

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO CONTRATUAL:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A ÓTICA DO MODELO DISTRIBUTIVISTA E  
SOLIDARISTA EM CONFRONTO COM O MODELO DE DIREITO E ECONOMIA**

**THE ROLE OF THE SOCIAL CONTRACT LAW:  
A CRITICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE MODEL AND  
DISTRIBUTIVE SOLIDARIST IN COMPARISON WITH THE MODEL LAW AND ECONOMICS**

**GEONES MIGUEL LEDESMA PEIXOTO**<sup>1</sup>  
**SILVANA MARA FERNEDA RAMOS PEIXOTO**<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tece algumas considerações sobre a Função Social do Direito Contratual disposto no art. 170 da Constituição da República e, de forma expressa, no artigo 421 do Código Civil de 2002. Para tanto, traz à baila alguns princípios norteadores do Direito Contratual e, após análise a respeito do tema, procura abordar a função social de forma crítica, considerando dois paradigmas: um modelo distributivista ou solidarista e, outro paradigma, um modelo de direito e economia do Direito Contratual, contribuindo assim para a construção de uma visão atualizada a respeito do tema, possibilitando a compreensão de que em um Estado Democrático de Direito, o *direito* deve ser visto como instrumento de transformação social.

**ABSTRACT:** This article presents some important considerations about the social function of contract law, the provisions of art. 170 of the Constitution of 1988, and expressly in Article 421 of the Civil Code of 2002. To do so, aims to bring up some guiding principles of contract law and, after analysis on the subject, will seek to address a critical social function, considering two paradigms: a distributive model or sympathizing and another paradigm, a model law and economics of contract law, thus contributing to the construction of an updated view on the theme, allowing the understanding that a democratic state, the right should be seen as an instrument of social transformation.

**Key words:** Agreement, Economics, Law.

**Palavras-chave:** Contrato, Economia, Direito.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Distinção entre princípios e regras - 3 Breves considerações sobre princípios norteadores do direito contratual - 4 Análise crítica da função social do direito contratual - Considerações finais – Referências.

<sup>1</sup>Professor no Curso de Direito da Unioeste (MCR) e Professor no Curso de Direito da Unipar (Guaíra). Mestre em Direito do Estado (UNIFRAN), Advogado. E-mail: geones@uol.com.br

<sup>2</sup>Professora de Direito Civil e Processo Civil na Unipar (Guaíra). Mestranda em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Advogada. E-mail: Peixoto@unipar.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a função social do Direito Contratual, estampado no art. 170 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Por sua vez, o art. 421 do Código Civil de 2002, dispõe expressamente sobre referido princípio nos seguintes termos: “Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Vislumbra-se tratar do referido princípio constitucional considerando ditos dispositivos, mas, sobretudo, no que tange à análise crítica da função social do Direito Contratual.

Para tanto, busca-se neste trabalho entender o verdadeiro sentido da função social do Direito Contratual, conceituando-o e retratando alguns âmbitos de sua incidência.

Almeja-se também entender dita função social, considerando a análise de dois paradigmas: o modelo Distributivista e Solidarista e a análise do modelo de Direito e Economia do Direito Contratual, analisando de forma crítica estas duas concepções da função social, objetivando a elucidação do alcance real do que efetivamente vem a ser referido princípio norteador do Direito Contratual, ou seja, sua verdadeira *função social*.

## 2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Inicia-se este trabalho, trazendo a distinção, de forma objetiva, entre regras e princípios.

Segundo Alexy, “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível” (2008, p.91).

Pode-se afirmar como bem assevera Linhares, que as “regras referem-se às normas que, diante da concreta ocorrência dos fatos descritos em sua hipótese de incidência, exigem, proíbem ou permitem algo de modo categórico” (2001, p. 61).

Ora, as regras são mandamentos de definição. Normas imediatamente descritivas de comportamento devidos ou atributivas de poder, determinando que algo seja cumprido na medida exata de suas prescrições.

Por outro lado, os princípios são mandamentos que visam obter a otimização de uma conduta. “Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (LINHARES, 2001, P. 90).

Nesta vertente, os princípios “são espécies normativas que exigem a realização dos valores por eles assegurados da melhor forma possível, tendo-se em vista as possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas pela situação concreta” (LINHARES, 2001, P. 61).

E mais, no que diz respeito à eficácia de um princípio, bem leciona Didier Júnior que “a eficácia de um princípio do processo não depende de intermediação por outras regras jurídicas, espalhadas topicamente na legislação” (2010, p. 30).

Insta salientar que os princípios não têm peso absoluto, uma vez que sua aplicação está condicionada às circunstâncias do caso concreto. Por isso são considerados relativos, podendo inclusive existir conflitos entre si. Todavia, não existe hierarquia entre eles.

Conclui-se que os princípios são normas que estabelecem determinados fins a serem alcançados. De modo geral, as regras são aplicáveis através de subsunção; ou tudo ou nada. Os princípios, por sua vez, são utilizados através da ponderação, considerando cada situação fática.

Disto já se infere que a resolução do conflito entre princípios será, como bem ensina Linhares (2001, p. 61):

...orientada pela necessidade de conciliação entre estes, aplicando-se tais princípios com extensões variadas, de acordo com a relevância de cada qual no caso concreto. Desta forma, busca-se aplicar ambos os princípios em conflito com a máxima intensidade que as circunstâncias do caso permitirem, eis que, como se disse, os princípios configuram mandamentos de otimização, ou seja, demandam uma realização ótima diante do caso concreto.

Vale ressaltar que o direito atual, como bem ensinam Almeida e Júnior (2010, p. 128), é um direito preponderantemente pautado em princípios, vez que “deixaram de ser fontes supletivas para serem fontes com força normativa irradiante, inclusive sobre as demais regras legais”.

No que tange à presença dos princípios constitucionais, pode-se auferir de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 15) a seguinte lição:

Se é correto afirmar que o Código de Processo Civil deve ser compreendido como uma concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, também é igualmente correto afirmar que deve ser interpretado de acordo com os valores e os princípios fundamentais previstos na Constituição da República. O formalismo do processo civil é um formalismo-valorativo, que se estrutura a partir de valores encarnados nas normas constitucionais.

E concluem, ressaltando que é da essência do processo civil do Estado Constitucional a sua compreensão na perspectiva dos direitos fundamentais. (2010, p.15).

Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos e/ou não expressos, são obrigatórios. Vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. Os princípios têm âmbito de incidência ilimitado e

sempre envolvem um prévio juízo de valor.

Note que existem duas categorias distintas de princípios aplicáveis ao direito processual civil. A primeira contém os chamados princípios informativos (princípios lógico, jurídico, político e econômico) e, a segunda, envolve os princípios fundamentais, também conhecidos como princípios gerais do processo civil (princípios do devido processo legal, direito de ação, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, proporcionalidade, etc.). Estes servem de guia para o legislador na elaboração de normas jurídicas processuais (WAMBIER, 2007, p. 68/69).

Considerando as breves distinções supra mencionadas entre regras e princípios e já enfatizando sua aplicabilidade no Processo Civil, convém apresentar, neste momento, de forma concisa, alguns princípios norteadores do direito contratual, dentre eles, o princípio da função social do contrato, abordado de uma forma crítica.

### **3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO CONTRATUAL**

#### **3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Princípio estampado no texto constitucional em seu art. 1º, III, que assim dispõe:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Como asseveram Gagliano e Filho (2006, p. 29), definir dito princípio, por se tratar de cláusula geral, tornou-se uma missão árdua, eis que “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.

E acrescentam, “mais do que garantir a simples sobrevivência, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização desta finalidade” (2006, p. 29).

Nesta vertente, bem esclarece Gustavo Tepedino (2002, p. 25) asseverando que

...a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Vale esclarecer que os princípios da autonomia privada e da livre iniciativa continuam existindo e os contratos devem ser adimplidos. Todavia, hodiernamente, não se concebe mais que o tratamento dispensado ao contratante desrespeite a dignidade da pessoa humana.

Assim, não se pode aceitar que uma obrigação inadimplida leve a ferir a dignidade da pessoa humana para que seja cumprida.

### 3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU DO CONSENSUALISMO – AUTONOMIA PRIVADA

A liberdade de contratar reflete a liberdade de escolher a pessoa com a qual contratar (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 34).

Trata-se da essência do contrato.

A autonomia da vontade pode ser expressa pelo denominado consensualismo: o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 34).

Até mesmo em situações como nos casos de contrato por adesão existe a atuação da vontade. De forma mitigada, diminuída, mas, efetivamente ocorre, uma vez que não há como negar a liberdade ou não de contratar.

Assim, tanto a autonomia privada e o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, embora limitados e condicionados por normas de ordem pública em benefício do bem estar comum (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 36).

Hodiernamente, o contrato é constituído por uma “soma de fatores, e não mais pela vontade *pura* dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia privada, pois outros elementos de cunho particular irão influenciar o conteúdo do negócio jurídico patrimonial” (TARTUCE, 2010, p. 83).

Neste sentido, insta mencionar o que leciona Enzo Roppo (1988, p. 37):

a liberdade de contratar assegura também a “justiça” de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contratantes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidade *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder, e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.

Deste modo, afigura-se que, efetivamente, a autonomia da vontade trata-se de princípio norteador do Direito Contratual, eis que reflete sua essência, e não há como pensar em “contrato”, sem ressaltar dito princípio.

### 3.3 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO – PACTA SUNT SERVANDA

Trata-se de princípio que visa dar segurança jurídica aos negócios praticados. Visa reconhecer utilidades econômica e social dos contratos (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 34).

Todavia não pode ser emprestado ao referido princípio um caráter absoluto de imutabilidade.

Deve ser analisado e reduzido o grau de sua aplicabilidade, eis que hodiernamente, os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão. Surge assim a teoria da imprevisão, ou teoria da onerosidade excessiva, que visam evitar o empobrecimento injustificado da parte contratante, possibilitando a revisão ou resolução do contrato. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 39)

Dito princípio encontra-se mitigado, para, nos casos que impliquem injusta alteração na base econômica do contrato, poderão justificar a revisão de sua balança econômica financeira. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 40)

Dentro dessa realidade, é que, nas palavras de Flávio Tartuce, o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), “não tem mais encontrado a predominância e a prevalência que exercia no passado. O princípio em questão está, portanto, mitigado ou relativizado”. (TARTUCE, 2010, p. 112).

### 3.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA DO CONTRATO

Conforme Enunciado 168 do CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil, “o princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”.

Referido princípio consiste em uma verdadeira *regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica*. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 65)

Nesta vertente, a boa-fé objetiva impõe a observância de regras de comportamento, a exemplo dos deveres de lealdade, confiança, informação, etc., impostos tanto ao sujeito ativo como ao passivo da relação jurídico contratual.

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, “no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem seu substrato...” (NEGREIROS, 2002, p. 116)

Vale mencionar que o Código Civil em vigor adotou, como bem ressalta Flávio Tartuce (2010, p. 113), “o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa fé, principalmente no campo obrigacional”.

Assim, referido princípio da proteção à boa-fé objetiva é “postulado ético imposto pelo sistema normativo”. (MEDINA E WAMBIER, 2011, p. 59)

Neste sentido, bem dispôs o art. 51 do CDC, definindo a boa fé com o fundamento para a declaração de nulidade de cláusula contratual:

Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

No art. 422 do novo Código Civil, a boa-fé é definida como regra de conduta imposta aos contratantes e não somente como regra de interpretação nos seguintes termos: “Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé.”

Constata-se, diante do exposto, como leciona Teresa Negreiros que dito princípio impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto... (2002, p. 152), entre todos os envolvidos na relação contratual.

### 3.5 PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

O princípio da equivalência material busca o equilíbrio de direitos e deveres na relação contratual, antes, durante e após sua execução, objetivando a harmonização dos interesses dos envolvidos.

Trata-se de um desdobramento do princípio da função social do contrato.

Somente se poderá atingir o

...tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania do vetusto *pacta sunt servanda*. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 60-61)

### 3.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Assim como a propriedade, as relações jurídicas contratuais também passaram por mudanças, cederam lugar a uma doutrina fulcrada aos anseios sociais.

Referido princípio traduz conceito aberto e indeterminado. Não é tarefa simples, portanto, defini-lo.

Para parte da doutrina “função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 48)

Objetivando a socialização e/ou democratização é que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, com vistas ao bem comum, garantindo, entre outros direitos, a função social do contrato. Portanto, galgando por avanços.

Nesta vertente, leciona Canotilho sobre o princípio da vedação ao retrocesso ou do não retrocesso social: “Com isto quer dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.

E acrescenta:

O reconhecimento desta proteção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alcançadas (CANOTILHO, 1998, p. 322-3).

Desta forma, referido princípio da vedação ao retrocesso deve ser aplicado ao Direito Contratual, eis que a transgressão à sua função social culminaria em inegável retrocesso em nossa nova ordem jurídica. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 49)

Por sua vez, a função social do contrato, deve ser analisada, nas palavras de Pablo Stolze e Filho, em seus aspectos intrínsecos e extrínsecos: (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 46-47)

Intrínsecos - relação entre as partes, respeito à lealdade e à boa fé objetiva, buscando-se equivalência material entre os contratantes; atingindo, inclusive deveres de informação, confidencialidade, assistência, etc., respeitando, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Extrínsecos - contrato em face da coletividade, analisado sob seu impacto na sociedade em que fora pactuado. Neste enfoque, o contrato não é somente visto como instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

Portanto, a função social do Direito Contratual deve ser analisada muito além da relação entre as partes, que devem primar pela lealdade e respeito contratual, mas, sobretudo, no que tange ao impacto que o contrato gera diante da coletividade.

Vale mencionar que o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato. Isto se deu por motivos históricos, eis que todos os fatores da época apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, por conseqüência, do contrato.

Apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que a nossa legislação contratual – e civil em geral - se aperfeiçoou, instituindo valores norteadores de um planejamento econômico sustentado, sendo repensada e reconstruída.

Assim, sem dúvida, nas palavras de Paulo Nalin, o novo Código Civil de 2002, inovou no campo do direito dos contratos em face ao Código Civil de 1916, elucidando que “as inovações mais relevantes são as pertinentes à função social que se impõe à



liberdade de contratar e a observância, pelos contratantes, do princípio da boa-fé, tanto na conclusão quanto na execução do negócio”. (NALIN, 2001, p. 81)

Vale transcrever o art. 421 do Código Civil vigente, que consagra a função social do contrato nos seguintes termos: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Uma vez também disposto em lei ordinária, referido princípio contratual ganhou mais força, culminando em segurança à atividade jurisprudencial.

#### **4 ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO CONTRATUAL**

O Código Civil Brasileiro de 2002 introduziu significativas inovações no Direito Privado. Entre elas, destaca-se o art. 421 que, conforme transcrito acima dispõe sobre a função social do contrato.

Antes de adentrar efetivamente na análise crítica da função social do Direito Contratual, urge esclarecer que a função social do “Direito Contratual” e a função social do “Contrato” são distintas.

Ressalta-se que o objeto do presente estudo é a função social do Direito Contratual, que, enquanto “Ciência”, nas palavras de Luciano Benetti Timm, tem por função “sistematizar, explicar e confrontar os diferentes modelos e paradigmas considerados na lei no papel e compará-los com o Direito em ação...”. (2008, p. 67)

O Direito Contratual vai se modificando de acordo com os valores e ideais de cada momento histórico, uma vez que vão surgindo necessidades de estudo e de interpretação das leis que surgem objetivando tutelar novas situações.

De outro lado, a função social do “contrato”, traduz em circulação de riquezas entre as partes; circulação de bens e serviços na sociedade. Já, a função social do Direito Contratual é muito mais ampla e, portanto, comporta a análise crítica a seguir efetivada.

No que tange à função social do Direito Contratual, pende, nas palavras de Luciano Benetti Timm, dois paradigmas conflitantes, que serão por hora analisados: Modelo solidarista ou paternalista do direito contratual, embasado em uma visão coletivista da sociedade e, por conseguinte, dos contratos, e, o modelo de direito e economia do direito contratual, que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade. (TIMM, 2008, p. 69).

##### **4.1 O PARADIGMA DISTRIBUTIVISTA OU SOLIDARISTA DO DIREITO CONTRATUAL**

De regra, a função social do Direito Contratual é compreendida como sendo a busca por “justiça social”.

Há praticamente um consenso por parte da doutrina, sobre o que seria a função social do Direito Contratual. Ou seja, uma busca por “publicização”, ‘socialização’ ou mesmo a ‘constitucionalização’ do Direito Privado, em razão do qual institutos tradicionalmente pertencentes ao Direito Civil – como o contrato, a propriedade – passam a ser orientados por critérios distributivistas inerentes ao Direito Público”. (TIMM, 2008, p. 74)

Nesta vertente, no âmbito do Direito Contratual, verifica-se que há na sociedade, grandiosas desigualdades econômicas entre as partes contratantes, culminando na necessidade da intervenção estatal visando proteger a parte mais fraca da relação negocial e efetivar uma distribuição mais igualitária entre os contratantes.

Surge de referida intervenção estatal, que objetiva por proteção da parte hipossuficientemente mais frágil o que, hodiernamente se entende por “paternalismo” no direito contratual.

Referida função paternalista almeja por “promover a solidariedade; corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, que não lograra êxito da livre barganha, processo em que a parte mais fraca sucumbe diante do mais forte”. (TIMM, 2008, p. 76)

Desta forma, referido paradigma, reflete um modelo de liberdade contratual imanentemente inexistente, uma vez que a parte mais fraca da relação negocial fica totalmente submissa aos critérios impostos pela parte mais forte desta mesma relação jurídica, surgindo, pois, a necessidade da intervenção estatal para dirimir e reequilibrar ditas relações contratuais.

Nesta vertente, a função social do Direito Contratual, deve promover uma distribuição mais igualitária dos benefícios resultantes do contrato e estabelecer solidariedade entre as partes contratantes.

Neste diapasão, cabe ao Estado-Juiz esta tarefa “redistributivista” dos benefícios oriundos dos contratos entre os contratantes. “Substitui-se a regulação do contrato feita pelos próprios sujeitos contratuais (autonomia) pela regulação interventiva do Estado (heteronomia), reformulando a divisão do benefício econômico criado pelo pacto” (TIMM, 2008, p. 76)

Vale esclarecer que, estas intervenções estatais nas relações contratuais, se efetivam através das “revisões judiciais dos contratos”.

Nesta esteira, é que vários Tribunais tem se pronunciado acerca da revisão de contratos efetivados, que segundo seus entendimentos, estão ferindo o que, nesta perspectiva, se entende por função social do Direito Contratual. Isto é, uma intervenção “paternalista” do Estado-Juiz, numa busca por “distribuição” mais justa dos benefícios resultantes dos contratos, promovendo assim, “solidariedade” entre as partes, primando por “justiça social”.

## 4.2 O PARADIGMA DE DIREITO E ECONOMIA DO DIREITO CONTRATUAL

Em uma outra perspectiva da função social do Direito Contratual, considerando o critério de direito e economia (onde há preocupação com estatísticas), vislumbra-se que não se pode olvidar pela existência, no âmbito dos contratos, de uma relação de solidariedade entre as partes.

Trata-se de relação exclusiva e essencialmente individualista, visando cada qual dos contraentes por seus interesses e, a tentativa do Estado-Juiz em redistribuir os benefícios resultantes dos contratos pode trazer conseqüências prejudiciais para “toda a sociedade”, comprometendo a tão almejada “justiça social”.

Nesta linha de raciocínio, bem leciona Ricardo Luis Lorenzetti, quando ressalta que

“un modelo intervencionista es bueno para proteger las partes débiles, pero no es posible aplicarlo a una relación entre iguales donde, ... puede haber variaciones múltiples em la posición débil-fuerte. Um modelo de este tipo aplicado a las garantías puede afectar gravemente el crédito”. (LORENZETTI, 2004, p. 157)

E ainda acrescenta, “es lo que ha ocurrido en la Argentina, donde la hipoteca, por ejemplo, ha sufrido el intervencionismo: los jueces modifican las cláusulas, la tasa de interés, el reparto de riesgos. Ello produce una clara retracción en el crédito!” (LORENZETTI, 2004, p. 157).

Assim, é que a função social do Direito Contratual compreendida pelo paradigma econômico, entende pela necessidade de “reconhecer a existência de mercado, espaço no qual os contratos ocorrem. O mercado é um espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio” (TIMM, 2008, p. 82).

Portanto, ao se seguir o paradigma de Direito e Economia, percebe-se que “os bens e serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes, expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. Uma vez que os indivíduos possuem interesses distintos e sejam suficientemente racionais (no âmbito dos contratos empresariais, pelo menos) para estabelecer uma escala de preferências, estarão, assim, aptos a maximizar a sua utilidade no processo de transação. Isso gerará riqueza na sociedade” (TIMM, 2008, p. 83).

Com efeito, a função social do direito contratual deveria “possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação” (TIMM, 2008, p. 85/86).

Nesta perspectiva, caberia ao Direito Contratual ter capacidade de evitar a ocorrência de processos judiciais, possibilitando aos contraentes as melhores condições contratuais possíveis, se sentindo efetivamente satisfeitas e não lesadas.

Portanto, na visão do paradigma econômico da função social do Direito Contratual, o modelo distributivista ou paternalista, não tem condições de promover efetivamente a “justiça social”. O Estado-Juiz, ao redistribuir os benefícios oriundos dos contratos entre as partes, beneficiam alguns poucos e acabam prejudicando muitos outros, uma vez que os ônus sofridos por uma das partes serão repassados à sociedade, que acabará por custear a inadimplência de alguns.

Neste sentido, bem leciona Luciano Benetti Timm, que entende que “estes custos terminam sendo repassados aos sujeitos atuantes do lado da demanda, os quais pagarão um preço mais alto. Ainda que se considere que nem todos os custos serão repassados, isso não significa um ganho de eficiência (melhoria de bem estar). E este é o motivo pelo qual, geralmente, os objetivos da justiça redistributiva colidem com os propósitos de eficiência, no direito dos contratos”. (TIMM, 2008, p. 89)

As intervenções paternalistas culminam por acrescer os custos das transações sem resolverem efetivamente a origem dos problemas que o ocasionaram.

Os tribunais, ao decidirem as causas redistribuindo os benefícios resultantes dos contratos em nome da “justiça social”, deveriam considerar se efetivamente esta sendo alcançado a “justiça social”. Ora, a redistribuição atinge apenas os envolvidos na demanda, sendo repassados os bônus para uma parte dela e os ônus, decorrentes daquela relação contratual, são repassados para toda a sociedade, que inegavelmente é atingida negativamente por esse modelo “distributivista” de função social do Direito Contratual.

Considerando a imperfeição do mercado, caberia ao judiciário intervir para corrigir as falhas de mercado (abuso de poder econômico), de modo a permitir que as partes atinjam a utilidade máxima (acréscimo de riqueza na sociedade) – vale dizer, fazer os contratos funcionarem como deveriam (TIMM, 2008, p. 91).

Assim, é que a função social do Direito Contratual deveria ser para reduzir os custos de transação, vale dizer, “lubrificar as transações”, uma vez que do ponto de vista econômico, quanto melhor as instituições, mais desenvolvido será o mercado, devido aos baixos custos de transação (TIMM, 2008, p. 92).

Neste enfoque, é que os tribunais, inclusive o STJ, já têm se pronunciado no sentido de permitirem às companhias concessionárias do serviço de fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo, de cortarem o fornecimento destes serviços, sob o enfoque, justamente da “função social do Direito Contratual”, visto sob o prisma essencialmente econômico.

Estes entendimentos se justificam, justamente pelo prisma da “função social do Direito Contratual”, uma vez que em havendo a proibição do corte desses serviços acima exemplificados, os ônus na inadimplência serão suportados por toda a coletividade e os bônus somente pela parte envolvida diretamente na demanda.

Seguindo esta linha de raciocínio, nas orientações de Luciano Benetti Timm (2008, p. 95), o Direito Contratual tem como função social:

- a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica;
- b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes;
- c) Salvaguardar os ativos de cada um dos agentes;
- d) Criar proteção contra o comportamento oportunista;
- e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco;
- f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos.

Assim, a efetiva função social do direito contratual não seria fornecer uma redistribuição isolada dos benefícios resultantes dos contratos entre os contraentes, mas conferir segurança e previsibilidade às relações contratuais, culminando em relações jurídicas sólidas, favorecendo o adimplemento contratual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Buscou-se demonstrar no presente trabalho, uma análise crítica da função social do Direito Contratual, disposto expressamente no art. 421 do Código Civil, que num primeiro momento, tende a limitar a função social do Direito Contratual aos contratos isoladamente considerados.

Abstrai-se do exposto que há um quase consenso acerca do que se entende por função social do Direito Contratual, ou seja, predomina o paradigma intervencionista do Estado-Juiz nas relações privadas, culminando no que se entende por “modelo distributivista ou paternalista”, que prima exclusivamente pela redistribuição dos benefícios oriundos dos contratos entre os contraentes, considerados de forma isolada, desconsiderando os reflexos dessas revisões judiciais na sociedade como um todo.

Por outro lado, ao compreender a análise econômica do Direito, surge outra perspectiva para explicar a função social do Direito Contratual, considerando o “mercado” onde se efetivam as relações contratuais.

Neste contexto, quando se busca por “justiça social”, toda a coletividade/sociedade é considerada e não somente as partes contraentes que pleiteiam revisão contratual judicialmente.

O mercado, onde os contratos são efetivados, são necessariamente considerados na perspectiva econômica da função social contratual, e não poderia ser diferente.

Afigura-se, portanto, que não cabe ao Estado-Juiz a função de efetivar a distribuição de riquezas, mas sim ao sistema tributário e à seguridade social. Não cabe ao Estado-Juiz a função de redistribuição dos benefícios resultantes dos contratos entre os contraentes, mas sim, corrigir as falhas de mercado, como o abuso de poder econômico.

Percebe-se, portanto, que cabe ao Direito Contratual a árdua tarefa de

resolver os problemas gerados pela imperfeição dos mercados, oferecendo segurança às relações contratuais, possibilitando a adimplência dos contratos efetivados, a satisfação dos contraentes diante das contratações, refletindo assim, positivamente, em toda sociedade, e demonstrando realmente o que vem a ser a função social do Direito Contratual, isto é, busca por efetiva “justiça social”.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, G.A.; GOMES JUNIOR, L. M. **Um novo código de processo civil para o Brasil** – análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2010.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil contratos**. Tomo 1, v. IV, São Paulo: Saraiva, 2006.

LINHARES, M.Q. **O Método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v.4, n.1, jan./jun. 2001.

LORENZETTI, R.L. **Tratado de los contratos** – parte geral. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **O projeto do cpc: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, J.M.G. e WAMBIER, T.A.A. **Processo civil moderno** – parte geral e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

NALIN, P. **Do contrato: conceito pós-moderno** – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, T. **Teoria dos contratos** – novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROPPO, E. **O contrato**. Coimbra/Portugal: Almedina, 1988.

TARTUCE, F. **Direito civil** – teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, G. **A parte geral do novo código civil**: estudos nas perspectivas civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TIMM, L.B. **Direito & economia** - ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.C.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.