

FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS, ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E DIREITO CONCORRENCIAL – NOTAS PARA UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO

SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS, THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER AND COMPETITION LAW - NOTES FOR A POSSIBLE APPROACH

Filipe Mendes Cavalcanti Leite

filipimendes@hotmail.com

Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal
da Paraíba

Larissa Fontes de Carvalho Torres

larafortorres@hotmail.com

Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal
da Paraíba

Resumo

A principiologia clássica dos contratos abrange três princípios tradicionais, quais sejam: autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e relatividade. Ainda como símbolo da aplicabilidade dos ideais do Estado Liberal, esses três princípios vem dividindo espaço com a intelecção de outros três que, juntos, representam uma virada mais social na doutrina e na legislação contratual. A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social dos contratos objetivam dar um passo definitivo rumo à concretização da igualdade formal entre as partes contratantes e entre os sujeitos sociais como um todo. Desses três novos princípios, o presente trabalho enfoca a Função Social dos Contratos, analisando seus principais pontos conceituais, visitando-os criticamente à luz da Ordem Econômica Constitucional. Por fim, objetiva-se promover um paralelo entre a Função Social dos Contratos e o Direito Concorrencial.

Palavras-chave: Função Social dos Contratos – Ordem Econômica – Direito Concorrencial

Astract

The classic principiology of contracts covers three traditional principles, namely: freedom of choice, *pacta sunt servanda* and relativity. Yet as a symbol of the applicability of the ideals of

the liberal state, these three principles are sharing space with the intellection of three others that together represent a more social turn in doctrine and contractual law. The objective good faith, the economic equilibrium and the social function of contracts aim to take a definitive step towards achieving formal equality between the parties and between the social subjects as a whole. This paper focuses on one of these three new principles - The Social Function of Contracts - analyzing its main conceptual points, visiting it critically in the light of the Constitutional Economic Order. Finally, the objective is to promote a parallel between the Social Function of Contracts and Competition Law.

Keywords: Social Function of Contracts – Economic Order – Competition Law

1 Introdução

A forma como o Estado encarou seus indivíduos e estabeleceu suas prioridades nem sempre foi um processo tranquilo e que refletiu a plenitude dos anseios sociais. O presente trabalho inicia com a finalidade apontar brevemente o deslinde histórico como o Estado, na modernidade até os dias atuais, conduziu e firmou seus valores, em especial, no campo econômico. A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, deste para o Estado Social e do último para o modelo contemporâneo em que se vive, muito representou na forma como institutos jurídicos e econômicos foram criados e intensamente influenciados.

Será possível observar que o Direito Contratual, tido como tradicional, possui várias marcas dos valores liberais erguidos ainda no século XVIII, marcas que são vislumbradas notadamente nos princípios contratuais da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e relatividade. A fim de introduzir uma nova concepção à doutrina contratual clássica, apontando para a necessidade de relativização de regras insensíveis aos atuais anseios e características da sociedade, será visto que três novos princípios passaram a fazer parte do ordenamento jurídico nacional: princípio da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. Este último será alvo de maior destaque no trabalho.

Será estudada a forma como parte da doutrina nacional define o princípio da Função Social dos Contratos, introduzindo análise correlata do dispositivo com os ditames da ordem econômica constitucional, chegando-se, por fim, a sugestão de análise conjuntural do princípio da Função Social dos Contratos e o Direito Concorrencial.

2 Apontamentos históricos acerca da evolução dos modelos de Estado

Historicamente, o mundo presenciou, no decurso dos três últimos séculos, o surgimento, apogeu e posterior declínio de diversas formas de condução de governos que categorizaram, para além de certa tendência política, formas paradigmáticas de se compreender o Estado em si.

Em breve panorama explicativo, sabe-se que o Ocidente ultrapassou os ditames do Estado Absolutista e despótico ao colocar em seu lugar o que veio a ser chamado de Estado Liberal. Os tempos modernos trouxeram o ideal de liberdade como reflexo das produções inovadoras, no campo político-teórico, introduzidas pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tais documentos, ao prever direitos, citam esferas de inviolabilidade para que o homem possa adequadamente garantir a própria vida e a propriedade, por exemplo. Fica estabelecida a impossibilidade de invasão de tais âmbitos de Direitos, guardando a sua proteção à sombra da lei, pois é ela, agora, o instrumento específico para impedir abusos e puni-los quando acontecerem¹.

Entretanto, o Estado Liberal cumpriu satisfatoriamente o seu papel enquanto primeiro marco de uma necessária mudança que teve na superação do Absolutismo a grande bandeira inicial a ser defendida, além da autonomia dos indivíduos frente ao Estado. Stuart Mill², por exemplo, enxergava na limitação do poder a forma ideal e necessária de defesa da comunidade contra governantes que representavam verdadeiros inimigos do povo, no entanto, o que se desejava era que esse governante fosse agora representante do próprio povo. Sendo assim, não faria sentido proteger o povo de si mesmo. Teoricamente, essa construção hipotética é coerente, porém, sabe-se que o povo que, porventura, venha a ocupar o poder e se faça governo, não é, necessariamente, o povo sobre quem o poder será exercido.

Nesse sentido e com o passar de várias décadas, novas demandas fizeram com que fosse vislumbrada a necessidade de superação do modelo essencialmente liberal de Estado. Algumas imperfeições, especificamente no âmbito econômico e social, passaram a ser patentes no modelo que tinha como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. No âmbito econômico, tornou-se insofismável a incapacidade de autorregulação dos mercados. Além

¹ BERLIN, Isaiah. *Ideias políticas na era romântica. Ascensão e influência no pensamento moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.217.

² MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28.

disso, surgiram monopólios capitalistas, cíclicas crises econômicas e o agudizamento das tensões entre capital e trabalho³. A demanda que surgia com urgência era pela relativização da liberdade dos sujeitos sociais e econômicos, em benefício da implantação de um patamar mais elevado de igualdade entre eles. Era necessário que o Estado se ocupasse em tornar mais tênues as insuficiências do sistema, agindo de forma a cooperar com o setor privado, promovendo a atenuação de conflitos de classes. Vê-se, de tal forma, os primeiros contornos do que viria a ser chamado de Estado Social, conformado, inicialmente, por meio das Constituições formais do México e de Weimar.

Seguindo-se numa linearidade pretendida apenas para fins didáticos, chega-se ao atual modelo de Estado, que se diz Democrático de Direito. Pode-se perceber que a feição contemporânea do Estado é marcada pela tutela dos indivíduos com vistas à preservação dos interesses sociais. Este modelo de Estado avocou para si, dentre tantas outras – e nem sempre com sucesso-, a responsabilidade de promover políticas públicas que integrem, por exemplo, os sujeitos alijados da dinâmica capitalista de consumo que, por conseguinte, não alcançam facilmente condições mínimas para uma sobrevivência digna. Nota-se, dessa forma, o nascer de um Estado mais intervencionista. Neste sentido, Paula Forgioni⁴:

O Estado é chamado a reimpulsionar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior etc. Assim, muito embora sempre se tenha verificado a atuação do Estado na economia, a partir do início do século XX, a *quantidade* de normas semanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica e sistemática. *O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar crises*. Essa atuação do Estado, incentivada pela teoria econômica da época (principalmente pelas ideias de Lord Keynes) e mesmo pela Igreja Católica (pregando-se que ao Estado caberia promover o bem-estar social), trasmuda-se em disciplina jurídica da atividade privada, com a implementação de políticas públicas.

3 Princípios Clássicos do Direito Contratual Tradicional

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 15.

⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ªed.rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.77.

Três princípios são apontados como integrantes do rol clássico do Direito Contratual, são eles: autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e relatividade. Esses princípios representam, sobremaneira, a influência dos ditames liberais sobre as práticas contratuais.

Primeiramente, convém breve análise sobre a autonomia da vontade. Esse princípio, nos tempos atuais, tem sido interpretado sob a luz de duas análises, a primeira delas diz respeito à necessidade de se pensar numa liberdade de contratar, o que diz respeito à possibilidade de se estabelecer, ou não, determinado contrato, com quem quer que se deseje. O segundo viés diz da possibilidade de se convencionar o conteúdo do contrato, conceito este vinculado à chamada liberdade contratual⁵. O princípio da autonomia da vontade é, notadamente, de inspiração liberal e hoje em dia tem sido relativizado por meio do agir estatal que tem buscado dirigir as regras dos contratos, possibilitando que se fale, atualmente, em limites de ordem pública que intencionam proteger as partes mais vulneráveis economicamente.

Em seguida tem-se o princípio do *pacta sunt servanda*. O mencionado princípio demonstra a imperiosidade do contrato, denotando a impossibilidade de modificação do que fora pactuado pelas partes contratantes. Atualmente, o princípio em comento também vem sofrendo algumas mudanças. Pode-se apontar a utilização da teoria da onerosidade excessiva como um dos principais argumentos a possibilitar a revisão ou resolução dos contratos, independentemente do que tenha sido previamente estabelecido e firmado entre as partes.

Por fim, integra a tríade dos princípios clássicos do Direito Contratual o da relatividade. Esse princípio estabelece que os contratos apenas produzem efeitos e geram obrigações entre as partes contratantes. Sob a inspiração da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da relatividade não restou incólume aos tempos atuais. O contrato passou a ser entendido não só como mecanismo de satisfação de interesses exclusivamente pessoais das partes, notou-se também que terceiros poderiam ser igualmente afetados por seus efeitos, ainda que não tenham composto um dos polos da relação jurídica inicialmente estabelecida. Assim, a coletividade sobre a qual o contrato tenha a capacidade de espriar suas consequências também passará a ser peça importante para que ele possa ser plenamente executado. As cláusulas gerais, em especial a Função Social do Contrato, representaram grande flexibilização da aplicabilidade irrestrita do princípio da relatividade.

⁵ WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.162.

Nota-se um traço comum que une a forma relativizada como os tradicionais princípios tem sido lidos contemporaneamente. Durante muito tempo os excessos que se viu quando a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e relatividade foram levados às últimas consequências fez com que o Estado necessitasse intervir nas relações contratuais, valendo-se do que comumente se chama de dirigismo, fornecendo um caráter mais publicizado às relações que eram entendidas, até então, como exclusivamente privadas.

Desta forma, aproxima-se o Direito Constitucional do Direito Civil, em busca da materialização da igualdade, não mais se contentando com as garantias legais de igualdade formal entre as partes.

4 Novos princípios do Direito Contratual

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 trouxe a introdução de três novos princípios à leitura tradicional do Direito Contratual – não implicando no desaparecimento dos anteriormente tratados - são eles: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato.

A boa-fé objetiva apregoa a necessidade de manutenção de um comportamento probo, leal e ético entre as partes, do começo ao fim do contrato, capaz de influenciar, inclusive, as fases pré e pós contratuais.

O equilíbrio econômico diz respeito ao estabelecimento de condições pareadas entre as partes contratantes no tocante às obrigações assumidas no contrato, a fim de que possam sempre ser levadas em conta as prestações e contraprestações atinentes ao papel de cada sujeito do negócio jurídico.

Chega-se, por último, ao princípio da Função Social dos Contratos. Tendo-se em mente as influências publicistas com que o contrato tem sido envolto atualmente, seria contrassenso imaginar que contratos apenas teriam a capacidade de estender seus efeitos no âmbito de influência dos interesses das partes. A sociedade, agora, percebe os efeitos reflexos que os contratos são capazes de produzir sobre si, devendo ser vigilante quanto a tais efeitos e detendo o poder de voltar-se contrariamente a possíveis danos que tais contratos eventualmente venham a ensejar.

5 Algumas reflexões teóricas acerca da Função Social dos Contratos e a Ordem Econômica Constitucional

A Função Social dos Contratos está prevista no Código Civil no art. 421, que diz: “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*”. Por meio da previsão legal trazida pelo Código de 2002, tem-se uma mudança na forma de enxergar não só a aplicabilidade e execução das normas pactuadas, mas a sua própria *ratio essendi*. Ao estabelecer a necessidade de adequação da liberdade de contratar (necessariamente entendida de forma ampla o suficiente a abarcar a liberdade contratual) ao que entende como ditame de sociabilidade, o Código Civil se aproxima da Constituição, sugerindo um intercâmbio entre os dois diplomas, pois se percebe que o contrato se tornou um instrumento de que dispõem as partes contratantes, mas que não pode olvidar da concretização de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Gustavo Tepedino⁶:

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.

Além da previsão contida no art. 421 do Código Civil, é importante mencionar o parágrafo único do art. 2035 e sua elucidativa lição ao estabelecer que “*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”. Assim sendo, fica expresso que a função social dos contratos se constitui como preceito de ordem pública introjetado no Código Civil que irá determinar às partes a busca constante pela efetivação não apenas dos seus interesses particulares, mas também de valores socialmente significativos, servindo como cláusula geral restritiva.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a Função Social dos Contratos*. Disponível em: www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf, p. 5. Acesso em: 10/01/2014

O estabelecimento da Função Social dos Contratos se coaduna com o processo de funcionalização das estruturas jurídicas⁷ por meio do qual os institutos jurídicos devem buscar a concretização da função a que se prestam, adaptando seu esqueleto procedimental à execução de suas finalidades. Especificamente em relação à Função Social dos Contratos pode-se dizer que, sob a égide da dignidade da pessoa humana, o direito privado tem sido interpretado à luz da Constituição, movendo o foco e função principais de sua aplicação, da essência patrimonialista para o indivíduo e a sociedade.

Até o presente ponto, o contrato foi visto sob sua ótica procedimental e, com a inserção do princípio da função social, também sob o viés da sua função para com a coletividade. No entanto, é necessário resgatar uma noção fundamental inerente aos contratos que diz respeito ao seu nascedouro. O contrato, *per se* é fenômeno de raiz econômica. É por razão econômica que ele se origina e é também por semelhante razão que se busca a sua concretização. Desta forma, não se pode analisar a função social do contrato sem que se ponha em semelhante patamar de análise a sua função econômica, sob risco de esvaziar de sentido o instituto.

Nesse diapasão, o contrato tem o condão de satisfazer intentos aquisitivos ou de determinar a realização de obrigações que resvalarão na determinação de um *quantum* financeiro a elas correspondentes. Assim, deve-se buscar inserir o contrato de forma igualmente adequada em seu outro palco de manifestação, qual seja, o econômico. É nesse sentido que a inserção da análise da ordem econômica constitucional se faz necessária para os contratos com vistas, *in fine*, a adequá-los harmonicamente ao seu duplo caráter – econômico e social. Neste sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁸:

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.

⁷ *Ibidem*

⁸ Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 803481, j. 28.06.2007. Disponível em: https://ww2.stj.ju.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?s.Link=ATC&sSeq=3139931&sReg=200502058570&sData=20070801&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 11/01/2014.

Os princípios que regem a ordem jurídico-econômica encontram-se elencados no art. 170 da Constituição Federal de 1988. A dicção do artigo já expõe em seu *caput* a necessidade de que a ordem econômica que se pretende siga um caminho que assegure a todos uma existência digna com base nos ditames da justiça social. Acerca da Ordem Econômica, Washington Peluso Albino de Souza⁹:

A Ordem Econômica compõe-se de princípios fornecidos pela Ciência Econômica, baseando-se na explicação dos fatos econômicos harmonizados segundo valores econômicos. A Ordem Jurídica oferece-nos as normas de conduta que determinam quando os fatos econômicos podem ou não podem ser postos em prática na sociedade organizada, isto é, juridicamente ordenada, garantindo-lhes harmonia segundo valores jurídicos.

Para a consecução de tal ideal de justiça social, alguns princípios são elencados e, para a análise que aqui se faz, alguns chamam especial atenção como: a defesa do consumidor, a livre concorrência e a função social da propriedade. Ora, quando se fala em função social da propriedade, por exemplo, deve-se ter em mente que tal princípio se insere no mesmo rol – e por motivos semelhantes – que a função social entendida sob a ótica dos contratos.

Com base nesse resgate da funcionalidade econômica do contrato, vê-se que é imprescindível que ele seja socialmente justo e economicamente útil para que se perceba a sua execução em plenitude. Prescindir de qualquer dos dois aspectos faz do contrato um mecanismo inquinado em sua essência. Não se pode, por exemplo, imaginar um contrato que atinja frontalmente a livre concorrência ou as regras de defesa do consumidor, apenas se valendo do pretexto da preservação da livre iniciativa¹⁰. Portanto, descuidar de um aspecto em detrimento do outro torna o contrato um instituto imperfeito, posto que um pacto economicamente abusivo ou desleal também simbolizará abuso de igual monta em sua funcionalidade social.

Outro aspecto interessante de análise é o que diz respeito ao estudo da Função Social dos Contratos sob duplo aspecto: sua a função social interna e externa. Com base no aspecto interno – ou intrínseco -, a função social do contrato se alinha muito mais aos ditames de boa-fé objetiva e equivalência interna, contratual, entre as partes. Em seu viés externo (extrínseco), a Função Social do Contrato diz respeito ao impacto que é capaz de causar na

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 4ªed. São Paulo: LTr Editora, 199, p.189.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*, 9ª ed rev. atual e ampl ,São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.83.

sociedade¹¹. Portanto, assim como a verificação de sua utilidade econômica, deve-se buscar no aspecto externo da função social, a análise a ser feita para adequação do contrato.

Algumas críticas são feitas em relação à Função Social dos Contratos. A primeira delas diz que o princípio não seria dotado de eficácia jurídica autônoma, possuindo mais pontos de convergência com a própria política legislativa adotada pelo País. Percebe-se, no entanto, que, como cláusula geral restritiva e reflexo da ordem pública sob a seara contratual, a mácula à Função Social dos Contratos pode sim ser avocada para revisão e até resolução de um contrato.

Outra crítica feita é a de que a Função Social dos Contratos poderia ser alçada a valor indistintamente aplicado às relações contratuais, representando uma imposição ao terceiro de colaborar de colaborar com os contratantes. Contudo, é evidente que o princípio em análise não deve ser conclamado de forma impositiva a fim de determinar deveres sociais de colaboração de terceiros para com uma obrigação firmada entre duas partes e que por elas deve ser adimplida.

A Função Social do Contrato deverá servir como guia em todas as fases do contrato, representando um norte valorativo a ser respeitado, simbolizando um limite ao agir das partes. Dessa forma poderá, como dito, servir de fundamento para a revisão ou resolução apenas quando em patente desacordo com o que se entende como ideal aplicativo. Não se sustenta a argumentação que prega a possibilidade do princípio se tornar uma determinação impositiva apriorística que vincule terceiros, estranhos aos polos contratuais, à colaboração inadvertida para com as partes.

Outra visão interessante é a que se vale dos princípios da Análise Econômica do Direito para analisar a Função Social dos Contratos. Essa abordagem prega que o Direito oferece respostas insuficientes às demandadas pelo mercado. Para tanto, vale-se da Economia para interpretar o fenômeno jurídico-econômico, num cenário em que todos os jogadores conheceriam as regras e atuariam na busca da maximização dos seus ganhos (Teoria da Escolha Racional). Confunde-se, por meio de tal abordagem, a Função Social do Contrato com a Função Eficiente do Contrato, esta última representando uma abordagem em que seriam potencializadas as possibilidades mútuas de geração de riquezas aos indivíduos e, por conseguinte, à sociedade. Nesse cenário, os sujeitos enriqueceriam e a garantia da

¹¹ THEODORO JR, HUMBERTO. *O Contrato e Sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.43.

maximização dos seus lucros serviria de respaldo suficiente para ter-se a certeza de que uma parte não exploraria a outra, posto serem visíveis os incentivos e as sanções atinentes ao descumprimento dos pactos. De inspiração notadamente liberal, a Análise Econômica do Direito, quando debruçada sobre esta questão, enxerga ser mais benéfica a irrestrita obediência ao que fora convencionado entre os polos do contrato, preservando a segurança jurídica das promessas¹², vislumbrando a Função Social do Contrato como assistencialismo contratual e a possibilidade de revisão contratual como geradora de insegurança no mercado.

6 Função Social dos Contratos e Direito Concorrencial – alguns acercamentos

Com base no que foi até aqui apresentado, vislumbram-se algumas proximidades entre a delimitação teórica da Função Social dos Contratos e o Direito Concorrencial. Em breve apurado histórico, o Direito Concorrencial surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, com diploma próprio, por meio do Decreto-lei n.869 de 1938, sendo que, por falta de aplicabilidade do mencionado Decreto, alguns enxergam como primeiro diploma brasileiro antitruste a Lei Malaia, de 1945, que reprimia o abuso do poder econômico. Nesse sentido, Paula Forgioni¹³:

O antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interessa da população, do consumidor.

A livre concorrência integra, hoje em dia, o rol constitucional dos princípios da Ordem Econômica, como anteriormente mencionado. É necessário que a livre concorrência seja entendida não apenas como um direito de que dispõem os agentes para a sua atuação no mercado. É preciso, igualmente, interpretar a livre concorrência como um dever jurídico que

¹² EUSTÁQUIO, Rodrigo Martins. *A Interpretação da Função Social dos Contratos pela Análise Econômica do Direito*. 2010. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/rodrigomartinseustaquioainterpreta-caofuncao-social-analise-economica-direito.pdf> .p.31 Acesso em: 11/12/2013

¹³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ªed.rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.114.

esses mesmos agentes deverão assumir ao não levar a efeito condutas anticoncorrenciais, lesando, por conseguinte, a coletividade e os consumidores, aqui abstratamente considerados. A livre concorrência guarda relação com o princípio da Função Social dos Contratos na medida em que, ao proteger o mercado e os consumidores, o Estado, por meio do direito concorrencial, busca impedir abusos por políticas predatórias de preços, práticas colusivas, monopólio de produtos, dentre outros, promovendo alterações sobre relações contratuais havidas entre organizações empresariais desviantes.

O Estado irá perseguir e punir, na esfera penal, os agentes econômicos que praticarem, por exemplo, as condutas criminosas previstas no art. 36 da Lei 12.529/11 (Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Além disso, por meio do seu dirigismo, poderá, em sede de responsabilização cível, desbaratar esquemas colusivos, determinando a resolução de contratos, podendo respaldar a sua argumentação, inclusivamente, na ofensa ao princípio da função social dos contratos, que deverá ter força cogente.

Como reflexo do atual estágio em que se encontra o Estado e suas pretensões de dirigismo contratual e efetivação de princípios sociais dos contratos, pode-se dizer, por exemplo, que o Acordo de Leniência, instrumento específico da seara concorrencial, vem a buscar a efetivação daquela que foi anteriormente chamada de função social externa dos contratos.

Resumidamente, o Acordo de Leniência – que significa suavização, indulgência – se dá quando o Estado se propõe a aplicar mais brandamente uma sanção em virtude da cooperação havida com um sujeito que violou a ordem econômica. Assim, aquele que é acusado de ilícito econômico pode, voluntariamente, cooperar para a obtenção de provas que consubstanciem a infração investigada, revelando os meandros das ações efetivadas por ele e pelos demais sujeitos que são alvos da persecução. Dá-se uma espécie de “delação premiada”, posto que aquele que revela os nomes e as atividades dos demais investigandos (em especial nos cartéis) será beneficiado com a suavização da sua pena, ou até mesmo com o perdão, por meio da extinção da punibilidade.

No Brasil, pode-se dizer que o Acordo de Leniência ainda é um instituto recente, pois ingressou no ordenamento com a Lei 10.149/00 que acresceu alguns artigos à Lei 8.884/94. A nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/11 estabeleceu uma composição distinta da anterior e bastante funcional, sendo integrado pelo Conselho

Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE/MF.

Ao deixar de aplicar uma sanção ao agente delator do esquema de cartel, o Estado maximiza as suas possibilidades de desbaratar organizações criminosas que praticam crimes econômicos (de difícil punição e apuração pelas vias convencionais). Esses crimes mitigam a livre concorrência, valendo-se, muito frequentemente de contratos fraudulentos ou com pretensa fachada formal de normalidade, porém materialmente desequilibrados.

O Estado intervencionista pode se valer de todos os instrumentos que possui para garantir a prevalência de importantes bens jurídicos como a preservação dos direitos dos consumidores e a livre concorrência. Para tanto, deve resguardar a boa ambiência econômica com a limitação do livre agir dos contratantes através da função social dos contratos (com vistas a maiores valores sociais) e também através do incremento de políticas investigativas que descortinem o *modus operandi* de fraudes a contratos e livre concorrência praticadas por agentes desviantes, por meio, por exemplo, do Acordo de Leniência.

7 Conclusões

Por meio do percurso histórico inicialmente feito pelo trabalho, pode-se perceber de forma clara alguns traços que iriam compor influências definitivas sobre a principiologia contratual tradicional. Notou-se que ainda persiste certo ranço liberal sobre os princípios da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e relatividade. De forma a superar e introduzir mais humanidade a uma seara de trajetória essencialmente patrimonialista, apareceram os princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social dos contratos.

Em relação à Função Social dos Contratos, foi possível analisar que se constitui como cláusula geral restritiva, com força cogente e que determina uma limitação ao agir desarrazoado das partes integrantes dos polos do contrato, com vistas à satisfazer não só os intuitos individuais, mas também os coletivos, pois à sociedade passa igualmente a interessar os efeitos dos contratos. Guarda, o princípio objeto deste estudo, estreitas relações com a

realização plena dos ditames previstos pela Constituição Federal quando do estabelecimento da Ordem Econômica.

Por fim, fez-se um paralelo entre a aplicação prática de institutos do Direito Concorrencial – especificamente o Acordo de Leniência - e a execução integral da Função Social dos Contratos, ambos como reflexo das tendências atuais do Estado Intervencionista.

8 Referências Bibliográficas

BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica. Ascensão e influência no pensamento moderno**, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

EUSTÁQUIO, Rodrigo Martins. **A Interpretação da Função Social dos Contratos pela Análise Econômica do Direito**. 2010. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/rodrigomartineseustaquioaiinterpretacaofuncaosocialanaliseeconomicadireito.pdf> . Acesso em: 11/12/2013

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ªed.rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**, 9ª ed rev. atual e ampl ,São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, 4ªed. São Paulo: LTr Editora, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Rel. Min. Nancy Andrichi, **REsp 803481**, j. 28.06.2007. Disponível em: https://ww2.stj.ju.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?s.Link=ATC&sSeq=3139931&sReg=200502058570&sData=20070801&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 11/01/2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. Disponível em: www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf. Acesso em: 10/01/2014

THEODORO JR, HUMBERTO. **O Contrato e Sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.