

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 A função social do contrato



Nelson Rosenvald

Nelson Rosenvald

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP

Bacharel em Direito pela UERJ

Professor de Direito Civil do curso Praetorium.

Sumário: I. Considerações iniciais. II. A funcionalização do negócio jurídico. III. A função social do contrato como causa do negócio jurídico. IV. A função social interna do contrato. V. A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana. VI. A função social externa do contrato; VII - O contrato ofensivo a interesses metaindividuais. VIII. O terceiro ofendido. IX. O Terceiro ofensor. X. Considerações finais.

Comece pelo começo. Siga até chegar ao fim e então, pare.
Lewis Carrol, em “Alice no País das Maravilhas”.

I – Considerações iniciais

Muito se tem dito e escrito sobre a função social do contrato. Ela vem a reboque da tendência de funcionalização inerente a toda situação jurídica subjetiva. É natural, como em qualquer campo da ciência ou da experiência, que a curiosidade do ser humano o instigue a desbravar o novo, o inusitado. O cuidado com o tema é justificado: o art. 421 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral de grande envergadura e confins ainda imprecisos.

A teoria contratual clássica enraizou-se no ensino jurídico com alicerce no dogma da autonomia da vontade. Aos privados se concede um espaço – impermeável ao Estado e a sociedade – no qual se exercita o poder de criação de normas individuais, delimitando-se a função econômica do contrato, ou propriamente a “veste jurídica da circulação econômica” na conhecida acepção de Enzo Roppo.

No paradigma voluntarista o contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: a) pela liberdade contratual, em seu sentido positivo de livre escolha do parceiro e da estipulação do conteúdo do contrato e ainda, em seu sentido negativo, de liberdade de não contratar – *freedom from contract*; b) pela intangibilidade do pactuado – o vetusto *pacta sunt servanda* justificava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Em outras palavras: o contrato é justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significa abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista; c) pela relatividade contratual, isto é, o contrato tão-somente vincula às partes, sendo infenso a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Porém, os signos da modernidade nas extremas contratuais foram submetidos paulatinamente a um amplo rearranjo. A abordagem clássica à disciplina contratual sucumbiu, primeiramente por ascendência de orientações reguladoras, atentas a questão do bem-estar social do *welfare state* e, mais recentemente, perante uma renovada visão do direito civil na óptica principiológica das Constituições. Esse fenômeno conduziu a um declínio tão

acentuado das características tradicionais do contrato que não foram poucos que vaticinaram a sua “morte”, uma tendência que mais recentemente tem sido desmentida.

O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1., III, CF), na qual o “estar para o outro” converte-se em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.

Apesar de a Constituição ter há pouco completado a maioria civil, houve a necessidade da edição de um Código Civil para que a comunidade civilista brasileira despertasse de uma letargia profunda ou de uma espécie de “mal estar constitucional” como tão bem sugere Lenio Streck. Pouco a pouco os amantes do direito privado se comovem com a arte do “desapego”. Repensam a condição de indivíduos segregados e abandonam as suas ilhas e pequenas posses. Migram ao continente e se submetem a filtragem da axiologia constitucional. Convertem-se em seres humanos – valor, fundamento e fim da ordem jurídica. Esmaece a dicotomia público e privado, pela evidente constatação de que não existem locais inóspitos à recepção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse percurso rumo a um direito privado humanizado e, por que não dizer, civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada aos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF). A autonomia privada é forjada na liberdade do ser humano de edificar a sua própria vida, exercendo o seu consentimento em suas escolhas existenciais e no desenvolvimento das relações patrimoniais.

Uma expressão mais qualificada para localizar a autonomia privada no plano do “ter” seria a locução “autonomia negocial”. A autonomia negocial não é um valor em si, pois se condiciona ao quadro de valores da Constituição em uma linha direta e imediata de aplicação de suas normas sobre as relações privadas. A Constituição não reduz a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. A liberdade é consentida pelo sistema, pois a ordem econômica não é a corda

que asfixia o ser humano, mas aquela que retira a pessoa do pântano que movia o liberalismo.

Muito da atual análise do direito dos contratos é tributário do ressurgimento de uma filosofia jurídica “valorativa” que aditou novos temas àqueles propostos pelo positivismo, procurando redimensionar as funções do fenômeno contratual.

Nada obstante, descabe adotar uma atitude quixotesca a ponto de sepultarmos os princípios clássicos da teoria contratual. Sobrevivem a liberdade contratual, a força obrigatória e a relatividade dos contratos. A finalidade básica do contrato como fonte de obrigações é a persecução dos objetivos demarcados pela autonomia. O sistema deve encorajar as trocas, pois elas traduzem o benefício mútuo que resulta da transação econômica. O contrato é um facilitador da circulação de titularidades e valores, apto a alicerçar a confiança nas promessas, promovendo a intersubjetividade.

Todavia, o solidarismo constitucional adicionou à autonomia privada a companhia de outros três princípios: a boa-fé objetiva; a função social do contrato e a justiça (ou equilíbrio) contratual. Esses três princípios não restringem a autonomia privada, pelo contrário: valorizam-na, equilibrando aquilo que a realidade crua tratou de desigualar, afinal o poder da vontade de uns é maior de que o de outros. Na arguta observação de Teresa Negreiros, vivencia-se uma hipercomplexidade, um amálgama entre os princípios clássicos e contemporâneos, como modelos que convivem simultaneamente.

Esse é o nosso ponto de partida. Pouco se pode dizer sobre o restante do percurso, pois a pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se afirme um norte. Certo é que o contrato não pode mais ser percebido como uma instituição. Tornar-se instituição significa paralisar a história, aceitar a imobilidade sob a capa da segurança. E toda segurança, no reino da contingência, é sempre uma forma de prisão.

Tal como imaginou Lewis Carroll, em sua obra “Alice no País das Maravilhas”, a menina seguiu um coelho branco e se viu em uma dimensão na qual muitas das regras que regem o mundo real são quebradas. Curiosamente, há uma lógica em todos os atos, que podem ser vistas nas relações entre os personagens. Tudo acaba quando Alice desperta de seu sonho e retorna ao mundo controlado e conhecido. Enfim, podemos perseguir o coelho branco, desbravando desconhecidos territórios, mesmo que isso implique uma certa perda de segurança, ou então, imitarmos o personagem do chapeleiro, que brigou com o tempo e permanece tomando o seu chá, pois para ele o relógio estacionou às 18 horas.

II – A funcionalização do negócio jurídico

Em tempos de abertura para o novo, a tendência da jurisprudência é a de empregar a função social do contrato como uma panacéia para os males do rigor contratual. Pablo Rentería assume que a grande dificuldade para o operador do direito “diz respeito à identificação de uma especificidade normativa para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação próprio e efetivo”.¹

Estatui o art. 421 do Código Civil que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A norma é propositalmente inserida ao início do Título V do Livro das Obrigações, pontificando o estudo dos

contratos. O destaque é justificado, afinal, em poucas e bem colocadas palavras, demonstra-se a imprescindível conjugação entre os princípios da liberdade e solidariedade.

Remotamente, a função social do contrato prendia-se à própria função social da propriedade, eis que no liberalismo insito aos últimos duzentos anos, a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade. Aliás, ao contrário do que aqui ocorre (art. 1.227, CC), mas seguindo o exemplo originado na França, em certos ordenamentos europeus até hoje os contratos possuem força translativa, sendo dispensado o ato do registro para aquisição do direito real.

Mas, o comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico. O crédito é um fenômeno social e a riqueza não mais se concentra na propriedade física. Como tivemos oportunidade de frisar em outra ocasião, “a elite global contemporânea domina sem estar presente fisicamente. As utilidades que atraem são as que propiciam leveza e portabilidade, não há mais interesse na confiabilidade e solidez dos bens de raiz. Fixar-se ao solo não é importante, se ele pode ser alcançado e abandonado quando surgem oportunidades financeiras em outros lugares e atividades. A lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens”.^{2 e 3}

Como reação a esse estado de coisas, tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O epicentro do contrato desloca-se do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o interesse social que lateralmente àquele se projeta.

Tal como sugeriu Norberto Bobbio⁴ ainda na década de 70, a passagem da estrutura à função, indica que a liberdade dos privados é circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pelo corpo social. O direito desliga-se de seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento.

Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional.

Atendendo ao que há muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato deseja conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Ou como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, “o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”⁵.

Censura-se o abuso da liberdade contratual como ato ilícito objetivo (art. 187, CC), partindo-se da premissa que o contrato não é um átomo – um universo jurídico hermético e

neutro —, mas um fato social que operacionaliza a realização de valores globais. Renan Lotufo evoca no abuso do direito “uma aspiração de atuação não funcional de direitos subjetivos no interno da sociedade”.⁶ É inconcebível crer que, no momento atual, possamos plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta*.

A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico, restringia-se a questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e o que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes e licitude e possibilidade da prestação eram os únicos fatos justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionavam as razões do negócio jurídico, o porquê, ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista.

A erosão da perspectiva estrutural de um contrato edificado pelo poder normativo da vontade, contrapõe-se a ascensão de um paradigma em que os modelos jurídicos assumem a feição de instrumentos concretizadores de determinadas finalidades eleitas pela coletividade. A compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, porquanto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade.

IV – A função social interna do contrato

Parte dos autores que investem sobre a temática reportam a uma bipartição da função social interna e externa dos contratos. Cláudio Luiz Bueno de Godoy filia-se a essa corrente, enunciando que a função social atua “primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envoltivos de partes substancialmente mais iguais, com o que se garanta uma igual dignidade social aos indivíduos”.⁷ No mesmo sentido, o Enunciado 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal por iniciativa de Flavio Tartuce: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.⁸

Em sentido complementar, há relativo consenso entre os doutrinadores acerca da função social externa do contrato, como reflexo de sua eficácia perante a comunidade, transcendendo à polarização entre as partes. Reporta-se ao diálogo de cooperação entre os contratantes e os “terceiros”, prevenindo-se ofensas recíprocas através da edificação de um ambiente de cooperação.⁹

Não existem dúvidas quanto à plasticidade da função social externa e mesmo, de sua operabilidade. Ela permite-nos desatar as amarras que prendiam o crédito às partes e seus sucessores, ignorando a sociedade que os tangencia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais, enquanto os maus contratos a degeneram. Por vezes, as relações creditícias escapam do controle de seus artífices, alcançando estranhos que, algumas vezes podem ser ofendidos por elas, e, em outras hipóteses, podem até mesmo se colocar em situação de violar a relação para a qual não foram convidados.

Todavia, cuidados extremados cercam a construção do modelo da função social interna do contrato. Poder-se-ia indagar se ela não seria uma superfetação, por não passar de uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva, percebida essa como uma “confiança adjetivada”, uma atuação refletida no cuidado

e estima com o parceiro contratual. Para Humberto Theodoro Neto, “ao contrário do que se possa ter pensado afoitamente, a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso”.¹⁰

No bojo da relação interna, prevalece a boa-fé como *standard* ético que nos impele a ajustar o nosso comportamento a padrões de conduta pautados pela lealdade, honestidade e cooperação perante o *alter*, transformando toda e qualquer relação obrigacional em um momento de preservação de direitos fundamentais, em que não se frustre a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato.

Por conseguinte, a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Ela atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais — anexos, instrumentais ou de conduta —, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422, do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito (art. 187, CC).

Em interessante projeção, Luis Renato Ferreira da Silva¹¹ considera que o binômio cooperação/solidariedade pode ser considerado de duas maneiras: a) dentro da relação contratual ele atua por meio do princípio da boa-fé (art. 422, CC); b) já os reflexos externos das relações contratuais, que podem afetar a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário cooperativo que é atuado pela noção da função social do contrato (art. 421, CC). Nessa mesma senda, Humberto Theodoro Júnior¹² noticia que “A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”.

É evidente que a função social do contrato se autonomiza pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Ela não se compraz imediatamente com a diretriz da eticidade, mas com o paradigma da socialidade. A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. Os dois princípios atuam em caráter de complementaridade. Em comum, ambos são emanções do princípio da solidariedade nas relações privadas como limites positivos ao absolutismo da autonomia privada. Enquanto a boa-fé é uma cláusula geral que permite o influxo do solidarismo Constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que lhes rodeia.

Todavia, se lembrarmos da noticiada aproximação da função social do contrato com a causa do negócio jurídico, poderemos situar um espaço para a cláusula geral do art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isso provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva. Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação negocial pode incidir a boa-

fê objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que ele deveria ostentar. O poder jurígeno da vontade é derivado das opções axiológicas do sistema.

Há de se lembrar que o juízo de merecimento sobre o interesse não pode prescindir da escolha constitucional no sentido de que a iniciativa privada é livre, mas não pode induzir a dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A causa não será merecedora de tutela quando o interesse perseguido não ostentar as exigências comunitárias, relevantes de acordo com os parâmetros constitucionais.¹³

Sendo a função social do contrato o cenário para a apresentação da opção solidarista da ordem civil, deverá ela conferir aos próprios contratantes o papel de protagonistas, ao assegurar contratos substancialmente equilibrados em que se atribua a cada um o reconhecimento de igual dignidade. Garante-se assim, “que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim, socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema”.¹⁴

Cremos que o superdimensionamento da função social do contrato – como de qualquer princípio – é pernicioso, pois culmina por lhe retirar a efetividade. Porém, afastar a sua incidência no plano interno da obrigação pela suposta superposição com outros princípios, restringe a sua aplicabilidade e debilita o sistema jurídico em face de situações em que a posição do contratante torna-se aviltante a sua igual dignidade social. É justamente esse tema que merece profunda consideração.

V- A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada não é apenas inserida no contexto da ordem econômica constitucional. Ela também é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra e tutela a existência de uma dimensão vital para que todo ser humano possa desenvolver e afirmar socialmente a sua personalidade.

A função social do contrato exerce importante finalidade sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo, ou como intuiu Kant, convertam a pessoa – que é um fim em si – em meio para os fins alheios.

A título ilustrativo, basta *zapearmos* com nossos controles remotos pelas várias produções televisivas que sujeitam cidadãos às mais ridículas e preconceituosas *pegadinhas* ou *reality shows*. Pessoas submetidas ao escárnio pela sua identidade sexual, ou baixa escolaridade e nível de cultura, gincanas oferecendo prêmios para aquele que resistir mais tempo a sete palmos se alimentando de minhocas, ou pior, não se alimentando. Curiosamente todas essas pessoas celebram contratos de cessão de direitos de imagem, prestigiando a autonomia negocial. Ademais, sentem-se felizes com a exposição e “reconhecimento” perante amigos e o público em geral. Curiosamente, muitos desses negócios jurídicos são praticados com resguardo ao princípio da boa-fé objetiva, em um clima de cooperação, sendo o contratante perfeitamente esclarecido de todas as nuances e repercussões da obrigação.

Mas, até aonde vai a liberdade do ser humano de fazer tudo que queira, quando não proibido por lei? O limite é a dignidade

da pessoa humana. A liberdade é um valor pessoal, a dignidade um valor universal. Como afirmamos em outra passagem, “a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertença, por essência, à humanidade. Enquanto o valor liberdade conecta-se imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano”.¹⁵

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável, bem como os seus atributos da personalidade (art. 11, CC). Por mais que se contrarie a vontade do seu titular, não pode a pessoa ser premida em sua própria fragilidade. A função social do contrato é pedagógica, pois nos remete à nossa condição racional, de componentes da civilização humana.

Por fim, poder-se-ia criticar doutrinariamente a utilização da função social do contrato nessa quadra, por se considerar suficiente a própria repulsa ao negócio jurídico contrário à ordem pública pela via da nulidade pela ilicitude do objeto (art. 166, II, CF).¹⁶ Contudo, a nulidade como espécie do gênero invalidade do negócio jurídico, situa-se em seu momento genético. Não há nulidade superveniente, toda invalidade é coeva ao nascimento da relação obrigacional. Em muitas oportunidades, a cláusula negocial é lícita, havendo ilicitude em sua repercussão, ou melhor dizendo, em sua finalidade perante o corpo social em seu contexto histórico e cultural.

Assim, em várias situações, a sanção da ineficácia superveniente seria mais adequada que a da nulidade, como mesmo decorre da interpretação do art. 2035, parágrafo único, do Código Civil: “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”.

O desafio à ordem pública e à dignidade da pessoa humana é censurado pelo ordenamento por um amplo leque de opções. Quando a afronta provém de um contrato, a fundamentação judicial calcada na lesão ao princípio da função social poderá em certas circunstâncias suprir a restrição dogmática da teoria das nulidades, com suas naturais limitações na divisão dos planos do negócio jurídico. No pontificado de Antônio Junqueira de Azevedo, “a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa”.^{17 e 18}

VI – A função social externa do contrato

O *locus* do princípio da função social, em sua acepção externa, reside na sua capacidade provocativa de repensar o mito da relatividade contratual em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais. A sua missão é substituir a vertente individualista do vínculo contratual pela arejada concepção da tutela externa do crédito.

A nota específica das obrigações negociais – em comparação com os demais direitos patrimoniais – é o seu objeto. O direito de crédito tem por objeto uma prestação consistente no bem da vida, no fato ou abstenção a cargo do devedor. É lição

corrente que os contratos possuem eficácia relativa, no sentido de que terceiros não podem ser credores ou devedores por força de relações jurídicas alheias, em que não foram partes.

O princípio da relatividade do contrato não pode ser confundido com a exigência de que negócio jurídico – em toda a sua trajetória – seja respeitado por terceiros, no sentido de que devam se abster da prática de atos que possam interferir nas relações alheias. Vale dizer, apesar de sua relatividade, os contratos produzem oponibilidade perante terceiros – como projeção de sua eficácia –, resultando em um dever de abstenção, no sentido que a sociedade não pode afetar uma relação obrigacional em andamento.

Enfrentando o tema com propriedade, Jacques Ghestin¹⁹ sustenta que *l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat*. Isto é, a oponibilidade é destinada a assegurar a produção dos efeitos normais do contrato, nada além de seus efeitos. A oponibilidade não é capaz de atribuir um direito absoluto aos contratantes, pois o contrato apenas tem como objeto um direito relativo.

O respeito pela relatividade contratual é expressão de uma atitude consensualista que enaltece o poder disciplinador da autonomia e procura atender à intenção com que, na formação do contrato, as partes buscam alguma medida de “isolamento relacional”, ou ao menos o sinalizam uma à outra. Mas esse respeito pela relatividade pode também resultar da consideração do interesse econômico em jogo e da presunção de que qualquer interferência de terceiro colocará em risco a segurança da avença.

O princípio da relatividade dos contratos não pode mais ser elevado à condição de dogma. Dogmas são verdades incontestáveis e sabemos que o direito é instrumento transformador, que atua com apoio na experiência – fator cambiante –, não tolerando posições imutáveis. Há muito, a análise econômica do contrato demonstra generosidade na admissão de ingresso de terceiros na relação contratual, como forma de maximização de trocas eficientes, estimulando-se a livre negociabilidade e transmissão de direitos creditícios.

A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual.

Anote-se: a sociedade não é apenas obrigada a respeitar os direitos da personalidade e a propriedade alheia. O direito de crédito requer tutela ampla, verdadeira via de mão dupla, conjugando respeito mútuo entre contratantes e a sociedade.

Localizar a função social do contrato no ordenamento jurídico é uma tarefa mais delicada do que operacionalizar a função social da propriedade ou da família. Nessas duas vertentes, o sistema tratou de criar diretrizes concretas de aplicação efetiva dos princípios, além de enumerar variadas sanções para o exercício temerário dos poderes dominiais (arts. 182 a 186, CF) ou para o desvio no exercício do poder de família (arts. 1635 a 1638, CC e normas do ECA).

A função social do contrato não é um dado, mas um constructo. O intérprete deverá se valer de todos os métodos

hermenêuticos para localizar a cláusula geral. Nesse leque de possibilidades que se abre para a vivificação do princípio, visualizamos a função social em três situações precisas e ainda não pavimentadas em outras vias: a) Contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; c) terceiros que ofendem contratos.

Já se exauriu o tempo da crítica à velha dogmática civil. Não há mais espaço para desconstruir o antigo. A audaciosa missão da doutrina civilista consiste em fundamentar a função social. Há suficiente amparo doutrinário – aqui e em direito comparado – para a densificação da função social do contrato em cada qual de suas dimensões.

Nesse particular, irretocável, o conteúdo do Enunciado n. 23 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Primeiramente, a função social atua *inter partes* – no plano da tutela à dignidade – e, em seguida, realiza relevante performance *ultrapartes*.

Outrossim, em qualquer de suas vertentes, o art. 421 não deve ser lido em consonância com o ambiente de intervencionismo econômico e dirigismo contratual que presidiu a elaboração do Código Civil nos idos da década de setenta. A socialidade jamais pode ser compreendida como uma atomização da pessoa perante a sociedade, mas, na linha da interpretação conforme à Constituição, como a imposição de um freio aos abusos cometidos em nome da liberdade contratual, prestigiando-se a construção de uma sociedade solidária, pois, como lembra José de Oliveira Ascensão, “a realização do homem a que o direito deve tender como o seu fim não é a realização de cada indivíduo isoladamente, no agnosticismo e indiferença pelas finalidades prosseguidas; é a realização de cada homem em sociedade, numa comunidade solidária que permita a realização pessoal de seus membros”.²⁰

VII – O contrato ofensivo a interesses metaindividuais

Nada mais natural do que relações contratuais que atendam aos interesses econômicos dos contratantes em um ambiente de cooperação e confiança. Essa é uma situação possível, mormente em contratos interempresariais, nos quais é possível falar em uma relativa igualdade material entre as partes.

Ocorre que essa pacificação interna nem sempre corresponde aos efeitos do contrato perante a sociedade. Determinadas relações creditícias portam o germe da danosidade social. Basta lembrarmos de contratos que ofendem interesses metaindividuais, como aqueles difusos e coletivos, assim como os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III, CDC) ligados à proteção de consumidores, do meio ambiente ou da livre concorrência.

Adverte o art. 1º, IV, da Constituição Federal sobre o “valor social” da livre iniciativa. Nessa esteira, salienta José Afonso da Silva que “no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como valor o lucro pelo lucro”.²¹

A possibilidade de os sujeitos regularem suas relações do

modo que lhes seja mais conveniente ou desenvolver livremente a atividade escolhida, demanda contenções em favor de interesses hierarquicamente prevalentes no quadro de valores Constitucionais. Um contrato empresarial que estabeleça criação de oligopólio requer enérgica atuação do CADE; um negócio jurídico interempresarial envolvendo a edificação de empreendimento em área de preservação ambiental requer imediata atuação do Ministério Público. Enfim, é amplamente justificada a legitimação das entidades descritas nos arts. 5º da Lei n. 7.347/85 e 82 da Lei n. 8.078/90, para provocarem a nulidade de cláusulas que ofendam valores reconhecidamente caros ao corpo social. Flávio Tartuce colhe interessante exemplo de “um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra de sinalagma. Entretanto a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva, art. 37, CDC), estando neste pronto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo”.²²

Mesmo nas situações prosaicas da vida, a função social do contrato apresenta-se em tutela da coletividade. Rubens Barichelo estava a uma reta da vitória em uma corrida da fórmula 1 (GP – Áustria – 12/05/2002), quando foi alertado pela Ferrari da cláusula contratual que lhe conferia a posição de 2º piloto. O brasileiro culminou por ceder passagem ao alemão companheiro de equipe, em respeito à liberdade contratual. Daí se questiona: trata-se de campeonato mundial de pilotos ou de equipes? Fatalmente, sobejou lesada a desportividade da competição para mais de 500 milhões de fiéis ao esporte pelo mundo. A função social do contrato foi negligenciada.

VIII – O terceiro ofendido

Outra interessante abordagem da cláusula geral da função social do contrato reside na tutela externa do crédito. Cuida-se da eficácia transubjetiva do contrato. Constatada a insuficiência da classificação dos contratos como *res inter alios acta* – que não beneficia ou prejudica terceiros –, cumpre-nos ferir aquele grupo de situações em que o ato de autonomia negocial é positivo para as partes, sem prejudicar interesses metaindividuais, mas acaba por vitimar um terceiro, completamente estranho ao negócio jurídico.

Quatro interessantes situações revelam a concretização da proteção legislativa e pretoriana ao terceiro ofendido:

a) Um transeunte é atropelado em razão de um defeito de fabricação do freio de um veículo. O motorista não conseguiu acionar o mecanismo de frenagem do carro recém-adquirido. Em tese, a vítima não poderia demandar solidariamente contra os fornecedores – fabricante (montadora) ou fornecedor de fase – com espeque na responsabilidade objetiva do art. 12 do CDC, por não ocupar a posição de consumidor *stricto sensu* a que alude o art. 2º da Lei Consumista. Sobraria-lhe apenas a penosa missão de demandar contra quem lhe atropelou, imputando-lhe o ato ilícito culposos, na dicção do art. 186, do Código Civil.

Todavia, o terceiro é considerado consumidor por equiparação, como *bystander*, por ser vítima de um acidente de consumo provocado pelo defeito do produto. A norma é pedagógica pois concede a qualquer pessoa os mesmos mecanismos jurídicos de tutela do consumidor por responsabilidade derivada de falha de segurança de produtos e serviços. O fornecedor tem o dever de

acautelar não apenas o seu contratante direto (como emanção do princípio da confiança), mas também uma coletividade indeterminada de pessoas expostas aos riscos de sua atividade.

b) Outra hipótese corriqueira concerne a uma colisão de veículos em que o responsável pelos danos tenha contratado com uma seguradora. Em princípio, em uma estrita visão processual, negar-se-ia à vítima a possibilidade de acionar o segurador do ofensor, eis que inexistente relação de direito material entre eles. A vítima demandaria o condutor do veículo e este procederia à denunciação da lide (art. 70, III, CPC), como ação regressiva de garantia em decorrência do contrato de seguro. Não é outra a literalidade do art. 787, do Código Civil: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

Porém, as duas turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça²³ consideram a função social do contrato como relevante elemento para a direta e imediata responsabilização da seguradora em demanda movida pelo terceiro, sendo irrelevante que o contrato envolva apenas o segurado causador do acidente, quando este se nega a usar a cobertura do seguro. A responsabilidade da seguradora decorre da apólice securitária.

O voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar é irretocável: “A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros – maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida”.

Apenas a título de complementação, entendimento contrário ao perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça com fundamento na suposta ilegitimidade passiva da seguradora, redundaria em inobservância do princípio da instrumentalidade e a diretriz da eticidade que permeia as relações de direito privado.

O processo não é um fim em si mesmo. Ele é uma técnica a serviço de uma ética de direito material. Cuida-se de um instrumento que deve efetivar os direitos subjetivos edificados nos princípios constitucionais e nas normas do direito privado. Portanto, o direito processual não pode inviabilizar o exercício do direito material, nem se contrapor a sua justificação. Pelo contrário, cabe ao processo uma estrita observância dos parâmetros que fundamentam a existência e a legitimidade de um modelo jurídico.

Cândido Dinamarco magistralmente delineou o processo civil como um instrumento, um sistema aberto a serviço do direito substancial pela “infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material”.²⁴

c) Pela mesma via da instrumentalidade, justifica-se a ancoragem da função social como justificativa para a adequada redação do art. 456 do Código Civil. Segundo tal dispositivo, “Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio, o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do

processo” (grifo nosso).

A evicção é umbilicalmente atrelada à técnica processual da denúncia da lide. Sabemos que, pelo fato de ter operado a transmissão de um direito, o alienante é garantidor da legitimidade da operação. O objetivo da denúncia é permitir ao adquirente a convocação ao processo do alienante, em face do qual terá ação regressiva indenizatória, em caso de sucumbência na ação principal em que figura no pólo passivo.

O inegável acerto do art. 456 é a permissão da denúncia da lide “por saltos”. Em outras palavras, em vez de permitir a convocação isolada do alienante imediato, o Código Civil facultou ao denunciante o chamamento de qualquer um dos transmitentes do bem, desde a origem da cadeia causal viciada. Poder-se-ia indagar: mas qual é a relação jurídica do adquirente com aquele proprietário primitivo que não lhe alienou o bem? Já tivemos a oportunidade de escrever em outro trabalho que “a resposta se encontra na cláusula geral da função social do contrato, na medida em que o adquirente foi ofendido não apenas pelo alienante, mas por todas as relações materiais antecedentes das quais não fez parte. A garantia da evicção será concedida, portanto, pela totalidade dos transmitentes, que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa, não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos”.²⁵

d) Na mesma linha evolucionista, o Superior Tribunal de Justiça editou em 25/04/2005 a Súmula n. 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

A súmula foi inspirada em uma série de julgamentos envolvendo contratos de promessa de compra e venda em incorporações imobiliárias. Os promitentes compradores efetuavam o pagamento integral do preço, mas a incorporadora não cumpria com a sua obrigação de quitar a garantia hipotecária estabelecida com a instituição financiadora (mutuante) do empreendimento. Ocorre que, não obstante a quitação, os compradores não obtiveram liberação do gravame por problemas de inadimplência da construtora perante a instituição financeira.

Se aplicássemos ao caso as lições legadas do direito romano, certamente os promitentes compradores teriam que quitar o financiamento perante o banco, haja vista que a hipoteca produz efeitos *erga omnes*, tendo aqueles ciência do gravame real quando da assinatura do contrato preliminar. Ademais, a hipoteca estaria devidamente registrada no RGI, permanecendo o ônus até que extinta a dívida que lhe deu origem.

Nada obstante, os promitentes compradores foram bem sucedidos em suas ações de tutela específica de obrigação de fazer – outorga de escritura e cancelamento do gravame hipotecário. Com efeito, o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas os adquirentes são os terceiros ofendidos que não tinham ciência da ausência de repasses ao banco dos valores que pagavam à incorporadora. A instituição financeira fica limitada a receber dessas pessoas o pagamento das suas prestações, porém, os adquirentes não assumem qualquer responsabilidade de pagar duas dívidas: a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

A par da evidente constatação da hipossuficiência dos promitentes compradores, não tendo condições de apreciar o risco

do negócio jurídico, certamente competiria à instituição credora fiscalizar o repasse das quantias, adotando as medidas pertinentes no momento adequado. A *supressio* evidencia-se quando o titular de um direito subjetivo negligencia o seu exercício e tardiamente o exige em face de quem agiu de acordo com legítimas expectativas de confiança sobre a quitação do preço.

Rodrigo Xavier Leonardo empreende saudável aproximação entre a perspectiva funcional e a teoria das redes contratuais, “isto porque, por meio dessa teoria, busca-se reconhecer que entre contratos aparentemente diversos (tal como seriam o compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento) pode haver um determinado vínculo capaz de gerar consequências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos. Em outras palavras: reconhece-se que dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados (entre partes diferentes e com objeto diverso) podem estar unidos, formando um sistema destinado a cumprir uma função prático-social diversa daquela pertinente aos contratos singulares individualmente considerados”.²⁶

A venda direta das unidades aos adquirentes e o contrato de financiamento entre a construtora e o banco são, aparentemente, duas relações jurídicas distintas, porque a mesma construtora que vendeu e recebeu o preço (ou está recebendo as prestações) dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda, mas a operação de empréstimo ocorre como se os adquirentes não existissem, e não raro, repassam os recursos do Sistema Financeiro da Habitação sem verificar a viabilidade econômica do empreendimento ou a solvência das empresas incorporadoras. A função social do contrato repercute nessa rede contratual de negócios jurídicos coligados, apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter optado por assumir a questão nos contornos da tutela à boa-fé objetiva.²⁷

IX – O terceiro ofensor

Ao reconhecermos a autonomia dos deveres anexos (laterais, instrumentais ou de conduta) em relação à prestação primária, no âmbito de uma relação obrigacional complexa e dinâmica, vislumbramos que não há necessária coincidência temporal entre o nascimento e o recesso da obrigação principal e dos deveres laterais, eis que esses afloram mesmo para antes da contratação como para depois do cumprimento do dever de prestar. A efetividade da boa-fé é flagrante nos momentos pré e pós-negocial.

Mas não é apenas aí que há um desencontro. A consciência da independência dos deveres de conduta em relação ao nível da obrigação principal viabiliza uma verticalização dos sujeitos ativos e passivos dos deveres de conduta, sobremaneira aqueles que se relacionam à modalidade do dever anexo de proteção.

Com esteio na concepção social do contrato (art. 421, CC) e na quebra do dogma de sua relatividade, Teresa Negreiros alude à atual distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e a sua oponibilidade, nos seguintes termos:

O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele

não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).²⁸

Percebe-se não se tratar de extensão de eficácia contratual aos terceiros, mas de oponibilidade geral, que exigirá da coletividade um dever de *neminem laedere*, por imposição de solidariedade nas relações entre contratantes e sociedades. O crédito é um valor, um bem que integra o patrimônio de uma pessoa. Como bem dito alhures, “O crédito é relativo, mas o direito de crédito é, porém, oponível a terceiros”.²⁹

Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, quanto aos deveres de conduta, a complexidade de qualquer obrigação exige que, no processamento da relação jurídica as partes, não possam lesar a sociedade ou por ela serem lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais. Como observa Cláudio Godoy³⁰, “trata-se, aqui, da expansão da oponibilidade dos ajustes, de resto nada mais senão o reverso da possibilidade de um terceiro adimplir obrigação alheia”.

Para o que nos interessa, a violação ao dever lateral de proteção é igualmente visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional em curso, mediante a realização de um segundo contrato – incompatível com o primeiro –, frustrando as finalidades do credor por propiciar o inadimplemento e conseqüente destruição da obrigação inicial.

A tutela externa do crédito tem por objetivo, segundo Fernando Noronha³¹, “a proteção destes direitos contra ofensa por parte de terceiros, que impeçam o devedor de adimplir a obrigação assumida”. Sublinha Jacques Ghestin³² que “pour quis les tiers ne sont pas liés para le contrat, mais comme le contrat s'impose à eux, ils commettent une faute en prétendant le nier”.

Na linha da função social do contrato e da prevalência da eticidade, propugna-se por uma “tutela externa do crédito”, pela qual o terceiro seja responsabilizado não propriamente pela prestação convencionada, mas pela ofensa a dever de conduta nela consubstanciada. Como bem aborda Antônio Junqueira de Azevedo, “os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”.³³

Em dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Lisboa, E. Santos Júnior³⁴ trata da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito do crédito como solução equilibrada ao valor da justiça, harmonizando os princípios da reparação do dano e da liberdade contratual, o que resulta em aumento na confiança nos contratos e em sua estabilidade, por evitar interferências materiais de terceiros sobre o crédito.

O autor admite que, em princípio, os terceiros não têm o dever de conhecer a existência do crédito alheio, mas “quando o conheça na sua existência e configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então a sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma condição de oponibilidade efectiva do direito de crédito a terceiros”.³⁵

O terceiro ofende o crédito alheio através da realização

de um segundo contrato com uma das partes. Cuida-se de uma interferência ilícita, pois a incompatibilidade entre os dois contratos induz à violação do negócio jurídico primitivo. O grande avanço na temática consiste na possibilidade de o ofendido, pela quebra de seu contrato, demandar diretamente contra o terceiro ofensor, mesmo não havendo avença entre eles.

Note-se que no direito comparado a doutrina se divide quanto à necessidade e legitimidade de repressão dessa interferência de terceiro pela via extracontratual; uns defendendo essa repressão em nome da defesa dos valores da relatividade contratual, da tutela das expectativas e da “confiança” contra atividade econômica predatória; outros criticando essa repressão porque ela pode ter o efeito indesejado de bloquear condições concorrenciais e a eficiência alocativa.³⁶

Por conseguinte, é indispensável o cuidado com a distinção entre as situações de grave interferência delitual nas relações negociais –suscetível de conduzir ao colapso o ambiente de confiança entre os parceiros –, de uma situação de interferência contratual benigna e introduzida por meios lícitos, em que a oferta de condições contratuais mais vantajosas é própria da concorrência. Como aduz Fernando Araújo, uma repressão desenfreada é muitas vezes anticompetitiva e ineficiente por paralisar “uma via normal para a promoção de soluções mais eficientes no seio de um mercado. Temos que ter cautela de não embarcarmos numa precipitada condenação da prática da ‘melhor oferta’”.³⁷

Ao contrário da vasta experiência do direito comparado no trato da interferência ilícita em contratos³⁸, no Brasil esse tema alvissareiro é abordado de forma incipiente. Lamentavelmente, há certa promiscuidade em nossa vida social, tolerando-se a conduta dos “aliciadores” que provocam o rompimento de relações contratuais celebradas em caráter de exclusividade. Profissionais abandonam contratos de prestação de serviços em andamento, ao som da primeira proposta, sem que o proponente (e pior, a ordem jurídica) perceba nessa conduta qualquer ofensa ética à força obrigatória dos contratos. Instigar alguém a violar um dever jurídico – sem que para tanto haja qualquer justificativa legítima – é um comportamento inaceitável e, se passivamente consentido, indutor de um sem-número de comportamentos ilícitos reiterados.

Antônio Junqueira de Azevedo³⁹ emitiu parecer em que censurava a conduta de “atravessadores”, que burlam contratos de exclusividade de fornecimento de derivados de petróleo, celebrados entre os postos de combustíveis e as distribuidoras, concluindo pela possibilidade destas agirem diretamente contra o terceiro ofensor.

Talvez o mais célebre dos eventos que traduza a conduta de um terceiro “cúmplice”, localiza-se no *affair* Zeca Pagodinho. O famoso cantor de samba realizou um contrato de cessão de direito de uso de imagem com exclusividade com a Schincariol por um prazo de 12 meses para promover um novo produto em razão de sua popularidade. Em plena vigência do contrato e, tendo recebido o seu valor integral, o cantor abandonou a sua obrigação de fazer e participou de campanha publicitária de marca de cerveja concorrente em flagrante violação do pactuado. A Schincariol ingressou com demanda contra o cantor exigindo indenização por quebra do contrato e reparação pelo dano moral. Ambas as pretensões foram julgadas procedentes, conforme decisão da 36ª Vara Cível de São Paulo, prolatada em 11.12.2006.⁴⁰

O curioso é que a empresa lesada poderia ter demandado também contra a terceira ofensora – sua concorrente no ramo das

cervejas —, causadora do abandono do artista de suas obrigações. Mas assim não o fez. Há, inclusive, dispositivo específico sobre a tutela externa do crédito no Código Civil, em que o legislador estipula uma verdadeira pena privada contra o aliciador. Nesse sentido, o artigo 608: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos”.

Antônio Junqueira de Azevedo⁴¹ situa o art. 608 do Código Civil como uma pena privada para os atos por ele chamados de “negativamente exemplares” e que provam um dano social. O autor exemplifica com

o recente caso, relativamente divertido do cantor Zeca Pagodinho, se tudo se tivesse passado até o fim nos exatos termos queridos pelo contrato que consubstanciava aliciamento do cantor, o segundo contrato, é ilustrativo. O desrespeito doloso do primeiro contrato, e o mau exemplo, no comportamento do cantor — sempre raciocinando por hipóteses e considerando que tudo se passou como publicado — em conluio com a Ambev, não deveria levar somente à indenização das perdas e danos da primeira contratante. Na verdade, se não houvesse um *plus* de indenização — pago por ele e pela Ambev — tendo por causa o segundo acordo, estaríamos diante da falta de consequência para um ato doloso e diante de um evidente estímulo ao descumprimento dos contratos. A tolerância para com o dolo e o descumprimento da palavra são os piores males para a sociedade.

Discute-se se a responsabilidade do terceiro pela indução ao descumprimento da relação obrigacional seria contratual ou aquiliana. Consideramos se tratar de responsabilidade extracontratual, pois, forte na lição de Antônio Junqueira de Azevedo⁴², a função social determina a oponibilidade como sendo a regra, mas não que, por conta de sua atuação danosa, o terceiro se torne contratante.

De fato, o direito de crédito cujo objeto é a prestação parte da evidente noção da exclusão de terceiros no seu aproveitamento. Mas os específicos direitos e deveres que emanam da obrigação apenas beneficiam ou comprimem às partes. A relatividade das obrigações mantém sua relevância. Assim, quando terceiro ofende a relação negocial da qual era conhecedor, descumpre

a cláusula geral do ato ilícito do art. 186 do Código Civil, pois se olvida em respeitar o dever geral de abstenção, consistente em não interferir na órbita contratual alheia. A lesão ao crédito induz à responsabilidade civil pela teoria subjetiva, no limite dos prejuízos causados ao credor (art. 927, CC).

X – Considerações finais

Atualmente a liberdade contratual disputa o seu lugar com muitas visões concorrentes, de certo modo todas elas complementares, para fornecerem a atual compreensão das funções do contrato.

Não abandonamos o princípio da relatividade contratual. Fustigado pelo tempo ele apenas revela novos contornos, vez que otimizado pela função social do contrato. Reforça-se o princípio da força obrigatória dos contratos mediante o compromisso harmônico entre as partes e a sociedade. O corpo social, até algum tempo reputado como um desconhecido, assume postura colaboracionista de preservação dos pactos econômicos. A partida de tênis se converte em frescobol.

Instado a se manifestar acerca da função social do contrato, Miguel Reale localizou-a “em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado...o que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um de seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”.⁴³

As palavras do artífice do Código Civil remetem aos direitos da personalidade. Ao abandonarmos a codificação pandecista, atrelada ao monopólio das categorias jurídicas, reencontramos o ser humano situado em suas circunstâncias, agora não mais submerso na abstração do indivíduo e sujeito de direitos patrimoniais. Porém, a categoria ética da pessoa — valor, fundamento e fim da ordem jurídica — realiza-se em sua integração comunitária. A autonomia humana, como suporte para o desenvolvimento pessoal, requer um consenso com a sociedade, sob pena de resvalar no arbítrio. Essa dialética permeia a historicidade e circunstancialismo do conceito da função social do contrato

Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade*. Revista Trimestral de direito civil, v. n. 26. Rio de Janeiro: Padma, Abr-Jun 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998.
- _____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Revista trimestral de direito civil, n. 19. Rio de Janeiro: Renovar, Julho/Setembro 2004.
- _____. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...* Revista dos tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. 3.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizione di comunità, 1984.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Direito das obrigações*. V. II. Lisboa: AAFDUL, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Aliciamento no contrato de prestação de serviços*. Revista síntese de direito civil e processual civil, v. 27. Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations – Les effets du contrat*. Paris : L.G.D.J, 1992.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos*. Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev.2005.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*. Revista trimestral de direito civil, v. 21. Rio de Janeiro: Padma, Jan-Mar, 2006.
- NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. Revista de direito privado, v. 12. São Paulo: RT, Out-Dez, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito privado*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005.

RENTERÍA, Pablo. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord), *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (coord). São Paulo: Manole, 2006.

TARTUCE, Flávio. *A função social do contrato, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Jus navigandi, Teresina, a. 10, n. 1049, 16 Maio 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato – direitos e obrigações nas relações entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VINEY, Geneviève. *Les obligations. La responsabilité: effets*. In: tomo V do *Traité de droit civil*, GHESTIN Jacques (dir). Paris: 1982.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Notas

¹ Pablo Rentería. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283.

² Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 228.

³ Em notável obra, intitulada *Globalização*, o filósofo Zygmunt Bauman é incisivo ao expor que “em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da era atual, graças a mobilidade de seus recursos, agora líquidos, não enfrentam limites reais o bastante – sólidos, firmes, resistentes – que obriguem ao respeito. Os únicos limites que se poderiam fazer respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros”, p. 18.

⁴ Norberto Bobbio. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizioni di comunità, 1984, p. 70-74.

⁵ Maria Celina Bodin de Moraes. *A causa dos contatos*. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 21 – Jan/Mar 2005, p. 100.

⁶ Renan Lotufo. *Código civil comentado*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 507.

⁷ Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Função social do contrato*. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 131.

⁸ Nas justificativas da proposição do aludido enunciado, Flavio Tartuce expõe que “a importância da inovação desse princípio é grandiosa, uma vez que trará ao nosso sistema a adoção plena do abrandamento da força obrigatória dos contratos, afastando cláusulas que colidem com os preceitos de ordem pública e buscando a igualdade substancial entre os negociantes”.

⁹ Jorge Cesa Ferreira da Silva insere a função social do contrato como princípio de normatividade exógena, a qual “se atribui a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inevitavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária”. *Princípios de direito das obrigações no novo código civil*. In *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 107.

¹⁰ Humberto Theodoro Neto. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154. Bem esclarece o autor que “no seu duplo aspecto, função tanto pode referir-se ao interesse de toda a sociedade (objetivo genérico), como ao interesse inter partes (objetivo específico). Mas o segundo termo – social – remete diretamente à ambientação do contrato em um meio coletivo. O complemento social especifica o aspecto do termo função a que se visa”.

¹¹ Luis Renato Ferreira da Silva, *A função social do contrato no novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.

¹² Humberto Theodoro Jr, *O contrato e sua função social*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 29.

¹³ Massimo Bianca, *diritto civile: il contratto*, v.3, Milão: Giuffrè, 1987, p. 432.

¹⁴ Cláudio Godoy. *Função social do contrato*, cit., p. 129.

¹⁵ Nelson Rosenvald. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁶ Crítica realizada dentre outros citados neste texto como Paulo Nalim, Antônio Junqueira de Azevedo e Pablo Rentería. Este último, inclusive remete ao “surado” paradigma francês do contrato de trabalho cujo objeto era o arremesso do anão Manuel Wackenheim em casa de diversões noturna, como hipótese de julgado em que o Conselho de Estado Francês julgou o caso pela simples contrariedade à ordem pública. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*, cit., p. 292.

¹⁷ Antônio Junqueira de Azevedo. *Natureza jurídica do contrato de consórcio....* Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, fev. 2005, p. 133.

¹⁸ Ou como se colhe do escólio de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “o princípio da função social atua no plano da validade (mais restritamente) e no plano da eficácia (mais amplamente), voltando-se ao controle dos efeitos dos atos”. Cit, p. 115.

¹⁹ Jacques Ghestin, *Le principe d’opposabilité*, In *Traité de droit civil – les effets du contrat*, Paris : L.G.D.J, 1992, p. 418.

²⁰ José de Oliveira Ascensão. *Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, n. 26. Rio de Janeiro: Padma, Abr/Jun 2006, p. 60.

²¹ José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

²² Flávio Tartuce. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina. A.10, n. 1049, 16 maio 2006.

²³ REsp n 228.840/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04/09/2000; REsp n. 294.057/DF, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/11/2001.

²⁴ Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 220.

²⁵ Nelson Rosenvald. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Min. Cezar Peluso. Manole: São Paulo, 2006.

²⁶ Rodrigo Xavier Leonardo. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos*. Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev. 2005.

²⁷ “O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagrar abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro,- uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro”.

²⁸ Teresa Negreiros, *Teoria dos contratos*, p. 265.

²⁹ Humberto Theodoro Neto. *Efeitos externos do contrato*, cit., p. 264.

³⁰ Cláudio Godoy, *Função social do contrato*, cit., p. 134.

³¹ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, v. 1, , p. 462.

³² Jacques Ghestin, *Le principe d'opposabilité*, cit., p. 426. Em livre tradução do autor, lê-se que "Os terceiros não são ligados ao contrato, mas como o contrato a eles se impõe, cometem uma falta ao pretender negá-lo".

³³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 116, abr. 1998.

³⁴ E. Santos Júnior, *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 582.

³⁵ E. Santos Júnior, *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 582.

³⁶ Fernando Araújo, *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 765.

³⁷ Fernando Araújo, *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 769.

³⁸ Davi Monteiro Diniz oferece minucioso relato sobre a interferência ilícita no contrato na *common law* e no direito francês com início no direito medieval. O autor se refere ainda à indução ao inadimplemento de obrigação conjugal, na qual o marido poderia exigir indenização do terceiro que auxiliasse a esposa a descumprir deveres conjugais. A tutela externa do matrimônio ainda pode ser apreciada no art. 1.513, do Código Civil. Aliciamento no contrato de prestação de serviços. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. v. 27. Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev, 2004, p. 84/6.

³⁹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 116, abr. 1998.

⁴⁰ Processo n. 04.109.435-2

⁴¹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. Revista trimestral de direito civil, n. 19, Rio de Janeiro: Renovar, Julho-Setembro 2004, p. 216.

⁴² Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 117, abr. 1998.

⁴³ Miguel Reale. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 268.