

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO E O CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO DE TERCEIROS

Danilo Candido Portero¹

Resumo: O contrato com eficácia de proteção de terceiros surge no século XX como criação jurisprudencial no direito alemão, baseado principalmente no princípio da boa-fé. Essa nova categoria obrigacional confere deveres de proteção a terceiros que estejam em uma posição tipicamente similar ao do credor e possuam uma relação de proximidade com o vínculo contratual. Considerando que a liberdade de contratar no Brasil é exercida em razão e nos limites do princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, o presente estudo visa investigar em que medida o reconhecimento desse princípio implica na admissão do contrato com eficácia de proteção de terceiros no Direito Brasileiro.

Palavras-Chave: função social, contrato com eficácia de proteção de terceiros, autonomia privada.

THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE BRAZILIAN LAW AND THE BENEFICIAL TO THIRD-PARTY PROTECTION'S CONTRACT

Abstract: The beneficial to third-party protection's contract was created in the 20th century by the Courts of Germany, mainly based on the principle of goodwill. This new obligational category confers duties of protection to third parties that are in a similar position to the creditor and hold a proximity relation to the

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça do Brasil.. Advogado.

contractual bond. Considering that the liberty to contract in Brazil is exercised due to and within the limits of the principle of contract's social function, regulated on article 421 of the Civil Code, the present study intends to investigate to what extend the recognition of this principle implies in the admission of the beneficial to third-party protection's contract in Brazilian Law.

Keywords: social function, beneficial to third-party protection's contract, privacy autonomy.

1 INTRODUÇÃO



contrato com eficácia de proteção de terceiros surge no século XX como criação jurisprudencial no direito alemão, baseado principalmente no princípio da boa-fé e reconhece deveres de proteção a terceiros que possuem uma relação de proximidade com o vínculo contratual.

Considerando que a liberdade de contratar no Brasil é exercida em razão e nos limites do princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, o presente estudo visa investigar em que medida o reconhecimento desse princípio implica na admissão do contrato com eficácia de proteção de terceiros no Direito Brasileiro.

Para isto, em um primeiro momento abordou-se aspectos gerais dos contratos no Direito Brasileiro, como o seu conceito, a superação da autonomia privada em relação à autonomia da vontade, eficácia relativa dos contratos e, é claro, o princípio da função social e a sua dupla eficácia.

A seguir, concentrou-se a investigação sobre a figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros no Direito Alemão, realizando uma breve análise histórica sobre o instituto.

Procedeu-se, ainda, ao estudo sobre essa nova categoria obrigacional no Direito Português, em razão da inexistência de

previsão legal específica sobre assunto, o que acredita pode contribuir para a discussão da matéria no Brasil.

Por fim, após a abordagem da função social do contrato no Direito Brasileiro, investigou-se em que medida a sua aplicação implica no reconhecimento do contrato com eficácia de proteção de terceiros no Direito Brasileiro.

2 O CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 CONCEITO

O contrato, um dos instrumentos mais antigos da história e principal fonte do direito das obrigações, foi concebido em Roma na época clássica e pelos juristas,² sendo inicialmente caracterizado por sua rigidez, com a sobreposição do aspecto formal em relação à vontade das próprias partes contratantes³.

Negócio jurídico por excelência, o contrato consiste em um “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação do outro) contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses”⁴. Ou, ainda, “como o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos”⁵.

Precisamente no Direito Brasileiro, onde concentra-se o objeto principal do presente trabalho, costuma-se dividir o conceito de contrato em duas principais correntes: clássica e

² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 7, Direito das obrigações: contratos. negócios unilaterais. 2. reimpressão da 1. edição do tomo II da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2016, p. 61.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 364.

⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. I, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 181.

⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1: Introdução. Da constituição das obrigações, 13. ed., 2016, p. 183.

moderna. Dentre os clássicos, Clóvis Beviláqua afirmava ser o contrato um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”⁶. Segundo a corrente moderna, Maria Hela Diniz sustenta que “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”⁷.

Não se olvida, ainda, a existência de uma terceira corrente, denominada pós-moderna, em que se afirma que o contrato é “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”⁸.

No Direito Brasileiro, cabe, portanto, à doutrina a tarefa de conceituar a figura do contrato, considerando que o Código Civil brasileiro de 1916 (Lei n° 3.071/1916) e o atual de 2002 (Lei n° 10.406/2002) foram omissos a esse respeito, muito embora no título VI do atual Código se verifiquem conceitos de algumas espécies de contratos⁹.

Outro importante ponto a ser destacado sobre a teoria geral dos contratos no sistema jurídico brasileiro, refere-se à forte aproximação do Código Civil de 2002 com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/1990).

Denominada tese do diálogo das fontes, defende-se a

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 194.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

⁹ O Código Civil brasileiro de 2002 prevê, em vinte capítulos, vinte e três espécies de contratos nominados (arts. 481 a 853) e cinco de declarações unilaterais da vontade (arts. 854 a 886 e 904 a 909), além dos títulos de crédito, tratados separadamente (arts. 887 a 926). V. BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

ideia de que tais sistemas legislativos não se excluem, mas antes se complementam, o que pode auxiliar na conceituação do contrato, em razão da omissão legislativa. Como precursora da teoria no Brasil, Cláudia Lima Marques defende:

Parece-me que o CDC tende a ganhar com a entrada em vigor do CC/2002, pois seus princípios básicos são quase os mesmos. Como vimos, quatro são os princípios básicos do CDC que afetam diretamente o novo direito obrigacional brasileiro: o da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. O primeiro tem reflexo direto no campo de aplicação do CDC, isto é, determina quais relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e de seu sistema de combate ao abuso. O segundo estabelece as bases da garantia legal de produtos e serviços, e possibilita a imputação de uma responsabilidade objetiva para toda a cadeia de fornecimento. O terceiro princípio é basilar de toda conduta contratual, mas aqui deve ser destacada a função limitadora da liberdade contratual. O quarto princípio tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, mas pode ser aqui destacada a sua função de manutenção da relação no tempo. Note-se que, à exceção do princípio especial da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros três princípios do CDC encontram-se hoje incorporados no sistema geral do direito privado, pois presentes no novo Código Civil, como vimos. Repita-se, pois, que, se o espírito do diálogo das fontes aqui destacado prevalecer, é necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister é preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes, concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos na relação contratual. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado¹⁰.

De se salientar também que, nos dias de hoje, torna-se

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima Marques; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52.

imprescindível reler o contrato sob o *prima* da Constituição Federal de 1988, visto que os contratos devem desempenhar a sua função social, em consonância com os valores eleitos pelo constituinte.

2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o contrato esteve intimamente ligado com o princípio da autonomia da vontade, considerando que a liberdade contratual afigurava-se como um direito absoluto e subjetivo do indivíduo¹¹.

A autonomia da vontade, porém, não se confunde com a autonomia privada, segundo acertada doutrina. Nos dizeres de Francisco Amaral:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real¹².

No que diz respeito à liberdade contratual, pode-se constatar uma certa evolução da autonomia da vontade para a autonomia privada¹³, visto que o contrato não mais implica em um

¹¹ Na maioria dos países europeus, a autonomia da vontade esteve fortemente relacionada com a liberdade contratual até o final da segunda guerra, momento a partir do qual houve certa mudança desse paradigma, principalmente com o surgimento das chamadas Constituições sociais.

¹² AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

¹³ “(...) foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos

acordo livre de vontade entre os contratantes, significando que eles possam contratar o que bem entenderem¹⁴, mas é um instrumento condicionado aos preceitos legais vigentes.

A autonomia privada, assim, representaria o poder de autorregulação ou autodeterminação do indivíduo conferido pelo Estado, no sentido de se criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, desde que com certas limitações, para que não haja contradição com o próprio Direito (“liberdade negativa”).

Note-se que no Brasil, a autonomia da vontade esteve presente no Código Civil de 1916 e nas Constituições anteriores à de 1988, podendo-se afirmar que a autonomia privada encontra-se prevista no Código Civil de 2002 e na Constituição vigente.

Com uma maior intervenção estatal nas relações humanas, observou-se que muitos institutos – dentre eles, o contrato – que apresentavam feições individualistas, marcadas pelos dogmas do liberalismo, passaram a ser analisados sob a perspectiva do cumprimento de suas respectivas funções sociais. Isto porque o contrato, como fato jurídico que é, constitui-se como um fenômeno social regulado pelo direito e, por isso mesmo, desenvolve-se com as mudanças ocorridas na sociedade.

Há, portanto, na interpretação das cláusulas contratuais, a prevalência do bem comum ao das partes contratantes (supremacia do interesse público), garantindo, deste modo, a função social do contrato, além de não mais possuírem as partes contratantes ampla liberdade para estipular o que bem entenderem, se tal estipulação violar a ordem jurídica.

fundamentos, como extremamente importante”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

¹⁴ “Assim, o predisponente não poderá estabelecer cláusula contratual incompatível com o sistema jurídico vigente, sob as penas da lei. E o aderente, por seu turno, não se verá obrigado ou compelido a permitir a execução de cláusula predisposta que seja considerada abusiva pela legislação aplicável, ainda que expressamente não tenha ele se oposto a tal predisposição unilateral”. LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

Contudo, isto não significa que o princípio da autonomia da vontade desapareceu completamente com o surgimento do princípio da função social¹⁵, sendo tarefa do Poder Judiciário a análise de cada caso, privilegiando a solução mais justa na resolução dos litígios que lhe forem eventualmente submetidos¹⁶.

2.3 EFICÁCIA RELATIVA DOS CONTRATOS

A eficácia relativa dos contratos, também conhecida como princípio da relatividade contratual, surge em decorrência da *pacta sunt servanda* do direito romano (princípio da obrigatoriedade) e baseia-se na ideia de que o contrato só produz efeitos em relação às partes contratantes.

Segundo tal teoria, formulada em França, na véspera da redação do Código Napolônico¹⁷ e, posteriormente difundida no

¹⁵ Nesse sentido, o Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STF), aprovado na I Jornada de Direito Civil, dispõe: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>>. Acesso em: 8 out. 2018. Em sentido semelhante: “A autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo, não desapareceu do cenário do direito”. LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. cit.*, p. 88.

¹⁶ “O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 972.436*. Relator: Min. Nancy Andrighi, publicado em 12 de junho de 2009.

¹⁷ No entanto, somente com a teoria da oponibilidade, surgida em França, nos meados de 1930, é que se veio a precisar o princípio da relatividade contratual. Por não constituir o foco central do presente trabalho, apenas ressalte-se que a teoria da oponibilidade significa que, o contrato, por existir no meio socioeconômico, não pode ser ignorado por terceiros para a prática de atos que frustrem o seu objeto; assim, como o contrato pode ser oposto aos terceiros pelas partes, os terceiros podem opor seus contratos às partes. REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros*. 1. ed.,

direito alemão¹⁸, entende-se que o contrato é *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*, ou seja, os seus efeitos atingem tão somente aos que o celebrem, não beneficiando ou causando danos àqueles estranhos ao negócio jurídico, pelo simples fato de que a vontade dos terceiros não concorriam para a formação dos contratos; salvo no caso de estipulação para terceiros, previsto expressamente no art. 1.165 do *Code Napoléon*.

Como corolário lógico, se entendia como inadmissível que as partes estipulassem por terceiros, hipótese que veio a ser mitigada, no direito canônico, por meio do contrato a favor de terceiro, principalmente nos casos em que este viesse a ser representado para a formação do negócio jurídico, sob a forma de gestão, pois o mandato já era admitido entre os romanos¹⁹.

Assim, tendo em vista os efeitos internos e externos do contrato, se entendeu, paulatinamente, que o contrato poderia gerar efeitos para além das partes contratantes, havendo, portanto, a ruptura do modelo clássico da relatividade contratual.

Nesse sentido, “a relatividade, que se encontrava assentada tão somente nos princípios clássicos da autonomia da vontade e da vinculatividade negocial, acaba assim, por encontrar outros parâmetros sem se destoar desses, quais sejam: a utilidade social e a justiça contratual”²⁰.

Brevemente, cumpre assinalar que no Direito Português, o princípio vem disciplinado no art. 406º/2 do Código Civil, estabelecendo que “em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”²¹,

Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 482.

¹⁸ Note-se que, diferentemente da abordagem no direito francês, o sistema germânico veio a tratar inicialmente sobre a relatividade dos direitos de crédito, tendo apenas parcela da doutrina encontrado fundamentos para a relatividade dos contratos. Para uma análise aprofundada acerca da origem histórica do princípio da relatividade contratual - e obrigacional -, v. *Ibidem*, pp. 481 e ss.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. *cit.*, p. 115.

²⁰ *Ibidem*, p. 80.

²¹ PORTUGAL. *Código Civil (DL nº 47344/66 de 25 de novembro)*. Disponível em:

sendo, portanto, mais abrangente do tratamento dado inicialmente pelo direito francês, indo além dos casos de estipulação para terceiros.

No Brasil, o princípio da relatividade dos contratos foi atenuado pelo reconhecimento de cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública que não se destinam apenas à proteção dos direitos individuais dos contratantes, mas também a tutelar os interesses da coletividade, que sempre devem prevalecer.

Ademais, houve a mitigação de tal princípio sobretudo em razão da nova formulação da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil brasileiro, que será melhor analisada no próximo capítulo.

O Ministro Humberto Martins, em seu voto do Recurso Especial nº 468.062, afirmou que “o princípio contratual da eficácia relativa dos contratos hoje vem sendo mitigado pela doutrina brasileira, com base em novas construções teóricas e francesas, ao exemplo da doutrina do terceiro cúmplice e da eficácia contratual em relação a terceiros. Com isso, cria-se uma esfera de proteção de terceiros em face de negócios jurídicos que lhe são aparentemente alheios”²².

É inegável que a função social do contrato exista na ordem jurídica brasileira e que a eficácia de tal princípio se reproduza entre as partes contratantes e para além delas. O reconhecimento da segunda hipótese implica, necessariamente, que o contrato deve proteger também interesse de terceiros, desde que verificada uma relação de proximidade com o vínculo contratual, conforme será melhor analisado.

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 8 out. 2018.

²² Vale destacar esse julgado do STJ, na medida em que, pela primeira vez no âmbito daquela Corte, se reconheceu a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiros em contrato administrativo envolvendo a Caixa Econômica Federal, empresa pública brasileira. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 468.062*. Relator: Min. Humberto Martins, publicado em 1 de dezembro de 2008.

2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O princípio da função social do contrato representa a própria perspectiva funcional da autonomia privada²³ e encontra-se previsto no art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002²⁴, que estabelece: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”²⁵. Sobre o preceito, Judith Martins Costa afirma que:

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 contratual²⁶.

Interessante notar que na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil de 2002, Miguel Reale afirmou que um dos principais objetivos para uma nova codificação seria o de se “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade”²⁷.

A liberdade contratual, como visto, não mais apresenta feições individualistas, estando desprotegida pelo ordenamento

²³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 165.

²⁴ Saliente-se que no Código de 1916 não havia disposição semelhante, sendo o Código Civil de 2002 o primeiro a tratar expressamente sobre a função social do contrato.

²⁵ BRASIL. Código Civil de 2002. *cit.*, Acesso em: 8 out. 2018.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: < <http://www.realeadvogados.com.br>>. Acesso em: 8 out. 2018.

²⁷ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

jurídico caso não atenda a sua função social, sendo que o seu exercício irregular pode acarretar em ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil: “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”²⁸. Assim sendo, a função social do contrato representa a harmonização dos interesses das partes contratantes com os interesses da própria coletividade.

A função social do contrato, verdadeira cláusula geral, pode ser confundida, ainda, com a sua função econômica²⁹, dado que a sociedade precisa de de um instrumento capaz de garantir um mínimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de suas necessidades.

Nesse sentido, João Luís Nogueira Matias defende uma visão bipolar da função social do contrato, a sustentar, primeiro, uma função social originária, na medida em que “a previsibilidade de que os acordos serão cumpridos promove a confiança dos indivíduos em adentrar contrato cada vez mais complexos permitindo a circulação e criação de riquezas”.

Ocorre que a busca pela riqueza não deve violar valores sociais vigentes, sendo justamente essa a outra função social do contrato, denominada instrumental, porquanto admite-se o contrato como um “instrumento de estabilidade e paz social”³⁰.

²⁸ BRASIL. *Código Civil de 2002. cit.*, Acesso em: 8 out. 2018.

²⁹ “A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicado ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato”. LÔBO, Paulo Netto. Princípios contratuais, *In: A teoria do contrato e o Novo Código Civil*. Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord.). Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 16.

³⁰ V. MATIAS, João Luís Nogueira. Da cláusula pacta sunt servant à função social do contrato: o contrato no Brasil. *In: O sistema contratual romano: de Roma ao direito atual*. Coord: Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora. Edição

A função social do contrato serve, portanto, como parâmetro da própria noção que se tem do contrato que, na atualidade, deve ser visto como mecanismo a permitir as trocas e a circulação de riqueza, não mais restrita aos interesses unicamente particulares, se tais interesses forem colidentes com a ordem jurídica. Todavia, para além de servir aos interesse do mercado, deve-se deixar claro que o contrato existe para atender os interesses da pessoa humana³¹.

Importa destacar, ainda, que o princípio da função social do contrato surge como inspiração do princípio da função social da propriedade³², previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXIII, o qual aduz que “a propriedade atenderá a sua função social”³³ e que também é princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, inciso III, da Carta Federal³⁴.

Em relação ao diploma civil, além da previsão específica do art. 421 do CC/2002, não se pode olvidar o disposto nas disposições finais e transitórias do Código, em especial a previsão do parágrafo único do art. 2.035:

Art. 2.035. (...)

especial da Faculdade de Direito Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 485-505.

³¹ “O contrato exerce um papel importantíssimo, com vistas à circulação de riquezas, pois confere segurança às relações jurídicas. Porém, não é esse o seu papel principal. O seu fundamento é a perpetuação da vida humana, ou seja, o atendimento das necessidades da pessoa. A real função do contrato não é atender aos interesses do mercado, mas sim da pessoa humana!”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil. cit.*, p. 48.

³² “A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3 - Contratos e Atos Unilaterais – 11. ed., 2014, p. 41.

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

³⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade”. *Idem*.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos³⁵.

De se concluir que o contrato, na atualidade vigente no Direito Brasileiro, deve sempre buscar o cumprimento de sua função social, sendo certo que a liberdade contratual é condicionada a produzir seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas sobre as partes contratantes, tornando-se, portanto, necessário a proteção de ambos.

2.5 EFICÁCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Majoritariamente, no Direito Brasileiro, entende-se que o atendimento à função social do contrato pode ter tanto uma eficácia interna, que diz respeito aos interesses das partes contratantes, mas também pode produzir efeitos externos, no sentido de englobar os interesses da própria coletividade.

Em sentido análogo, Carlos Roberto Gonçalves sustenta: “É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato”³⁶.

Como exemplos da eficácia interna, ou individual, da função social dos contratos, Flávio Tartuce assinala³⁷: a) a mitigação da força obrigatória do contrato; b) a proteção das partes vulneráveis, em especial os consumidores e os aderentes; c) a vedação da onerosidade excessiva; d) a justiça contratual, com o reconhecimento da autonomia privada. Já em relação à eficácia externa ou pública do contrato, que é a que mais interessa ao presente trabalho, verifica-se pelas situações em que um

³⁵BRASIL. Código Civil de 2002. *cit.*, Acesso em: 8 out. 2018.

³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. *cit.*, p. 44.

³⁷TARTUCE, Flávio. Direito civil. *cit.*, pp. 195-196.

contrato gera efeitos perante terceiros ou que a conduta destes repercute no contrato, bem como pela proteção de direitos metaindividuais e difusos.

Todavia, pode parecer que o reconhecimento da função social do contrato signifique a prevalência dos seus efeitos externos sobre internos. Em uma reflexão mais aprofundada, porém, verifica-se justamente o contrário, desde que os contratos não violem a ordem jurídica e ocasionem interesse relativo a direito subjetivo de terceiro (contrato indiferente), como nos casos de contratos inoponíveis³⁸. Assim, a prevalência dos efeitos externos só ocorrerá nos casos de colidirem com os internos.

Ora, o próprio reconhecimento do princípio da função social traduz a ideia de que o contrato não mais tutela única e exclusivamente os interesses das partes contratantes, decorrendo daí a importância do surimento de novas categoria contratuais, como é o caso do contrato com eficácia de proteção de terceiros.

3 CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO DE TERCEIROS

3.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros³⁹ surge no século XX como criação jurisprudencial no direito alemão, embasado principalmente no princípio da boa-fé e, também, na interpretação do § 328º do Código Civil, que dispunha sobre “promessa de prestação a um terceiro”.

De início, foi concebida pelos tribunais alemães somente para enquadrar os danos pessoais e não patrimoniais, sendo

³⁸ LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. *cit.*, p. 117.

³⁹ Encontra-se usualmente, tanto na doutrina como na jurisprudência, os seguintes sinônimos para os contratos com eficácia de proteção de terceiros: contrato com proteção acessória de terceiro, eficácia contratual de terceiro, contrato com efeito protetor de terceiro, paracontratualidade, dentre outros.

posteriormente abandonada tal distinção⁴⁰.

Carneiro da Frada afirma que a sentença do BGH de 25/04/1956 pode ser considerada o *leading case* para o surgimento desta nova categoria obrigacional⁴¹. No referido julgado, “procedeu-se à entrega de uma máquina perigosa, sem que o vendedor tivesse advertido o comprador dos riscos da sua utilização. Um assalariado deste, terceiro em relação ao contrato, acionou o devedor invocando a titularidade activa de um dever de cuidado não cumprido pelo vendedor e pedindo uma indemnização dos danos pessoais que sofrera, tendo o seu pedido obtido provimento”⁴².

Derivada indiscutivelmente do princípio da boa-fé, a figura reconhece deveres de comportamento ou de conduta (*Verhaltenpflichten*), deveres de confiança (*Vertrauenpflichten*) ou deveres de proteção (*Schutzpflichten*)⁴³ a terceiros que possuam uma relação de proximidade com o vínculo contratual, sendo que “a sua função traduz em auxiliar a realização do fim contratual, justamente a matriz da sua determinação, e em impedir resultados secundários indesejáveis”⁴⁴.

⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 420, nota 1.

⁴¹ Rui Ataíde aponta, no entanto, o seguinte julgado como o precursor da teoria: “Em 1917, surge o primeiro contencioso decidido segundo critérios já mais próximos dos que hoje predominam. A filha de um inquilino, contraíra uma doença pulmonar em virtude de o locado estar infetado com o bacilo da tuberculose. O RG atribuiu-lhe uma pretensão contratual própria, por considerar que o locatário de uma morada de família exprimia normalmente uma intenção, reconhecível pelo locador, de que na conclusão do contrato deveriam ser tidos em conta, tanto quanto possível, os interesses dos familiares que com ele coabitam, visando, portanto, que lhe sejam reconhecidos os mesmos direito a uma habitualidade sem perigos. O fator decisivo para a inclusão de terceiros no domínio da proteção contratual residia no propósito do credor, reconhecível para o devedor, de estender os deveres contratuais a terceiros”. ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 971.

⁴² FRADA, Manuel Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra, Separata do BFD-Suplemento 38, 1994, p. 43, nota 74.

⁴³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. *cit.*, p. 264.

⁴⁴ *Idem*.

Menezes Cordeiro utiliza o termo *paracontratualidade* para se referir aos contratos de eficácia de proteção de terceiros, no sentido de ser a “constituição de obrigações através de formas que não podem, em termos rigorosos, ser reconduzidos ao contrato mas que, com ele, mantenham uma proximidade suficiente para que se lhes aplique, pelo menos, uma parte razoável do seu regime”⁴⁵.

Note-se, quanto a isto, que a relação obrigacional contratual, justamente por ser complexa, não encerraria a sua função no dever principal de prestar, visto que, “ao lado da relação de prestação dominante e dos deveres conexos, ele fundaria ainda entre as partes uma ordem especial de protecção”⁴⁶.

Do desenvolvimento da doutrina e jurisprudência alemãs, pode-se constatar as seguintes condições para que o terceiro possa ser englobado no âmbito da eficácia protetiva do contrato, quais sejam: “a) Que o terceiro se ache numa relação de certa proximidade com a prestação contratual (“*Leistungsnähe*”), em virtude da qual se encontre, pelo que se respeita aos perigos conexos com a prestação, numa posição semelhante à do próprio credor; b) Que o credor deva ter um interesse justificado na proteção do terceiro (“*Schutzinteresse*”); c) Que o devedor possa, no momento da conclusão do contrato, reconhecer que a sua prestação contratual é destinada também a um terceiro, em ordem a poder estimar os riscos em que incorre ao contratar (“*Schutzbedürftigkeit*”) do terceiro, que justifique o reconhecimento a este da possibilidade de recorrer à ação contratual (o que não será o caso sempre que a vítima possa demandar o próprio credor em ordem a ressarcir-se do dano sofrido, como

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 7, *cit.*, 2016, pp. 629-630.

⁴⁶ MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidades por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 44. O que seria equivalente a uma relação obrigacional complexa sem deveres primários de prestação, segundo PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. *cit.*, p. 423.

sucedem nas relações entre subarrendatário e senhorio)”⁴⁷.

E é justamente com o reconhecimento dessa eficácia protetiva de terceiros decorrente do princípio da boa-fé, diferenciando os deveres de prestação e de proteção, que a jurisprudência alemã abandonou a ficção de um verdadeiro contrato a favor de terceiro, conforme posicionamento inicial⁴⁸. Isto porque a esse sujeito estranho à formação do vínculo contratual pertence somente a posição de reclamar um dever de proteção e não de prestação⁴⁹ contra o devedor na relação contratual, diferentemente do contrato a favor de terceiro, em que há a estipulação de uma vantagem patrimonial gratuita ao terceiro, podendo, portanto, reclamar do devedor a prestação⁵⁰.

Com a reforma do BGB de 2001/2002, houve a sedimentação da figura no direito alemão, constando do “atual § 311^o/3, o qual reconhece deveres obrigacionais no sentido do §241^o/2 (destinados à defesa dos direitos, bens jurídicos e interesses da contraparte), perante pessoas que, não sendo parte no negócio, tenham assumida uma confiança especial em termos de influenciar consideravelmente as negociações e a sua conclusão”⁵¹.

3.2 CONCEITO

⁴⁷ VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. v. 2: obrigações, 2017, p. 196.

⁴⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. *cit.*, p. 420.

⁴⁹ Isto porque o contrato com eficácia de proteção de terceiros surge em decorrência do “facto de os tribunais alemães terem considerado os terceiros reflexamente beneficiados como titulares, não de qualquer direito referente às prestações principais ou secundárias emergentes do contrato, mas dos direitos correspondentes a algum dos deveres acessórios de conduta que integram a respectiva relação contratual”. VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. *cit.*, pp. 396/396

⁵⁰ “Não se trata de autênticos contratos a favor de terceiro, na medida em que os terceiros em referência não podem reclamar do devedor a prestação, estando unicamente legitimados para exigir dele o cumprimento de um dever especial de cuidado no sentido de lhe evitar danos, um dever especial idêntico ao que o devedor (p. ex., o senhorio) assumiu em face do seu contratante (inquilino)”. *Ibidem*, p. 422.

⁵¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*. *cit.*, p. 975.

No contrato com eficácia de proteção de terceiros (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*), se admite que certos contratos compreendam, entre os seus efeitos, determinados deveres a serem cumpridos mesmo perante sujeitos estranhos à sua formação⁵². Há, portanto, o envolvimento desses terceiros, “por força da sua situação relativamente ao credor e da sua proximidade da prestação (*Leistungsnähe*) resultante das circunstâncias”⁵³. Segundo Carlos Ferreira de Almeida:

A proteção consiste no eventual direito a indemnização por danos causados a pessoas com ligação ao credor (por exemplo, os familiares ou os empregados do inquilino ou do dono da obra) que venham a sofrer prejuízos derivados de violação de deveres de cuidado na execução do contrato pela outra parte. Embora o fundamento jurídico da proteção seja discutível (com destaque para a responsabilidade *ex lege* ou a responsabilidade pela confiança baseada na boa fé), seguro é que tais efeitos não têm como fonte direta o acordo contratual. Por isso mesmo, o círculo dos beneficiários pode estar pressuposto, mas não é referido no texto do contrato, sob pena de descaracterização da figura (seria então contrato a favor de terceiro)⁵⁴.

Um exemplo clássico trazido pela doutrina para a definição do contrato com eficácia de proteção de terceiros é o do locador que arrenda a casa, devendo, de forma conexas, proteger não só o arrendatário de eventuais danos em decorrência do contrato, mas das pessoas que na casa cohabitam⁵⁵. São diversos outros os exemplos trazidos pela doutrina para explicar a teoria:

“a) o vendedor de um produto perante o trabalhador assalariado do respectivo comprador, que haja sofrido ferimentos quando da sua manipulação, por o empregador não ter sido

⁵² CORDEIRO, António Menezes; ROCHA, António Manuel da. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 619.

⁵³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. *cit.*, p. 420.

⁵⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. v. 2: conteúdo. Contratos de troca. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 50.

⁵⁵ Como, por exemplo, os familiares do locatário que residem no mesmo imóvel, mas que não fizeram parte da formação do contrato. Note-se, contudo, que a situação seria diferente no caso dos amigos do locatário ou, enfim, de qualquer outra pessoa que não habite o imóvel, sob pena de abranger um círculo ilimitado de terceiros.

devidamente esclarecido acerca da sua perigosidade; b) o senhorio perante os familiares do inquilino, pelo que respeita aos danos pessoais por estes sofridos em virtude de defeitos do imóvel locado; c) O dono de um estabelecimento comercial perante os acompanhantes de um cliente por acidentes ocorridos nas instalações daquele aquando da realização de uma compra (...) e) O advogado perante um terceiro que o seu constituinte tinha em vista beneficiar através de certo negócio jurídico (v.g um testamento) cuja preparação lhe confiara e que haja sofrido danos patrimoniais em virtude da sua não celebração ou ineficácia; e f) O auditor financeiro perante o mutuante de um cliente seu, que lhe haja emprestado dinheiro com base em informações inexatas fornecidas por aquele no âmbito de uma auditoria que lhe fora encomendada”⁵⁶.

Nesse sentido, Carlos Alberto Mota Pinto critica o posicionamento inicial da jurisprudência alemã de se tratar a figura como uma ficção de um tácito contrato a favor de terceiro, reputando tal entendimento como abusivo e materialmente inadequado⁵⁷.

Como visto, o envolvimento dos terceiros no círculo do contrato, em razão de estarem em uma posição tipicamente similar ao do credor, lhes permitem reclamar a titularidade ativa não todos os deveres derivados da relação contratual, mas somente dos deveres de proteção⁵⁸, sendo incluídos os “deveres de informação (sobre as qualidades, o uso da coisa, etc.), de notificação (p. ex., do sinistrado no seguro, do arrendatário na locação), de consideração e deferência, de custódia e conservação, de cuidado para com a pessoa (p. ex., condições de segurança para o trabalhador), de colaboração com a contraparte para lhe evitar possíveis prejuízos, como o manejo de uma arma de fogo

⁵⁶ VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. *cit.*, p. 195.

⁵⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. *cit.*, p. 421.

⁵⁸ Curioso notar que “a jurisprudência francesa, inspirada na figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, de construção germânica, inseriu como caso de estipulação em favor de terceiro o dever lateral de proteção deste por parte dos contraentes (titularidade ativa do terceiro de deveres laterais do negócio jurídico formado)”. LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. *cit.*, p. 131.

que se vende, etc”⁵⁹.

Segundo Carneiro da Frada:

O contrato com eficácia de proteção para terceiros exprime precisamente este desenvolvimento: certos negócios envolveriam determinados terceiros sob o seu manto protector, conferindo-lhes um direito indemnizatório, não por violação de algum dever de prestar (pois estes só existem, regra geral, entre as partes), mas por desrespeito de um específico dever de salvaguardar a sua integridade pessoal ou patrimonial⁶⁰.

Ressalte-se, no entanto, que assim como nos autênticos contratos a favor de terceiros, também nos contratos com eficácia de proteção os terceiros não são partes, mas meros interessados, sob pena de descaracterização da própria figura.

Poderia se pensar numa aparente simetria entre o reconhecimento do efeito externo das obrigações com a figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros. No entanto, “tal simetria é aparente, pois o efeito externo das obrigações significa a existência dum dever geral de abstenção de quaisquer terceiros, relativamente à obrigação concebida como valor patrimonial, e não de vínculos especiais entre o devedor e determinados terceiros, como acontece nos *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*”⁶¹.

Note-se, porém, que não se trata de estabelecer um contrato (conjunto de obrigações) com o terceiro, mas uma relação obrigacional decorrente de um dever lateral de proteção⁶². Nesse sentido, “tais deveres não têm origem contratual, uma vez que ele [o terceiro] não é parte. Antes se fundam na lei, operando o contrato, perante eles, como um simples fato *stricto sensu*”⁶³.

De se concluir que o contrato com eficácia de proteção

⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. *cit.*, pp. 264-265.

⁶⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. Contrato e deveres de protecção, *cit.*, p. 43

⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, *cit.*, p. 426, nota 2.

⁶² LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. *cit.*, p. 132.

⁶³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, II, Direito das obrigações, Tomo III, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade civil, Coimbra: Almedina, 2010, p. 657.

de terceiros, derivado do princípio da boa-fé, é aquele em que terceiros com uma relação de proximidade com o vínculo contratual são alcançados por deveres – acessórios - de proteção que o devedor tem para o credor, não conferindo, porém, o direito de exigir do devedor qualquer prestação contratual, mas somente de reclamar em relação dos deveres laterais de proteção ou cuidado⁶⁴.

3.3. CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO PORTUGUÊS

No Código Civil Português, em que pese a inexistência de previsão legal específica como sucede no direito alemão, há o reconhecimento do contrato com eficácia de proteção de terceiros por parte da doutrina e da jurisprudência, também com fundamento no princípio da boa-fé⁶⁵.

Assim sendo, os sistemas jurídicos alemão e português vão além da figura do contrato a favor de terceiros, pois “admitem que do contrato resultem deveres acessórios de conduta, que

⁶⁴ “O cerne do contrato com eficácia de proteção para terceiros está no reconhecimento de que determinados negócios podem conferir uma certa tutela a quem não é neles parte; através da atribuição a esses terceiros de um direito indemnizatório, não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – pois este existe apenas, salvo exceções como a do contrato a favor de terceiro, entre as partes -, mas pelo não acatamento de outros deveres que integram a relação obrigacional no seu todo. É fácil intuir que esta construção postula o caráter complexo da relação obrigacional e a distinção, nesta, entre os deveres de prestar e outros comportamentos exigíveis na pendência contratual, mas independentes do vínculo de prestação. Tal destriça permite evitar o escolho da ruptura do princípio da relatividade do contrato. O domínio deste princípio fica restringido ao âmbito da relação de prestação. Não tem que vigorar quanto à “relação de proteção”, que poderá abranger terceiros”. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 135-136, nota 108.

⁶⁵ O princípio da boa-fé dos contratos no Código Civil português encontra previsão no art. 762º/2: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”. PORTUGAL. Código Civil. *cit*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 8 out. 2018.

vinculem o devedor perante terceiros que se encontrem numa relação de especial proximidade com o credor. Trata-se fundamentalmente de deveres de evitar, nos preliminares, na formação e na execução do contrato, danos pessoais ou patrimoniais a pessoas que não são partes dele, nem beneficiários das prestações nele estipuladas, mas que de alguma sorte “gravitam” em torno dele; deveres esses que se fundam, na falta de disposições legais específicas, no princípio da boa-fé⁶⁶.

A discussão em torno dessa nova categoria obrigacional no sistema jurídico português deve-se, em grande parte, em razão dos diversos casos de acidentes ocorridos nas autoestradas portuguesas, devido à colisão de veículos com animais que nelas penetravam, derrame de líquidos ou, ainda, ao arremesso ou existência de objetos nas faixas de rodagem⁶⁷.

Segundo Carlos Alberto Mota Pinto, a sua compatibilização com o sistema português assenta-se no fato de estar perante “um tipo atenuado duma exceção formalmente congrada na lei ao princípio da relatividade das convenções: o contrato a favor de terceiros do art. 443º e segs”⁶⁸. Acredita-se, porém, que ambas as figuras não se confundem e que a questão nuclear da discussão em Portugal reside no regime jurídico de responsabilidade aplicável, assunto que se ocupa a seguir.

3.3.1. A TERCEIRA VIA DA RESPONSABILIDADE

Parece inconstante que o contrato com eficácia de proteção de terceiros seja aceito pelo sistema jurídico português. A questão que se coloca problemática, no entanto, refere-se ao regime de responsabilidade aplicável, se contratual ou extracontratual, devido justamente às particularidades normativas de

⁶⁶ VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. *cit.*, p. 195.

⁶⁷ Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários. *cit.*, p. 157.

⁶⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, *cit.*, p. 425.

cada um⁶⁹.

Na Alemanha, a jurisprudência tem majoritariamente entendido pela utilização das regras da responsabilidade contratual, por serem menos limitadoras que o sistema de responsabilidade extracontratual vigente naquele país⁷⁰.

Em Portugal, a questão não parecer ser tão simples assim.

Por um lado, porque ao admitirem-se deveres desta índole se aceitam limitações muito significativas à liberdade contratual: uma das partes ficará vinculada, independentemente de sua vontade, perante pessoas que não intervieram no contrato e que, portanto, não foram por si escolhidas. Por outro, porque se se admitir que a responsabilidade pelo incumprimento desses deveres se encontra sujeita às mesmas regras que valem para o incumprimento de obrigações voluntariamente assumidas perante a contraparte – as regras de responsabilidade contratual – se estará a ampliar também de forma muito relevante o círculo das situações originariamente tuteladas por esta modalidade do dever de responder, a qual passará a compreender danos causados a pessoas com as quais o responsável não tinha qualquer relação jurídica contratual ou pré-contratual anterior à constituição da obrigação ressarcitória⁷¹.

Sustenta-se, por outro lado, pela aplicabilidade das regras da responsabilidade extracontratual, embora com as suas respectivas limitações no direito português ou, até mesmo numa solução híbrida denominada terceira via de responsabilidade⁷²,

⁶⁹ A mesma questão se coloca na discussão sobre a culpa *in contrahendo*, acreditando-se estar numa zona cinzenta, intermédia entre os dois regimes de responsabilidade clássicos.

⁷⁰ VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. *cit.*, p. 198.

⁷¹ VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. *cit.*, p. 196.

⁷² “De particular relevância é, em todo caso, perante o crescimento exponencial do direito da responsabilidade civil nos nossos dias, a comprovação de uma certa diluição das fronteiras entre ambas as modalidades, as constantes interferências entre o delito e o contrato, assim como o aparecimento de imputações de danos que parecem (poder) reivindicar autonomia em relação a esses termos de referência. Esta área problemática, correspondente às responsabilidades “intermédias” ou “não alinhadas”, pode identificar-se genericamente, a título propedêutico, como a da “terceira via” da responsabilidade. Para ilustrar a heterogeneidade de espécies que nela se albergam poderão desenvolver-se além da culpa *in contrahendo* ou de algumas espécies agrupadas

justamente por se estar numa zona de fronteira entre os dois regimes, cuja fonte não é inteiramente delitual nem contratual. Na doutrina portuguesa encontramos defensores desta última teoria, podendo destacar Manuel Carneiro da Frada, que afirma tratar-se de um sistema híbrido ou intercalar como na culpa *in contrahendo* e, ainda, Luis Menezes Leitão⁷³. Em sentido contrário, Menezes Cordeiro para quem a matéria se reconduz ao que o autor designa por paracontratualidade⁷⁴.

Conhecer o regime aplicável, além disso, possui enorme importância prática. Tome-se como exemplo os diversos acidentes ocasionados por animais nas autoestradas portuguesas. Se aplicadas as regras da responsabilidade extracontratual o ônus da prova seria do concessionário em comprovar que o acidente ocorreu por culpa da empresa concedente, figurando-se uma verdadeira prova diabólica no caso concreto⁷⁵.

Além disso, há o problema de se verificar qual o dano indenizável em cada um deles. Por exemplo, na responsabilidade extracontratual, por via de regra, o dano consiste na lesão a um direito absoluto⁷⁶, como o direito à vida, honra, privacidade etc.,

habitualmente no cumprimento defeituoso do contrato, por exemplo, a questão da responsabilidade de terceiros por violação do crédito, o contrato com eficácia de proteção para, ou contra, terceiros, e, ainda, a responsabilidade por confiança. Neste âmbito se situam alguns dos mais modernos desenvolvimentos do direito da responsabilidade, convindo por isso prestar-lhes a maior atenção”. FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. Direito civil. Responsabilidade civil. *O método do caso* – junho 2006, Coimbra: Almedina, pp. 62-63.

⁷³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. *cit.*, pp. 350 e ss.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 7, *cit.*, pp. 629-630.

⁷⁵ “Em termos pragmáticos, a aplicação das regras gerais previstas nos artigos 342º e 487º representaria mais do que uma *probation* diabólica, um encargo tão caracteristicamente impossível que, só por mero acaso, o correspondente ônus seria bem sucedido”. Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários. *cit.*, p. 172.

⁷⁶ Art. 483. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. PORTUGAL. Código Civil (DL no 47344/66 de 25 de novembro). *cit.*, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 8 out. 2018.

significando que nem todo dano é ressarcível sob as regras da responsabilidade extracontratual⁷⁷.

Segundo o entendimento dominante em Portugal, tanto na doutrina como na jurisprudência, o regime de responsabilidade aplicável varia entre a natureza contratual⁷⁸ ou extracontratual, a depender do caso concreto. Assim, segundo Dário Moura Vicente, “se se tratar de deveres de proteção convencionados pelas próprias partes, correspondendo a deveres de proteção a cargo de uma delas, a sua violação assume natureza contratual. Em se tratando de deveres legais, como, por exemplo, tratar de deveres acessórios dos deveres de prestação decorrentes do princípio da boa-fé (v.g deveres de conduta), sua violação se sujeita às regras da responsabilidade extracontratual”⁷⁹. Essa solução, prossegue o autor, é preferível, na medida em que busca essencialmente a proteção da integridade física e patrimonial alheia⁸⁰, que constitui justamente o fundamento e a razão de ser do instituto.

3.4. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO E O CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO DE TERCEIROS

⁷⁷ “Por outro lado, a violação de tais deveres enquadra-se sem dificuldades na cláusula geral do art. 483º, nº 1, do Código Civil, pelo menos quando o dano seja físico. Mais duvidoso é que ela caiba nos arts. 798º e seguintes, visto que não estão em causa verdadeiras obrigações, mas antes simples deveres de conduta; e não é líquido que devam aplicar-se a estes as regras que valem para o incumprimento dos deveres de prestação, máxime a inversão do ônus da prova da culpa estabelecida no art. 799º, nº 1”.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado. cit.*, p. 199.

⁷⁸ Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, citando o exemplo dos danos causados aos familiares do inquilino, em razão duma deficiência de habitação arrendada, somente um pensamento formal é que consideraria a ressarcibilidade de tais danos pela responsabilidade aquiliana e não obrigacional. Isto porque, segundo o autor, há o suporte material da *cognoscibilidade* - do interesse e do contato de todos com a prestação - que delimita o alcance da teoria a fim de que seu reconhecimento não implique em um círculo ilimitado de terceiros. Nesse sentido PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual, cit.*, p. 424.

⁷⁹ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado. cit.*, p. 198.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 199.

No Direito Brasileiro, ainda na vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda já reconhecia a figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, nos casos em que “um dos figurantes de tal modo está ligado a outras pessoas que o dano (contratual) pode alcança-las”⁸¹.

Em que pese a inexistência de previsão específica no Código Civil de 2002, admite-se a figura do contrato de eficácia de proteção de terceiros, sobretudo em razão da cláusula geral da boa-fé prevista no art. 422 do Código Civil Brasileiro⁸², à semelhança de Alemanha e Portugal.

A questão, no entanto, que se coloca, refere-se à aceitação dessa nova categoria obrigacional no Direito Brasileiro devido à vigência do princípio da função social dos contrato.

Tipificada por meio de dispositivo constitucional, a função social do contrato constitui-se, nos dias atuais, como a finalidade do próprio instituto no Direito Brasileiro. Além disso, “el contrato como fenómeno que penetra y que se instala en la realidad jurídica no es jamás algo absolutamente indiferente para los terceros [...] todo contrato puede desplegar una cierta eficacia respecto de terceros”⁸³.

Nesse diapasão, os contratantes não podem esquecer-se de que estão inseridos na sociedade e que os contratos produzem seus efeitos a sujeitos estranhos à formação do vínculo contratual. Daí a importância dos deveres de comportamento, de confiança ou de proteção conferidos aos terceiros.

Necessário recordar, ainda, que o próprio objetivo do contrato com eficácia de proteção de terceiros é o de atingir o

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI (atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 pp. 413 ss.

⁸² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. BRASIL. Código Civil de 2002. *cit.*, Acesso em: 8 out. 2018.

⁸³ Díez-Picazo, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. I. p. 425.

fim contratual⁸⁴ e, ainda, evitar a lesão de interesses de sujeitos estranhos à formação do vínculo, porém próximos da prestação contratual e da situação do credor, em termos cognoscíveis.

Assim, para além do princípio da boa-fé, parece plenamente admissível a figura do contrato de eficácia de proteção de terceiros sob o fundamento da função social que todo o contrato deve desempenhar, seja entre as partes contratantes ou, mais importante ainda, em relação a esses terceiros que se encontram em posição tipicamente similar a do credor e próximos do vínculo contratual; merecedores, portanto, desta tutela protetiva.

4 CONCLUSÃO

Não se olvida que os efeitos do contrato hoje possam atingir sujeitos estranhos à formação do vínculo contratual, como é o caso dos terceiros, havendo a ruptura do modelo clássico da relatividade contratual.

Além disso, a liberdade contratual não depende mais única e exclusivamente da vontade dos contratantes, estando subordinada à observância da ordem jurídica vigente e ao reconhecimento da prevalência do interesse público, em caso de confronto com os interesses meramente particulares.

O princípio da função social não veio para extinguir a autonomia da vontade, mas antes para sopesá-la no caso concreto, buscando sempre a solução jurisdicionalmente mais justa e adequada.

A função social do contrato serve, como visto, como parâmetro da própria noção que se tem do instituto no Direito Brasileiro e possui uma dupla eficácia: 1) interna - em relação à parte contratante; 2) externa - em relação aos terceiros. Parece inequívoco, ainda, que o reconhecimento da segunda implica na

⁸⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. *cit.*, p. 264.

admissão do contrato com eficácia de proteção de terceiros no Direito Brasileiro.

Isto porque, a figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, criação jurisprudencial alemã, prevê que determinados contratos compreendam certos efeitos mesmo perante sujeitos estranhos à formação do vínculo contratual, em razão de sua posição tipicamente similar a do credor e da sua proximidade da prestação.

Trata-se de conferir direito indenizatório a terceiros que tiveram violados não algum dever de prestar, mas deveres laterais de proteção, o que, segundo o princípio da função social dos contratos, é imperativo no sistema civil brasileiro.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. v. 2: conteúdo. Contratos de troca. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.
- CORDEIRO, António Menezes; ROCHA, António Manuel da. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*

- português*, II, Direito das obrigações, Tomo III, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade civil, Coimbra: Almedina, 2010
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 7, Direito das obrigações: contratos. negócios unilaterais. 2. reimpressão da 1. edição do tomo II da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. v.1. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRADA, Manuel Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra, Separata do BFD-Suplemento 38, 1994.
- FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. Direito civil. Responsabilidade civil. *O método do caso* – junho 2006, Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3 - Contratos e Atos Unilaterais – 11. ed., 2014.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1: Introdução. Da constituição das obrigações, 13. ed., 2016.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÔBO, Paulo Netto. Princípios contratuais, *In: A teoria do contrato e o Novo Código Civil*. Paulo Luis Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (Coord.). Recife: Nossa Livraria, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima Marques; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <

- <http://www.realeadvogados.com.br>>. Acesso em: 8 out. 2018.
- MATIAS, João Luís Nogueira. Da cláusula pacta sunt servant à função social do contrato: o contrato no Brasil. In: *O sistema contratual romano: de Roma ao direito atual*. Coord: Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora. Edição especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidades por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2005.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros*. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. I, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. v. 2: obrigações, 2017.

LEGISLAÇÃO

- BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.
- PORTUGAL. *Código Civil (DL n° 47344/66 de 25 de novembro)*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 8 out. 2018.

JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 972.436*. Relator: Min. Nancy Andrighi, publicado em 12 de junho de 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 468.062*. Relator: Min. Humberto Martins, publicado em 1 de dezembro de 2008.