

## A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, A QUEBRA EFICIENTE E O TERCEIRO OFENSOR

João Luis Nogueira Matias \*\*

Afonso de Paula Pinheiro Rocha \*

### RESUMO

O trabalho objetiva apresentar uma nova perspectiva da função social dos contratos como sendo um binômio envolvendo estabilidade social e cooperação nas relações sociais. Como forma de ilustrar o ponto que se pretende demonstrar é feita uma breve exposição sobre as teorias da quebra eficiente do contrato e a tutela externa do crédito na figura do terceiro ofensor. São identificadas as críticas à teoria americana da quebra eficiente do contrato, ressaltando que toda quebra impõe uma série de custos de transação que são dificilmente mensuráveis *a priori*, invalidando uma das premissas da própria teoria. Quanto à idéia do terceiro ofensor, verifica-se que a possibilidade de responsabilizar um terceiro pela interferência em contrato alheio revela uma preocupação do sistema com a salvaguarda da estabilidade das relações contratuais, como um dos objetivos do ordenamento jurídico. O contrato é ainda apresentado ainda como uma forma de infra-estrutura social, ao permitir uma realocação de recursos, sendo este um dos aspectos de sua função social. Por fim, apresenta-se uma visão da função social do contrato como possuindo uma função social originária relativa que seria a de garantir as expectativas das partes permitindo a cooperação dos indivíduos. Existiria ainda uma função social instrumental pela qual o contrato deve ser utilizado para promover os valores sociais vigentes, especialmente os de justiça e lealdade social, como forma de promover ainda mais a utilização do instituto.

**PALAVRAS CHAVES:** CONTRATO, FUNÇÃO SOCIAL, TERCEIRO OFENSOR, QUEBRA EFICIENTE.

---

\*\* Juiz Federal. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC e da UNIFOR.

\* Mestrando em Direito pela UFC. Pós-graduando – MBA em Direito Empresarial pela FGV. Ex-Bolsista CAPES.

## **ABSTRACT**

The paper attempts to show a new perspective on the social function of contracts as a duality involving social stability and cooperation between individuals. As a way to illustrate the point it is made a brief exposition on the theories of efficient breach of contracts and the external protection of credit in the notion of a third offender of contractual relations. It identifies the critics regarding the American theory of efficient breach, emphasizing that every breach of contract implies transaction costs that are hard to measure *a priori*, therefore invalidating the very premises of the theory. In regard of the idea of the third offender, it is possible to make an individual liable for his interference with contractual relations of third parties. That reveals the concern of the juridical system in preserving contractual relations. The contract is also shown as social infra-structure, as it allows re-allocation of resources, being this feature one of the aspects of social function. In conclusion, it is shown a perspective of contract as having an ordinary social function as a way to secure individuals expectations and allow cooperation among them. There is also an instrumental social function of contract, by which contracts are to be used as a way to secure social values, specially justice and social loyalty, and thus fostering even more the use of the institute.

**KEYWORDS:** CONTRACT; SOCIAL FUNCTION; THIRD OFFENDER; EFFICIENT BREACH.

## **INTRODUÇÃO**

O artigo parte da idéia de que a noção de função social, expressamente consagrada na legislação, funciona como um vetor interpretativo da própria noção de contrato e relaciona-se com a razão de ser do instituto do contrato e seu papel de permitir as trocas e a circulação de riqueza. Antes, é defendida a necessidade de apreciação funcionalizada dos contratos, em razão dos valores emanados pela Constituição Federal, vez que, não raro, a doutrina elabora argumentos que tendem a menosprezar a idéia de função social aplicada aos contratos.

Perquirir-se-á a figura do terceiro ofensor em comparação com as teorias americanas relacionadas com o ato ilícito (*tort*) de interferências ilícitas em relações contratuais (*tortious interference with contractual relations*).

Far-se-á ainda o estudo da teoria da “quebra eficiente” do contrato, suas origens, a perspectiva da análise econômica do direito, os pressupostos para a aplicação da teoria, as críticas e os reais impactos que sua aplicação tem nos custos de transação das relações contratuais.

Por fim, será feita a verificação das implicações recíprocas dos temas. O trabalho apresenta a ponderação de que a função social do contrato é um comando para que a prática contratual não seja utilizada de tal forma que venha a minar as próprias bases de sustentação do instituto do contrato e sua razão de ser - um mecanismo para a alocação eficiente de recursos.

Dessa forma, conclui-se que a função social reside na harmonização prática de dois grandes vetores jurídicos: segurança jurídica das relações e estabilidade social.

## **1. NOVOS PARADIGMAS PARA A TEORIA DOS CONTRATOS**

A funcionalização dos direitos é realidade que decorre da Constituição brasileira de 1988, que faz a previsão da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos, artigo 1º, inciso III, e da solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens.

Com o advento do Código Civil de 2002, os valores dos Códigos oitocentistas são expurgados da ordem jurídica nacional, sendo rejeitada a idéia do indivíduo como centro do universo e a propriedade, seu reflexo patrimonial, deixa de ser absoluta, como é percebido pelo teor do artigo 1228, e seus parágrafos.

O enfoque social do Código repercute no plano contratual, devendo os contratos ser instrumentos de realização da justiça social.<sup>1</sup> Essa alteração de paradigmas

---

<sup>1</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz, em *Contrato e Mudança Social*, RT ano 84, volume 722, dezembro de 1995, página 44, expressa com clareza o novo ideário: “o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicos e sociais praticadas em cada momento

implica numa necessária revisão da principiologia clássica, “à luz de outros paradigmas de ordem ética e política”.<sup>2</sup>

A construção do novo código orientou-se por uma tríade de valores considerados essenciais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Tais valores procuram espelhar representam a preocupação da sociedade atual. A eticidade comanda a inclusão de padrões – *standards* – éticos que devem permear as condutas da vida civil. A socialidade impõe a percepção da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais. A operabilidade reflete uma preocupação com a eficiência e repercussão prática das normas na efetivação dos direitos.

Desta forma, não só a construção de um novo código, mas a própria evolução do direito civil indica tanto uma publicização como uma constitucionalização do direito civil. A *publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX*.<sup>3</sup> A constitucionalização, por sua vez, indica um movimento com a perspectiva de submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionais.

A esfera do privado abandonou um caráter de núcleo impenetrável para admitir uma maior ingerência por parte do Estado, consubstanciada, tanto na regulação expressa como na adoção de normas de “textura aberta”, amoldáveis ao caso concreto de acordo com os delineamentos dos valores envolvidos.

Essa evolução se faz ainda mais sensível quanto a disciplina dos contratos, tendo em vista a redação de dispositivos como o art. 421 e 422 do Código Civil, que consignam:

*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

---

*histórico. O modelo liberal tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceitual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo o direito”.*

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus Críticos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acessado em: 07/01/08.

<sup>3</sup> LOBO, Paulo Luis Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

Abre-se um espaço para que as normas sejam interpretadas mediante a técnica própria do direito constitucional de ponderação entre os princípios envolvidos, especialmente na impossibilidade de definição *a priori* do conteúdo exato de expressões como “função social” e “boa-fé”.

O intérprete deverá adotar os valores sobre os quais a nova ordem civil está fundada como horizonte de pré-compreensão para que, através da atividade interpretativa, possa fixar o conteúdo da norma sobre o caso concreto.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL, LIBERDADE DE CONTRATAR E ABUSO DE DIREITO

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 como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual.<sup>4</sup>*

Fica bem exemplificado que a idéia de função social, e o valor de socialidade nela consubstanciado 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

---

<sup>4</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o Princípio da Função Social dos contratos**. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acessado em: 27/12/07.

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”*.<sup>5</sup>

Como já ressaltado, não se pode verificar o exato conteúdo da idéia de “função social”, porém esse conteúdo é parte essencial para a própria existência do direito em questão.

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 ideologia das relações humanas, ao novo sentido que se vem emprestando ao comportamento social”*.<sup>6</sup>

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

---

<sup>5</sup> MANDIM, Adrinana. **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, p.142-159, mar/abril, 2002, p.159.

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 124.

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*.<sup>7</sup>

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*”.<sup>8</sup>

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*.”<sup>9</sup>

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.

---

<sup>7</sup> GUERSONI, Angelo Junqueira. **Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. Dissertação de Mestrado. UFPR. Curitiba. 2006.

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral dos contratos**. 3ª. São Paulo: Atlas, 1996. p. 26.

<sup>9</sup> ROSENVALD, Nelson. **A função social do contrato**. Revista MPMG Jurídico. Ano II - número 9 - abril/maio/junho de 2007. p 10/20. p. 15.

Por isso, fica claro que o ordenamento brasileiro alberga a “tutela externa 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, seguimos a marcha para compreender o seu efetivo significado.

### **3. EFFICIENT BREACH THEORY E SUAS CRÍTICAS**

Existe uma teoria muito debatida no direito americano, especialmente no contexto dos estudiosos do movimento *Law & Economics*, 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

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 of 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.

---

<sup>10</sup> PERILLO, Joseph M., **Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference** Fordham L. Rev. Vol. 68. p. 1085/1091. 2000. p. 1086.

<sup>11</sup> HOLMES, Oliver W. **The Path of Law**. Harvard Law Review, Vol. 110, No. 5. (Mar., 1997), pp. 991-1009

O sistema de conseqüências judiciais para quebra de contratos na *Common Law* prioriza as compensações monetárias em detrimento das medidas de execução 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. Uma aplicação em maior magnitude é advogada pelos partidários da teoria para a sociedade.

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.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 6ª. Nova York: Aspen. 2003. p. 120.

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 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.<sup>13</sup>*

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 auto-tutela 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.<sup>14</sup>

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

---

<sup>13</sup> FRIED, Charles. **Contract as Promise**. Massachusetts: Harvard University Press. 1981. p. 13.

<sup>14</sup> PERILLO, Joseph M. *idem*. p.1096.

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. TORTIOUS INTERFERENCE WITH CONTRACTS**

No direito americano, o ilícito civil de interferência é vislumbrado em duas vertentes: 1) *interference with contracts*; e 2) *interference with prospective bussines*.<sup>15</sup>

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.

As origens deste ilícito deitam raízes nas relações entre locador e locatários e nas relações entre empregadores e empregados.<sup>16</sup> 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*<sup>17</sup>. 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

---

<sup>15</sup> VARADARAJAN, Deepa. **Tortious Interference and the Law of Contract: *The Case for Specific Performance Revisited***. Yale Law Journal, Vol. 113, p. 735/760. Nov/Dez 2001. p. 741/742.

<sup>16</sup> VARADARAJAN, Deepa, *idem*. p. 744.

<sup>17</sup> *Lumley v. Gye* (118 Eng. Rep. 749 (Q.B. 1853)).

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 iconográfico, como pelos elevados valores envolvidos é o caso “*Texaco v. Pennzoil*”<sup>18</sup>, 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 Texaco, analisando o possível valor das ações da Getty Oil e os possíveis benefícios de uma aquisição. Assim, a Texaco 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 *press release* 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.

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, ou os custos que a Pennzoil teve com a negociação e a posição que estaria caso o contrato tivesse sido adimplido. A ordem jurídica americana 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

---

<sup>18</sup> “*Texaco v. Pennzoil*” (729 S.W. 2d 768, 843-844. 1987).

compensação pela quebra do contrato, ressalta de forma clara a existência de 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. É no interesse da sociedade o equilíbrio e estabilidade das relações contratuais da mesma forma que é no interesse social que o sistema contratual permita que os recursos sejam realocados de forma eficiente àquele que o mais valoriza.

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.<sup>19</sup>

Conforme já mencionado, existe um interesse dos indivíduos em poder planejar 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

---

<sup>19</sup> COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and Economics**. 3ª. Adison Wesley Series in Economics. 2000. p. 187.

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 sua parte do acordo.

Desta forma, há um interesse em criar regras e um sistema de conseqüências de modo 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.”<sup>20</sup>*

Assim, 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 o 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.<sup>21</sup>

Para melhor ilustrar o ponto sobre a função social do contrato, permita-se a seguinte analogia.

---

<sup>20</sup> SZTAJN, Rachel; Zylbersztajn, Décio. **Direito e Economia**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005. p.115/116.

<sup>21</sup> 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](http://works.bepress.com/irma_russell/2)> p. 9.

O valor dos idiomas é diretamente proporcional ao número de indivíduos que dele se utilizam. Observe-se que um dialeto de uma tribo no interior da Amazônia pode ser incrivelmente belo, com uma sonoridade ímpar para cada palavra, porém, do ponto de vista social não é tão útil para a sociedade como um todo pois se trata de uma linguagem restrita a poucos indivíduos.

Línguas como o inglês e o espanhol, por sua vez, tem alto valor, pois são largamente utilizadas, são “convenções” que permitem uma interação entre vários indivíduos com alto grau de estabilidade (os sentidos das palavras são conhecidos, o que gera confiança das partes sobre a existência de entendimento entre as mesmas).

Os contratos seguem uma sistemática similar. Ainda 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 uma mecanismo que os contratantes invocam, cada qual com consciência de que o outro está a invocar o mesmo mecanismo.<sup>22</sup>

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 agente 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.

---

<sup>22</sup> FRIED, Charles. *idem*. p.14.

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 líticas, 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 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 de 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 tornarem 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 função social do contrato é o binômio segurança jurídica das relações e promoção dos valores de estabilidade social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As ponderações aqui consignadas, bem como a concepção de função social construída possuem algumas implicações para a teoria da função social.

1. 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 *pacta sunt servanda* como forma de promover o instituto do contrato como um todo dentro da sociedade.

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.

2. 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 à 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 repreensão 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.

Consubstanciando 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 bi-polar 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.

## **REFERÊNCIAS**

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and Economics**. 3ª. Adison Wesley Series in Economics. 2000. p. 187.

FRIED, Charles. **Contract as Promise**. Massachusetts: Harvard University Press. 1981. p. 13.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 124.

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

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

LOBO, Paulo Luis Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

MANDIM, Adrinana. **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, p.142-159, mar/abril, 2002, p.159.

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

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

POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** 6<sup>a</sup>. Nova York: Aspen. 2003.

REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus Críticos.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acessado em: 07/01/08.

ROSENVALD, Nelson. **A função social do contrato.** Revista MPMG Jurídico. Ano II - número 9 - abril/maio/junho de 2007. p 10/20.

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](http://works.bepress.com/irma_russell/2)> .

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

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral dos contratos.** 3<sup>a</sup>. São Paulo: Atlas, 1996.