurso Especial nº 803.481- GO (2005/0205857-0)**. j. 06 nov.2007.
- FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XLII, n.130, p. 7-38, abr.-jun. 2003.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher: o novo liberalismo econômico**. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. IV. Tomo 1.
- GALESKI JUNIOR, Irineu. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GARCIA, Izner Hanna. **Revisão de contratos no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MATTIETO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Agenda contemporânea: Direito e Economia: trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I. p. 213-231.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame de Função Social do Contrato. **Revista Brasileira de Direito Privado**, São Paulo, n. 10, p. 9-37, abr./jun. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Agenda contemporânea: Direito e Economia: trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo II. p. 25.

STEWART JUNIOR, Donald. **O que é o liberalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 309, p. 24-39, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALD, Arnold. O contrato: passado, presente e futuro. **Revista Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, 1º Sem., 2000.