

DA CLÁUSULA *PACTA SUNT SERVANDA* À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: O CONTRATO NO BRASIL

JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS ⁽¹⁾ ⁽²⁾

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A cláusula *pacta sunt servanda*: das Ordenações ao Código Civil de 1916. 3. O Código Civil de 2002: novos paradigmas para a relação contratual. 4. A cláusula *pacta sunt servanda* e a função social do contrato. 4.1. Teoria da quebra eficiente e a função social do contrato. 4.2. O ilícito civil de interferência e a função social do contrato. 5. A utilidade dos contratos para a sociedade. 6. Função social como segurança e estabilidade. 7. Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação contratual no direito brasileiro, a partir do Código Civil de 2002, passa por grandes transformações, que se refletem na flexibilização da cláusula *pacta sunt servanda*, que não mais mantém o prestígio da época da vigência do Código Civil de 1916, cuja inspiração decorreu da legislação portuguesa em vigor no Brasil assim como dos dois maiores códigos oitocentista, o *Code Civil* e o BGB, que primavam pela supervalorização do indivíduo e concebiam o contrato como resultante da liberdade contratual.

As modificações operadas na sociedade contemporânea, os novos valores prevalentes, de forma inevitável, transformaram o direito. Hodiernamente, o direito privado assume nova feição, caracterizada pela constatação de que o indivíduo é considerado como parte de um contexto mais amplo, a sociedade, deixando os seus direitos de serem considerados absolutos.

Tem-se por certo que a liberdade de contratar não pode ser meio de opressão do indivíduo economicamente mais fraco, muita vez impõe-se a interferên-

⁽¹⁾ Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade Sete de Setembro. Juiz Federal.

⁽²⁾ O presente trabalho foi produzido com base nos estudos realizados no âmbito do grupo de pesquisas sobre o direito de propriedade, no Programa de Pós-graduação da Universidade Federal d Ceará.

cia do Estado para que a igualdade real seja alcançada, não raro com a fixação de restrições à liberdade de contratar.

Expõem-se os novos rumos prevalentes no direito contratual brasileiro, em que a cláusula *pacta sunt servanda* é flexibilizada em razão do princípio da função social do contrato.

Defende-se que a função social, expressamente consagrada na legislação, funciona como um vetor interpretativo da noção de contrato e relaciona-se com a razão de ser do instituto e seu papel de permitir as trocas e a circulação de riqueza. Imperativa é apreciação funcionalizada dos contratos, em razão dos valores emanados pela Constituição Federal, devendo ser feito o alerta de que, não raro, a doutrina brasileira elabora argumentos que tendem a menosprezar a idéia de função social aplicada aos contratos.

Tenha-se em mente que atender à função social dos contratos significa, na prática, harmonizar dois grandes vetores jurídicos: segurança jurídica das relações e estabilidade social.

2. A CLÁUSULA *PACTA SUNT SERVANDA*: DAS ORDENAÇÕES AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Deixa-se de lado a abordagem da gênese da cláusula *pacta sunt servanda*, por ser realizada por inúmeros outros trabalhos apresentados no presente evento, inclusive na mesma seção de apresentação desta comunicação.

Contudo, deve ser pontuado que o contrato é fonte de obrigações no direito romano, sendo difícil imaginar que não fosse almejado o seu respectivo cumprimento. De certo que a sua melhor sistematização é devida ao direito canônico, para muitos a sua verdadeira origem.

No direito brasileiro, a cláusula é inserida através das Ordenações. Portuguesas, assumindo especial importância as Ordenações Filipinas, vigentes no período de 1603 a 1916. Trata-se de compilação jurídica baseada no direito romano, germânico, canônico e costumes locais, constando do Livro IV as regras obrigacionais. Do título I ao XXII constavam regras sobre a compra e venda, nas suas mais diversas modalidades; No título XXIII cuidava-se dos alugueres das casas; no título L do empréstimo que se chama mútuo e no título LII do contrato de empréstimo que se chama de comodato, desta regência emanando a nítida obrigação de cumprimento do pactuado.

As imensas lacunas levaram a busca de soluções jurídicas fora da lei, o que se acentuou com o advento da Lei da Boa Razão, o que explica a sua longevidade.

Exigida a elaboração de Código Civil pela Constituição de 1824, somente mais de 90 (noventa) anos depois foi a codificação, enfim, aprovada, em Projeto

de Clóvis Beviláqua, que entrou em vigor em 1917, após frustradas as tentativas de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos.

Jean Carbonier sugere a realização de pesquisa para verificar a influência do *Code Civil* nos demais países da Europa. O mesmo pode ser proposto em relação à América Latina. No Brasil, forte foi a influência, entretanto, em medida menor do que nos demais países, principalmente, como defende Clóvis do Couto e Silva, pela vinculação à tradição Portuguesa e, mediatamente, à tradição romana, o que se deve, muito, às ordenações Filipinas.

Segundo Pontes de Miranda, 900 artigos resultavam do antigo direito vigente, 170 do Código Francês, sendo os artigos remanescentes influência do direito alemão, a que fortemente se vinculavam Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua.

O Código Civil francês condensava vários séculos de evolução naquele direito, com grande referência ao direito consuetudinário e romano da idade média e do começo da modernidade. As idéias do sistema decorrente do *Code Civil* são bem explanadas por Giorgianni⁽³⁾ e por Duguit, para quem o sistema do Código de Napoleão é baseado na liberdade individual, o que implica na necessidade de reconhecimento da autonomia da vontade, que representaria a base de todo o sistema; da inviolabilidade do direito à propriedade, como o direito de usar, gozar e dispor de algo; do contrato, fonte criadora de relações jurídicas e da responsabilidade individual por culpa, responsabilidade subjetiva pela prática de ato que ofenda a direito de outrem⁽⁴⁾.

O Código Civil alemão também era consagração do liberalismo clássico, mas moldado em perspectiva diferenciada (pandectas). Estruturalmente era repartido em parte geral e especial, com a previsão de cláusulas gerais, permitindo maior abertura ao sistema⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

O Código brasileiro, com tais influências, é reflexo de sua época, expressão dos valores então vigentes e de uma sociedade capitalista colonial. Francisco Amaral destaca que “*sob o ponto de vista ideológico, consagrava o liberalismo*

⁽³⁾ V. *ob. cit.*, folhas 38/39.

⁽⁴⁾ V. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleon*, editora Heliasta S.R.L, Buenos Aires, a partir da pág. 235. Destaca o autor o caráter absoluto da propriedade, que tem por objeto a coisa apropriada e por sujeito passivo todos os demais indivíduos. Por ser absoluto pode implicar, inclusive, no direito de não usar, gozar ou dispor da propriedade.

⁽⁵⁾ V. Prediger, Carin: “A Noção de Sistema no Direito Privado e o Código Civil como Eixo Central”, em *A Reconstrução do Direito Privado*, coordenado por Judith Martins Costa, São Paulo: editora RT, 2002, págs. 145-173.

⁽⁶⁾ Defende a autora, *ob. cit.*, folhas 36, que, erroneamente, a maioria da doutrina comparatista entende que a maior contribuição do BGB ao Código Civil de 1916 foi quanto ao sistema, desprezando a influência de conteúdo. Acrescente que, na verdade, a sistematização do Código Civil Brasileiro é decorrente da obra de consolidação da Legislação Civil, de Teixeira de Freitas.

das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação e burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo.” ⁽⁷⁾

Paulo Luiz Netto Lôbo, no mesmo sentido, sustenta que *“a codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno do qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.”* ⁽⁸⁾

Luiz Edson Fachin, por sua vez, argumenta que *“o Código patrimonial imobiliário dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um standard de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos estrangeiros a essa definição. (...) sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da belle époque do movimento codificador, o Código Civil Brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.”* ⁽⁹⁾

O Código Civil brasileiro de 1916 foi o eixo de definição do direito privado no ordenamento nacional moderno, núcleo central do balizamento das relações entre os indivíduos. O reconhecimento da prevalência do princípio da autonomia privada no direito nacional, entendido como liberdade contratual, implica na admissão das conseqüências que nela repercutem, quais sejam: os princípios da força obrigatória e do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva e dispositiva das normas estatais do direito das obrigações ⁽¹⁰⁾.

O princípio da força obrigatória dos contratos, decorrente da liberdade de contratar, emana a idéia de que o contrato faz lei entre as partes contratantes (*Pacta Sunt Servanda*). É a base sobre a qual se sustenta a teoria contratual clássica. Já que as partes são livres para contratar, o contratado tem força de lei entre as mesmas, dele decorrendo os demais princípios.

⁽⁷⁾ *Ob. cit.*, pág. 647.

⁽⁸⁾ *Ob. cit.*

⁽⁹⁾ V. *A Reforma no Direito Brasileiro: Novas Notas sobre um Velho Debate no Direito Civil*, RT/Fasc. Civil, n. 87, volume 757, novembro de 1998, 64-69, pág. 65.

⁽¹⁰⁾ Amaral Neto, Francisco: *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, às págs. 367/368, sustenta: *Conseqüências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica e, no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento.*

O princípio dos efeitos relativos dos contratos, expresso pelo aforismo romano *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* (o ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros), significa que o contrato produz efeito apenas entre as partes, baseando-se na possibilidade das mesmas estabelecerem liames que as vincule ⁽¹¹⁾.

No Código Civil de 1916, era o princípio enunciado no artigo 928, que prescrevia que *a obrigação não sendo personalíssima, opera assim entre as partes como entre seus herdeiros*. No Código Civil de 2002 não há previsão específica. Trata-se do reconhecimento efetivo de que a força obrigatória dos contratos decorre da manifestação livre da vontade das partes, somente a elas podendo vincular ⁽¹²⁾.

O princípio do consensualismo expressa que basta o consentimento das partes para a concretização do contrato, ou seja, com o acordo de vontades, com a manifestação das vontades soberanas e livres, nascem as obrigações, vinculando as partes, sem necessidade de formalismos. No Código de 1916, era disposto que válidos eram os pactos desde que elaborados por sujeitos capazes, tivessem objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, na forma do disposto no artigo 82. Somente em exceção exigia-se a *traditio* da coisa ou o atendimento a formalismos exagerados.

O princípio da natureza dispositiva e supletiva das normas estatais do direito das obrigações significa que o acordo de vontades pode fazer surgir obrigações para os contratantes, sendo seus efeitos decorrentes da permissão do Estado para a produção de negócios jurídicos. A partir desse raciocínio, entende-se que as normas emanadas pelo Estado na seara do direito obrigacional, em sua grande maioria, são normas dispositivas ou supletivas. São exceções à regra as que disponham de forma expressa contrariamente, ou as que tenham natureza de ordem pública ou busquem preservar os bons costumes.

Contemporaneamente, em face das modificações sociais, novos padrões são estabelecidos.

⁽¹¹⁾ V. Rodrigues Júnior, Otávio Luiz, em *Autonomia da Vontade, Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e a Doutrina do Terceiro Cúmplice*, Anais do V Congresso Internacional e VIII Iberoamericano de Derecho Romano — *A Autonomia da Vontade e as Condições Gerais do Contrato, de Roma ao Direito Atual*, págs. 191-217.

⁽¹²⁾ Em crítica à concepção, Eduardo Sens dos Santos destaca, em *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*, Revista de Direito Privado, número 10, abril/junho de 2002, 9-37, pág. 25: *O direito contemporâneo não descarta do fato de que os contratos não afetam apenas as partes imediatamente a eles vinculadas. Como em um dominó, em que a queda de uma peça implica a da seguinte, o contrato irradia seus efeitos (benéficos ou maléficis) por onde quer que seja celebrado. Econômicos, jurídicos ou sociais os efeitos devem ser sopesados quando da celebração e revisão dos contratos*.

3. O CÓDIGO CIVIL DE 2002: NOVOS PARADIGMAS PARA A RELAÇÃO CONTRATUAL

A necessária vinculação entre direito e sociedade é fator fundamental para entender as modificações operadas na seara do direito privado na sociedade contemporânea. Concorde-se com Duguit, para quem os institutos jurídicos foram formados para atender as necessidades econômicas, assim as transformações das mesmas devem implicar em transformações dos institutos jurídicos (13).

Duguit expõe que a lógica e valores dos Códigos oitocentistas está superada, destacando que os mesmos são baseados em concepção puramente individualista do direito, sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo, enquanto atualmente é exigido sistema de direito de base social, assim entendido aquele sistema cujas regras se impõem ao indivíduo, fundadas na função social, em bases reais e não metafísicas (14) (15).

Melhor explicando a idéia que norteia o direito civil contemporaneamente, o autor expõe: “a *solidariedade social, ou melhor a interdependência social, deve ser compreendida cientificamente, não é um sentimento ou uma doutrina, não é sequer um princípio de ação. É um fato real possível de demonstração direta: é o fato da estrutura social mesma. (...) é possível comprovar que, qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade ou interdependência social está constituída por dois elementos que se encontram sempre, em graus diversos, com formas variáveis, entrelaçados a outros, mas que apresentam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos os povos e tempos. Tais elementos são as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social e as diversidades de necessidades e atitudes desses mesmos homens. Entenda-se, a solidariedade em face das semelhanças decorre das necessidades comuns que não podem os homens assegurar. Já a diversidade de atitudes e necessidades os une em razão da ajuda mútua, que pode ajudar a satisfação de necessidades diversas*” (16).

Francisco Amaral Neto aponta que o direito privado, a partir do direito civil, está envolvido em flagrante processo de transformação, adequando-se aos novos valores em vigor na sociedade. Defende que “a *segurança individual*

(13) *Ob. cit.*, págs. 235 e segs.

(14) *Ob. cit.*, pág. 173.

(15) Fachin, em *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000, pág. 10, relata que três eram os pilares fundamentais em que se assenta a estrutura do direito privado: o contrato como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre pessoas e sobre as coisas.

(16) *Ob. cit.*, págs. 182/183.

cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal, cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado Social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos, e com o reconhecimento da existência e eficácia da União estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tudo isto estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda do status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial” (17)

A supervalorização do indivíduo, necessária como fator de afirmação perante o Estado, elemento de consolidação do poder da burguesia, resta superada na sociedade contemporânea. Por conseqüência, inevitável é a modificação do cenário jurídico. O indivíduo deixa de ser o eixo central do direito privado, valorizado é o todo (sociedade) sem menosprezo da parte (indivíduo). Em tal contexto, os aspectos basilares do sistema oitocentista, propriedade como direito absoluto e contrato como modo de aquisição de propriedade, sofrem modificações.

Habermas destaca que a modificação do direito de propriedade, contemporaneamente condicionado à função social, acarretou a modificação de suas garantias correlatas, principalmente a liberdade contratual (18).

(17) Em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650, págs. 644 e 645. No trabalho, o autor detalha as transformações no âmbito do direito civil: 1. Constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado; 2. Personalização do direito civil, ou seja, sua humanização; 3. Desagregação do Direito Civil, com surgimento de novos ramos do direito; 4. Configuração de Microssistemas, leis especiais que regulam aspectos do direito privado; 5. Tendência para o pluralismo jurídico, ou seja, aceitação de outras fontes do direito que não o Estado; 6. Admissibilidade de normas individuais e concretas; 7. Prevalência da justiça em detrimento da segurança jurídica; 8. Prevalência do aspecto de conteúdo em detrimento do formalismo jurídico; 9. Complexidade da vida social e da respectiva normatividade; 10. Preocupação crescente com ética e moral; 11. Substituição do Código Civil pela Constituição na posição central do pensamento jurídico; 12. Relativização da dicotomia Estado-Sociedade Civil, com a subordinação do Estado ao sistema jurídico; 13. Resgate da idéia de direito como experiência problemática, imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento de ordem lógico-dedutiva. 14. Idéia de direito como sistema aberto, com a retomada da razão prática, do saber pragmático.

(18) *Ob. cit.*, págs. 178/179: Junto com a instituição central do direito privado, a propriedade, naturalmente são também atingidas as suas garantias correlatas, sobretudo a liberdade con-

O direito à propriedade não é mais absoluto, é condicionado à sua função social, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de um bem é vinculado à sua utilidade ou integração com o seu meio e com os demais membros da sociedade (19).

O direito civil contemporâneo, como expressão da sociedade em que é moldado e molda, torna relativo o aspecto patrimonial das relações, fenômeno nominado de repersonalização. Netto Lôbo defende que *“a patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotada pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1.º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”* (20)

Perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição. Na verdade, tal papel somente pôde ser exercido ante a ausência de constituições nos moldes modernos. As primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, preocupando-se apenas em delimitar o Estado mínimo. A codificação civil era o núcleo do direito privado, com conseqüências severas para os mais carentes economicamente.

Após a Constituição alemã de Weimar, as Constituições passaram a definir direitos e garantias individuais. No que se convencionou chamar de Estado Social, a Constituição passa a regular e limitar o poder econômico e refletir, de forma inevitável, no âmbito do direito civil. Passa o direito privado, embora mantida a sua autonomia dogmática e conceitual, necessariamente a estar inserido em contexto mais amplo que o conforma, definindo o seu alcance (21).

A Constituição Federal de 1988 é expressão da nova realidade, prevendo inúmeras normas basiladoras das relações particulares de indivíduos, tradicionalmente situados como de direito privado, o que impõe a releitura dos institutos clássi-

tratal. A relação contratual clássica supõe completa independência na definição das condições do contrato. Isto foi, entretanto, sujeito a fortes limitações. À medida que as relações jurídicas se equivalem de modo social-típico, os próprios contratos também procuram tornar-se esquematizados. A crescente padronização das relações contratuais normalmente reduz a liberdade do parceiro economicamente mais fraco, enquanto que o já citado instrumento do contrato coletivo deve exatamente restabelecer a igualdade de posição do mercado.

(19) A Constituição Federal do Brasil prevê nos artigos 5.º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos, a proteção ao direito à propriedade e a sua vinculação à função social do bem.

(20) Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navegandi, n. 33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=507>, capturado em 10 de julho de 2002.

(21) V. Tepedino, Gustavo: *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

cos, sob os valores eleitos pelo constituinte. Da mesma forma, a atividade do legislador infraconstitucional não poderá desprezar a supremacia constitucional e a importância dos princípios na unificação do sistema jurídico ⁽²²⁾ ⁽²³⁾.

No âmbito dos pactos particulares, deixa o contrato de ser encarado como simples instrumento de aquisição de propriedade, cujo conteúdo é livremente fixado pelas partes. Na sociedade contemporânea, caracterizada pela produção em massa e por uma dinâmica empresarial complexa, nem sempre é assegurado aos indivíduos o direito de optar sobre quando, com quem e como contratar, decorrências clássicas da autonomia privada.

Como consequência dos novos parâmetros do direito privado, a autonomia privada, e mais especificamente a autonomia contratual, tem sido redefinida, assumindo contornos de evidente restrição do âmbito de atuação dos particulares.

No Código Civil de 2002, expressão dos novos valores, a autonomia privada é regulada de forma diversa, sistematizada. Nos artigos 421 e 425, do capítulo I, do Título V, do Livro I da Parte Especial, em que se regulam as disposições gerais dos contratos. Funcionalizar o contrato significa vinculá-lo à realização dos valores constitucionalmente previstos.

4. A CLÁUSULA *PACTA SUNT SERVANDA* E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O Art. 421 do CC consigna que a liberdade de contratar será exercida: 1) em razão; e 2) nos limites da função social. Na lição de Judith Martins Costa:

A expressão “em razão da” indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si); outra, trans-subjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas

⁽²²⁾ Paulo Luis Netto Lôbo, na *ob. cit.*, defende que na atualidade não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

⁽²³⁾ V. Adriana Rocha de Holanda Coutinho, em “A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado”, em *Direito Civil Constitucional*, coordenação de Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros editores, 2002, 59-92.

como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual (24).

Fica bem exemplificado que a idéia de função social, e o valor de socialidade nela consubstanciados permeiam toda a nova moldura principiológica do direito contratual. Não existe mais uma liberdade contratual desvinculada de sua função social, de modo que a própria existência do direito de contratar está adstrita a esta função. A finalidade do exercício da liberdade passa a ser elemento de existência do próprio direito subjetivo.

Colocando a questão de outra forma, existe uma esfera de liberdade que é permitida aos indivíduos, pois o exercício adequado dessa liberdade consubstancia uma função social. Não se trata, contudo, de uma mitigação da autonomia da vontade, pois *“a moderna teoria do contrato não enfraqueceu a autonomia da vontade, apenas deu-lhe um approach tendo em vista o fortalecimento da verdadeira liberdade de contratar entre os personagens socioeconômicos tão desiguais”* (25).

Desta forma, a liberdade de contratar em desconformidade com a função social é um exercício não protegido pela ordem jurídica. Desta forma, é possível que o exercício irregular desse direito seja gênese de responsabilidade civil por ato ilícito, com fundamento na previsão do art. 187 do Código Civil: *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

O dispositivo considera que a tutela da ordem jurídica sobre um direito subjetivo deve levar em consideração a forma do exercício, legitimando-se o direito *a posteriori*. O exercício abusivo romperia o equilíbrio econômico social, gerando assim, independentemente de culpabilidade, a obrigação de reparação de danos.

O Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito Civil, do CJF — Conselho da Justiça Federal corrobora tal entendimento ao dispor: *“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se exclusivo no critério objetivo-finalístico”*.

Orlando Gomes, por sua vez, indica que *“o abuso de direito é uma fórmula elástica que permite conter toda ação que se reputa inconveniente à nova ideo-*

(24) MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o Princípio da Função Social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acessado em: 27-12-07.

(25) MANDIM, Adriana. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v.16, págs. 142-159, mar/abril, 2002, pág. 159.

logia das relações humanas, ao novo sentido que se vem emprestando ao comportamento social" (26).

Logo, fica clara a possibilidade de responsabilidade civil pelo exercício do contrato em desconformidade com a função social.

A doutrina já identifica algumas formas de abuso de direito em uma relação contratual: *venire contra factum proprium*, *supressio e surretio*, a regra *tu quoque* (27). Tais abusos levam em consideração os agentes dentro de uma relação contratual singularmente considerada. Trata-se, por conseguinte, do aspecto intersubjetivo da boa-fé, indicado pela professora Judith.

Quanto ao perfil trans-subjetivo da boa fé, de que forma é possível vislumbrar a possibilidade de um exercício irregular da liberdade de contratar em relação a terceiros relativamente? A resposta perpassa pela análise da nova perspectiva do princípio clássico da relatividade dos contratos, segundo o qual "o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem nem prejudicar nem aproveitar a terceiros" (28).

No momento atual, contudo, existe uma mudança de paradigma, pois segundo as normas e os valores da ordem jurídica vigente, a liberdade de contratação existe não mais para tutelar apenas os contratos entre partes individuais. Assim, é plenamente possível vislumbrar a figura de uma terceira parte, que alheia a um determinado contrato venha a sofrer o dano da relação contratual ou até mesmo venha a interferir com esta relação contratual. Nesse sentido, "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." (29)

O fundamento da responsabilidade daquele que interfere na relação contratual de outrem é exatamente o abuso de direito, o abuso da liberdade de contratar em conflito com a liberdade de outros, já sedimentada em um contrato prévio.

O ordenamento pátrio já apresenta dispositivos que ensejam a responsabilidade do terceiro infrator, como forma de desestimular as quebras contratuais, a exemplo do art. 608 do Código Civil, que estabelece responsabilidade daquele que alicia serviços alheios.

Por isso, fica claro que o ordenamento brasileiro alberga a "tutela externa

(26) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. pág. 124.

(27) GUERSONI, Angelo Junqueira. *Boa Fé Objetiva no Direito Contratual*. Dissertação de Mestrado. UFPR. Curitiba. 2006.

(28) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3.^a São Paulo: Atlas, 1996. pág. 26.

(29) ROSENVALD, Nelson. *A função social do contrato*. Revista MPMG Jurídico. Ano II — número 9 — abril/maio/junho de 2007. págs. 10/20. pág. 15.

do crédito”, permitindo a responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito do crédito. Trata-se de uma harmonização dos princípios da reparação do dano e da liberdade contratual, o que permite o aumento na confiança nos contratos e em sua estabilidade.

Essa preocupação do ordenamento com a estabilidade e confiança nas relações são pistas que permitem inferir de melhor forma os contornos da função social do contrato.

Por ora, fica consignada a inegável necessidade da funcionalização dos contratos, segamos a marcha para compreender o seu efetivo significado, no que pode ser útil uma aproximação de correntes contratualistas americanas.

4.1. Teoria da quebra eficiente e a função social do contrato

Para a compreensão exata da função social do contrato, impõe-se a compreensão exata de seu significado, o que tem por pressuposto a ponderação da mesma em face de novas reflexões que são trazidas à teoria contratual.

Muito debatida no direito americano, especialmente no contexto dos estudos do movimento *Law & Economics*, é a teoria da quebra eficiente, relativamente aos casos onde a quebra de um contrato (*breach*) seria socialmente eficiente. Trata-se da *efficient breach theory*, inicialmente imaginada em 1970, em um artigo de Robert Birmingham, que apresentou um modelo explicativo para as quebras contratuais eficientes. Sete anos mais tarde o termo foi introduzido por Charles Goetz e Robert Scot para batizar o novo tema ⁽³⁰⁾.

Igualmente influente no desenvolvimento desta teoria, está a famosa enunciação de Oliver Wendell Holmes, de que no sistema da *Common Law*, o dever de manter um contrato significa apenas a previsão de que se faz necessário o pagamento de danos se o contrato não for cumprido ⁽³¹⁾. De fato, esta visão onde o remédio para a quebra de um contrato é uma compensação monetária evoluiu no direito americano de modo a determinar como medida compensatória para uma quebra contratual o *standard de expectation damages*.

Esse padrão objetiva colocar aquela parte que sofreu a quebra contratual na mesma situação em que estaria caso o contrato tivesse sido realizado, ou seja, garantir à parte o ganho — lucro — esperado com a relação contratual.

O sistema de conseqüências judiciais para quebra de contratos na *Common Law* prioriza as compensações monetárias em detrimento das medidas de execução

⁽³⁰⁾ PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, Fordham L. Rev. Vol. 68. pág. 1085/1091. 2000. pág. 1086.

⁽³¹⁾ HOLMES, Oliver W. *The Path of Law*. Harvard Law Review, Vol. 110, No. 5. (Mar., 1997), págs. 991-1009.

específica — *specific performances*, que objetivam a efetiva realização do objeto contratual.

Assim, os defensores da teoria da quebra eficiente, argumentam que tal padrão encoraja a quebra contratual nos casos onde o ganho esperado por não se cumprir o contrato excede a perda daquele em face de quem foi descumprido o contrato. Nessas situações a quebra de um contrato pode levar a um resultado “pareto-superior” e desta forma, deveria ser permitida ou encorajada pelo direito.

Observe-se o seguinte exemplo prático: O indivíduo “A” contrata com “B” a venda de um determinado objeto por 100 (cem) reais. Contudo, antes da entrega, “C” oferece para “A” o valor de 150 (cento e cinquenta reais) pelo mesmo objeto. Se “A” quebrar o negócio e em razão disso “B” sofrer danos de 25 (vinte e cinco) reais, “A” poderá indenizar os danos sofridos por “B” e ainda guardar um lucro de 25 (vinte e cinco) reais em relação ao que teria se tivesse cumprido o contrato original.

O resultado é uma situação “pareto-superior”, pois “A” melhorou sua situação sem ninguém ter sido prejudicado. A eficiência para o grupo foi favorecida pela quebra.

Contudo, convém observar que o incentivo para descumprir um contrato quando o ônus de seu adimplemento é maior que o ônus de se pagar o valor dos danos, o incentivo é factual, prático, sendo desnecessária uma norma que assim o incentivasse.

Desta forma, a teoria da quebra eficiente passa a ter sua relevância não no plano explicativo, mas no plano normativo. As quebras eficientes, da forma como vislumbradas na teoria, só serão possíveis se o remédio para a quebra do contrato for o padrão dos *expectation damages*.

Com base nessas idéias, Richard Posner, um dos expoentes em *Law & Economics*, defende que a regra mais eficiente para regular inadimplementos contratuais é aquela que prescreve indenização pelos lucros esperados, garantindo ao devedor os incentivos para cumprir apenas os contratos eficientes⁽³²⁾.

A imposição, através da norma jurídica, de danos adicionais tais como *punitive damages* — danos punitivos utilizados em casos de responsabilidade civil por atos ilícitos — poderiam inviabilizar quebras eficientes.

Não só a imposição de danos adicionais seria contrária à quebra eficiente, mas a adoção de medidas de execução específica, de forma a induzir o adimplemento do contrato, seriam indesejáveis, pois poderiam desestimular as quebras eficientes.

De fato, uma das preocupações do sistema normativo é a eficiência das relações sociais e que através das transações entre os indivíduos os recursos

(32) POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6.^a Nova York: Aspen. 2003. pág. 120.

econômicos sejam alocados da forma mais eficiente e de modo a trazer o maior nível de bem estar ao grupo social integralmente considerado.

A teoria da quebra eficiente, contudo, traz em si algumas pré-suposições que necessitam ter a validade verificada, sob pena da mesma consistir tão somente um exercício hipotético.

Inicialmente, parecem ser imediatas duas suposições da teoria, que são plenamente identificáveis: 1) os custos necessários ao cumprimento do contrato; 2) o ganho esperado pela outra parte.

A teoria enunciada de forma hipotética é bastante sedutora, porém deixa de levar em consideração os diversos custos de transação envolvidos e o efeito da quebra perante a sociedade.

Observe-se, que a parte que quebra o contrato dificilmente será capaz de medir com precisão o custo que a existência de um precedente de quebra contratual irá representar em suas negociações futuras. Outro valor de difícil mensuração são as oportunidades de negócio perdidas pela outra parte em razão da quebra.

Os custos relativos a eventuais ações judiciais para discutir o valor da indenização devem ser levados em consideração e estes irão depender da previsibilidade do ordenamento jurídico.

Por fim, a teoria deixa de analisar o ônus imposto à sociedade. Se for amplamente aplicada, tal teoria implicaria no aumento dos custos de transação relativos à busca de informações sobre o mercado para identificar em que casos haveria a probabilidade da outra parte vir a quebrar o contrato sob o argumento da eficiência do descumprimento.

A quebra contratual mina o princípio mais básico que o direito contratual visa proteger: as expectativas e previsibilidade da conduta das partes contratantes.

A previsibilidade e expectativas das relações sociais e dos negócios jurídicos é um valor central da sociedade. Esse valor possui uma função social: permitir a estabilidade do instituto do contrato, tendo em vista o seu papel na realocação de recursos e na viabilização da atuação conjunta dos indivíduos.

Neste ponto, é interessante consignar a visão de Charles Fried, professor da Universidade de Harvard que indica que os contratos devem ser vislumbrados como promessas, carregadas de um elemento de obrigação não só jurídico, mas também moral. Ressalta ainda que o instituto da “promessa” é essencial à organização social pois permite a viabilização mútua dos objetivos individuais ao permitir a possibilidade de confiança numa conduta alheia futura:

É necessário que eu possa tornar adotar um curso de conduta não-opcional, que de outra forma seria opcional para mim. Fazendo isto, eu posso facilitar os projetos de outros, pois eu torno possível a estes contar

com minha conduta futura. Assim, poderão buscar projetos cada vez mais complexos e extensos (33).

A teoria da quebra eficiente transforma a opção de cumprir ou não um contrato num exercício matemático e análise de custo benefício. Contudo, esta análise é idealizada de forma estática, para uma situação e um contrato isoladamente considerado. Não se leva em consideração o perfil dinâmico das relações em uma economia de mercado.

Não se pode perder de vista que o objetivo da legislação ao estabelecer as formas e limites de reparação para as quebras contratuais visa substituir a autotutela dos indivíduos, ou seja, a força privada. Assim, a ordem normativa deseja encorajar o cumprimento dos contratos de forma plena de modo a proteger as expectativas contratuais validamente constituídas (34).

Como ressaltado, apesar das críticas, a teoria possui um grande apelo, especialmente na definição de limites na atribuição de danos relativos ao descumprimento contratual.

A teoria possui uma interpenetração com um ilícito do direito americano, o *tort of interference with contracts*. Trata-se de um ilícito que enseja responsabilidade civil daqueles que interferem de forma maliciosa, ilícita com relações contratuais.

4.2. O ilícito civil de interferência e a função social do contrato

No direito americano, o ilícito civil de interferência é vislumbrado em duas vertentes: 1) *interference with contracts*; e 2) *interference with prospective business* (35).

O primeiro pressupõe a existência de uma relação contratual na qual se interfere de forma a romper o vínculo existente. O segundo tão somente uma atuação que interfere com negócios futuros.

A existência de tal ilícito pressupõe uma noção de *fair play* dentro do mercado. Pretende-se reprimir que um determinado indivíduo atue de forma desleal ou desconforme o direito em relação às relações jurídicas de outrem. Tal concepção traduz-se no “*Unlawful Means Test*”, um padrão ou “teste” aplicado ao caso concreto pelos juízes para verificar a caracterização do ilícito.

(33) FRIED, Charles. *Contract as Promise*. Massachusetts: Harvard University Press. 1981. pág. 13.

(34) PERILLO, Joseph M. *idem*. pág. 1096.

(35) VARADARAJAN, Deepa. *Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited*. Yale Law Journal, Vol. 113, págs. 735/760. Nov/Dez 2001. págs. 741/742.

As origens deste ilícito deitam raízes nas relações entre locador e locatários e nas relações entre empregadores e empregados ⁽³⁶⁾. As cortes de justiça garantiam este remédio contra terceiros que induziam os locatários a sair e aos empregados a abandonar o emprego. Tal figura de ilícito surgiu exatamente porque, à época, não existia um remédio dentro da teoria dos contratos, pois tais relações eram por tempo indeterminado e podiam ser finalizadas a qualquer momento.

Outro precedente famoso ocorreu em 1853, no caso *Lumley v. Gye* ⁽³⁷⁾. Lumley era o dono de uma casa de ópera, que moveu a referida ação contra Gye, um dono de teatro rival, pois este teria induzido uma famosa cantora de ópera Joanna Wagner, a quebrar o contrato de performance com Lumley.

No caso, a tese defendida por Lumley era a extensão da regra de indução das relações de locador-locatário para a relação contratual em questão. A decisão da tribunal levou em consideração a natureza da relação sobre a qual recaiu a interferência e sua similaridade com a relações onde a atuação de um terceiro sobre uma relação obrigacional de outrem causa dano a uma das partes envolvidas.

Outro exemplo, mais atual e bastante conhecido tanto pelo seu caráter icográfico, como pelos elevados valores envolvidos é o caso “*Texaco v. Pennzoil*” ⁽³⁸⁾, em 1987.

Em um breve relato do caso, duas empresas da área de petróleo e gás, Pennzoil e Getty Oil, negociavam os termos da compra de parte das ações da segunda e uma possível fusão e reestruturação da mesma. Diversas tratativas já haviam sido realizadas, chegando-se aos fundamentos básicos de um acordo. Além disso, as duas empresas divulgaram ao mercado a existência desse princípio de acordo, segundo matéria do *Wall Street Journal* em 5 de janeiro daquele ano.

Entretanto, durante estas negociações e antes da formalização de um documento final, a sua divulgação despertou o interesse da Texaco. De fato, a aludida empresa propôs uma oferta pela integralidade das ações da Getty Oil por um valor superior ao oferecido pela Pennzoil. Os executivos e proprietários das ações da Getty Oil aceitaram a proposta da Texaco, emitindo um novo comunicado sobre a aquisição.

A Pennzoil moveu então uma ação de responsabilidade por ato ilícito (*tort*) contra a Texaco. O resultado foi uma indenização de bilhões de dólares a ser paga à Pennzoil, sendo reconhecido que a Texaco, de forma consciente, interferiu com uma relação contratual alheia.

⁽³⁶⁾ VARADARAJAN, Deepa. *idem.* pág. 744.

⁽³⁷⁾ *Lumley v. Gye* (118 Eng. Rep. 749 (Q.B. 1853)).

⁽³⁸⁾ “*Texaco v. Pennzoil*” (729 S.W. 2d 768, 843-844. 1987).

O interessante a ser observado é que foram estabelecidos danos punitivos na esfera de bilhões de dólares. O que ressalta que o valor elevado da condenação não só levou em consideração o preço de mercado da parte pretendida das ações da Getty Oil, os custos que a Pennzoil teve com a negociação e a posição que estaria caso o contrato tivesse sido adimplido, mas foi além e estabeleceu uma condenação adicional — *punitive damages* — com o intuito de punir a conduta da Texaco, bem como de prevenir condutas similares.

Esta noção de que existe um ilícito civil, um errado (*tort*), em interferir com um uma relação contratual alheia, punível em valores adicionais aos da mera compensação pela quebra do contrato, ressalta de forma clara a existência um interesse social em preservar a tranqüilidade e a estabilidade das relações contratuais.

Na ótica da teoria da quebra eficiente, tais danos punitivos não deveriam ser estabelecidos, pois eles estariam a “artificialmente” inviabilizar as quebras eficientes, teoricamente mais benéficas à sociedade.

Cria-se um contraponto entre dois argumentos que, ao menos em teoria, são bastante cativantes. Devem ser equilibrados o interesse da sociedade na estabilidade das relações contratuais e o interesse social que o sistema contratual permita que os recursos sejam realocados de forma eficiente.

É posicionamento deste trabalho que este contraponto é apenas aparente e encontra sua solução ao se buscar a compreensão do que representa, qual a utilidade do contrato para a sociedade, qual a sua “função social”.

Antes de efetuar tal análise, é interessante verificar no direito interno, como a idéia de uma função social de contrato pode ser utilizada para consubstanciar a existência de um ilícito civil, similar ao *tort of interference*.

5. A UTILIDADE DOS CONTRATOS PARA A SOCIEDADE

É proposta deste trabalho que a razão de ser do contrato e sua verdadeira “função social” é permitir a efetiva cooperação dos indivíduos em sociedade e permitir uma contínua realocação dos recursos no mercado, reduzindo os custos de transação e permitindo a estabilidade e desenvolvimento sociais.

Para Robert Cooter e Thomas Ulen, o propósito primeiro do contrato é permitir a cooperação entre os indivíduos ao transformar jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas ⁽³⁹⁾.

Conforme já mencionado, existe um interesse dos indivíduos em poder pla-

⁽³⁹⁾ COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law and Economics*. 3.^a Adison Wesley Series in Economics. 2000. pág. 187.

nejar para o futuro podendo tomar por certas as condutas de outrem. Por essa razão, os indivíduos entram em acordos e fazem promessas.

Neste ponto, o que existe são apenas promessas, que em abstrato não contam com qualquer elemento externo de efetivação. Contudo, é também do interesse individual que os termos estabelecidos sejam cumpridos, através de uma estrutura efetiva.

Do contrário, os custos (de transação) com o próprio ato de contratar seriam elevados, pois as partes estariam em constante preocupação e vigilância para assegurar que a outra parte vai cumprir suas obrigações.

Desta forma, há um interesse em criar regras e um sistema de conseqüências de modo a criar incentivos ao cumprimento dos contratos. A explicação teórica é encontrada na chamada Teoria dos Jogos, que estuda as diversas estratégias para tomadas de decisão frente a situações com regras determinadas. Nas palavras de Paulo Furquim:

“Em resumo, há casos — bastante comuns, diga-se de passagem — em que a ação na busca do interesse individual resulta em uma situação indesejável pelo coletivo. Em outras palavras, ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar um resultado pior para todos. Há ganhos, portanto, ao limitar o comportamento das partes (em especial aquele que é desejado do ponto de vista individual), com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior.” (40)

Inegável que a função econômica do contrato se confunde com sua função social. A sociedade necessita para sua estabilidade e desenvolvimento de um instrumento que permita criar um sistema de conseqüências para os acordos ou promessas que os indivíduos fazem de modo a garantir um mínimo de segurança e estabilidade dentro da sociedade e de modo a viabilizar o planejamento e desenvolvimento das relações sociais. O contrato é este instrumento.

Assim, a função social do contrato é a de garantir a estabilidade das promessas e dos acordos como uma forma de servir ao bem comum. Para atingir este bem comum os contratos devem incentivar a confiança nas relações e na viabilidade do próprio ato de contratar, desta forma criando mercados robustos e permitindo o desenvolvimento da sociedade (41).

(40) SZTAJN, Rachel; Zylbersztajn, Décio. *Direito e Economia*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005. págs. 115/116.

(41) RUSSELL, Irma S. *The Broken Promise of Efficient Breach: Sacrificing Certainty for False Efficiency*. University of Tulsa. 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/irma_russell/2> pág. 9.

Na lição de Charles Fried, os contratos são um aparato convencional na sociedade através dos quais permitem transformar uma troca futura em uma atual. Tratam-se de um mecanismo que os contratantes invocam, cada qual com consciência de que o outro está a invocar o mesmo mecanismo ⁽⁴²⁾.

Quanto mais certa for a previsibilidade do correto funcionamento desse aparato convencional (o contrato), mais e mais indivíduos o irão utilizar, desta forma, criando um mecanismo eficiente para a interação social e com isso a circulação e produção de riquezas.

6. FUNÇÃO SOCIAL COMO SEGURANÇA E ESTABILIDADE

De todo o exposto, propomos que a função social do contrato está calcada exatamente no que representa o contrato para a sociedade.

Trata-se de um mecanismo que permite a cooperação entre os agentes sociais e objetiva gerar uma estabilidade social, evitando conflitos e a auto tutela dos indivíduos ao estabelecer um sistema de conseqüências que tanto incentiva o adimplemento, como estabelece compensações para os descumprimentos.

A efetividade dos contratos estimula ainda mais a realização dos mesmos ao promover a confiança entre os indivíduos permitindo mercados cada vez mais fortes e amplos.

Acreditamos que a função social é exatamente uma harmonização entre esses dois pólos de utilidade dos contratos para a sociedade: segurança jurídica das relações e estabilidade social.

A segurança jurídica das relações, como já identificado no trabalho é elemento essencial para que os contratos dotem os indivíduos da previsibilidade para o planejamento futuro.

Interpretar o contrato como um mecanismo de promoção da pacificação social possui algumas implicações de ordem prática. Dentro dessa perspectiva, os contratos não podem ser utilizados para realizar operações ou negócios que resguardem valores contrários aos da pacificação social.

Trata-se de ir além de observar o defeito de validade dos negócios jurídicos cujo objeto seja contrário ao direito. É necessário perceber que disposições contratuais, ainda que formalmente lícitas, que estejam em confronto com valores fundamentais e essenciais do ordenamento exorbitam a função social do contrato, permitindo a sua alteração através da via judicial.

Na perspectiva de que a função social do contrato determina que este funcione como elemento estabilizador das relações sociais, cláusulas que promovem

⁽⁴²⁾ FRIED, Charles. *idem.* pág. 14.

conflitos ou a instabilidade das relações sociais exorbitam a função social e desta forma, não contam com a proteção conferida pelo outro pólo da função social — a esfera de autonomia da vontade concebida em moldes clássicos.

Acreditamos ser este o fundamento que permite uma explicação coerente para as diversas hipóteses consagradas na legislação sobre a alteração de disposições contratuais, como a resolução de contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou força maior (art. 393, Código Civil) ou em razão de acontecimentos imprevisíveis o tomarem excessivamente oneroso para uma das partes (art. 478-480, Código Civil); ou o reajuste das prestações, além de todas as disposições restritivas do espaço da autonomia da vontade no âmbito das relações de consumo.

Assim, sob esta perspectiva, poderíamos formular a idéia de que a função social do contrato é assentada no binômio segurança jurídica das relações e promoção dos valores de estabilidade social.

7. CONCLUSÃO

Por conclusão aponta-se que:

Todo contrato atende uma função social. Mesmo os contratos mais simples possuem ao menos a função social identificada com o primeiro pólo — segurança jurídica das relações. Devem ser tratados com respeito ao princípio do *pact sunt servanda* como forma de promover o instituto do contrato como um todo.

A previsibilidade de que os acordos serão cumpridos promove a confiança dos indivíduos em adentrar contratos cada vez mais complexos permitindo a circulação e criação de riquezas. Esta é a função mais tradicional e possivelmente a razão da criação do instituto.

O próprio judiciário ao decidir um litígio decorrente de um contrato assegurando o que foi devidamente pactuado está a promover a função social do contrato como mecanismo eficiente de alocação de recursos na sociedade.

Pode-se chamar esta de função social originária do contrato.

Por outro lado, o contrato enquanto instrumento de estabilidade e paz social não pode ser utilizado de forma a violar os valores sociais vigentes, sob pena de promover conflitos e insatisfação social.

Assim, a liberdade de contratar, interessante à sociedade como mecanismo de realocação de recursos, deixa de ser desinteressante se os contratos estiverem a consubstanciar valores aos quais a sociedade reputa negativos.

Conferir efetividade a tais tipos de contratos ou de dispositivos contratuais seria tanto uma ofensa aos valores e princípios do ordenamento, que possuem normatividade própria, como um contra estímulo ao próprio instituto do contrato.

Pode-se chamar esta de função social instrumental do contrato, que complementa a função social originária ao permitir que o contrato seja um mecanismo de efetivação e consoante os valores sociais.

Assim, compete ao ordenamento a repressão a este tipo de contratos ou estipulações contratuais, seja através da declaração de nulidade dos negócios jurídicos, seja através da alteração dos contratos pela via jurisdicional.

Questões como a responsabilidade civil do terceiro ofensor, a existência de ofensas a terceiros alheios ao contrato, as críticas a teoria das quebras contratuais eficientes, podem ser resolvidas como corolários desse pólo da função social.

Consustanciando tal entendimento, verifica-se da praxe forense que não é a aplicação da função social originária que tem causado debates, mas a aplicação da função social instrumental. O judiciário deve pautar-se sempre por uma conduta de prudência ao aplicar a função social do contrato para alterar determinado contrato.

A alteração deve ser realizada no limite da preservação do valor social atingido pela estipulação sob pena da atuação do magistrado ao utilizar a função social instrumental vir a macular a função social originária do contrato.

Esta visão bipolar da função social do contrato é uma proposta de perspectiva que pretende ilustrar esse caráter peculiar do contrato, útil ao interesse individual para a realização de trocas e ao mesmo tempo interesse da sociedade em se consubstanciar em uma verdadeira rede de relações, propiciando estabilidade e desenvolvimento para o grupo social.

