



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Miguel Drummond de Paula Labouriau

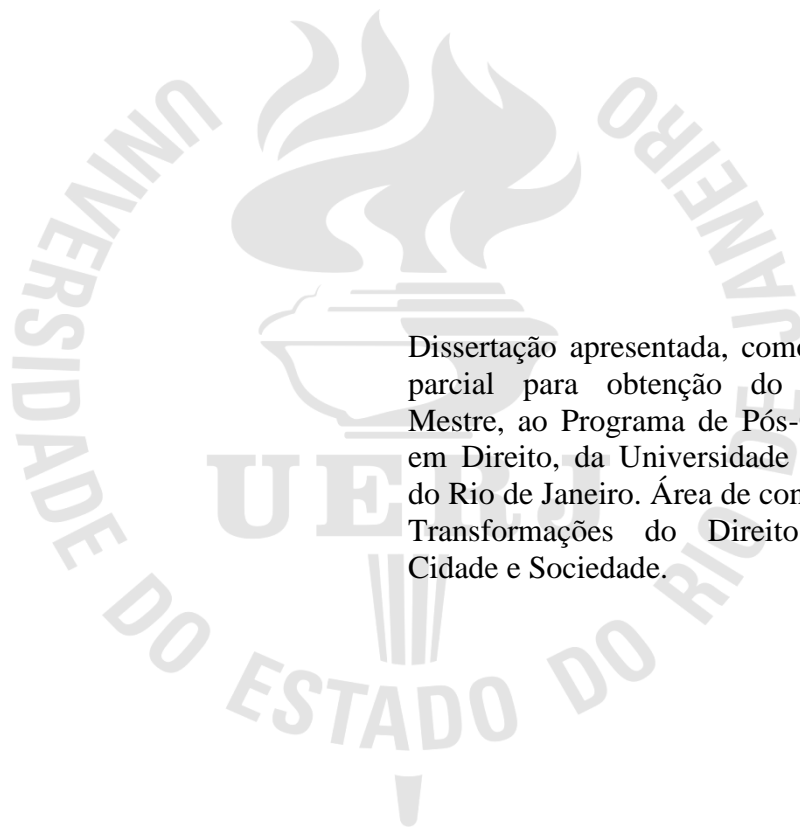
**A responsabilidade civil do terceiro cúmplice pela lesão ao crédito
alheio**

Rio de Janeiro

2014

Miguel Drummond de Paula Labouriau

A responsabilidade civil do terceiro cúmplice pela lesão ao crédito alheio



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L125 Labouriau, Miguel Drummond de Paula.

A responsabilidade civil do terceiro cúmplice pela lesão ao crédito alheio / Miguel Drummond de Paula Labouriau. – 2014.
177 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Obrigações (Direito) – Teses. 3. Tutela- Teses. 4. Boa fé (Direito) - Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Miguel Drummond de Paula Labouriau

A responsabilidade civil do terceiro cúmplice pela lesão ao crédito alheio

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Roberta Mauro Medina Maia

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

À Alice e à Olívia,
os dourados raios de sol que surgiram em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Não teria sido possível passar da primeira lauda deste trabalho sem que muitas pessoas houvessem contribuído com carinho e auxílio. Estes tortuosos e angustiantes anos de elaboração desta dissertação teriam sido insuportáveis sem a companhia de pessoas que, de maneiras diversas, se fazem presentes em cada linha deste trabalho. A especial participação de algumas pessoas mostrou-se fundamental nesta jornada, sendo mesmo imperiosa a realização de alguns agradecimentos nominais.

Aos professores do mestrado de direito civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialmente aos estimados Professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, pelas instigantes reflexões e pelo magnânimo exemplo de docência. Aos Professores Anderson Schreiber e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, pelas belas exposições e pelos intrigantes desafios doutrinários.

Ao Professor Carlos Nelson Konder, de quem serei eterno devedor. Sem sua impecável orientação, este trabalho estaria fadado ao desterro. Desde a graduação pude contar com sua preciosa condução acadêmica, e não teria inaugurado este empreendimento acadêmico sem o seu imprescindível e inestimável apoio e estímulo. Quaisquer méritos eventualmente atribuídos ao presente trabalho pertencem substancialmente ao orientador, pela dedicação e paciência em me guiar.

Ao caríssimo Antonio dos Reis Júnior, mestrando cerebral de nossa turma, cujo pendor acadêmico e intensa dedicação aos estudos de direito civil merecem minha profunda admiração. Ao grande rubro-negro Luiz Eduardo Rodrigues, pelas instigantes conversas. Ao Filipe Garcia, pela boa convivência. Também agradeço aos prezados Vinícius Pereira, Vivianne Abílio, Marcelo Dickstein e Isabella Lucas, com quem tive o prazer de compartilhar bons momentos nas salas de aula da Faculdade do Maracanã.

Ao nobilíssimo Vitor Almeida Júnior, pelo grande apoio e pelas diversas oportunidades de crescimento acadêmico e profissional. Ao caríssimo Thiago Lins, pelo constante auxílio. Ao Eduardo Souza, pelo exemplo de probidade acadêmica e pela ajuda bibliográfica. Ao Gabriel Furtado, pela preciosa bibliografia e pelas boas conversas. Também aos tantos amigos e colegas com que tive a oportunidade de conviver nesta jornada, especialmente à Ivana Coelho, ao André Nery, à Rebeca Garcia, à Marcela Maffei, à Fernanda Nunes, ao Daniel Bucar, à Renata Vilela, à Aline Valverde, à Paula Moura, e às queridas Deborah Pereira e Fernanda Martins-Costa.

À queridíssima amiga Fernanda Sabrinni, cuja amizade foi um dos grandes ganhos que tive neste mestrado, a quem agradeço pelas prazerosas conversas, pela constante e incondicional ajuda, pela carinhosa companhia e pela extensa bibliografia. Também à caríssima Luiza Bianchini, pelas construtivas e imprescindíveis conversas, pelas diversas reflexões – muitas das quais encontram-se estampadas nesta dissertação – e pela ampla bibliografia.

À Mercedes Orlando, dona de uma simpatia contagiante, pelas incontáveis vezes nas quais se dispôs a me ajudar. À querida Nícola Hargreaves e ao Pedro Modenesi, pela alegre companhia e pelas boas conversas. Às promotoras de justiça Jacqueline Abecassis e Patricia Carvão, pelo constante incentivo.

Ao meu querido amigo Leandro Rothgiesser, cuja amizade serviu-me a tantos momentos de alegria e humor, agradeço cordialmente pela imprescindível convivência – mesmo que apenas telemática – e pelo inestimável apoio. Ao meu amigo irmão, João Fernando Pecegueiro do Amaral, amigo perpétuo que sempre esteve incondicionalmente a meu lado, agradeço pela preciosa companhia. Aos meus grandes amigos Antonio Campinho e Alexandre Ramos, cujas amizades apenas se reforçam e se solidificam com o transcorrer do tempo, pela eterna camaradagem e pelas maravilhosas conversas. À Fernanda Guedes, pelo carinho e pela gentileza. À Gilda Sobral Pinto, pela terna oitiva e pelos preciosos conselhos.

Ao meu pai, Fernando Labouriau, pelo comovente apoio e pela constante preocupação, sem os quais jamais lograria qualquer êxito nesta vida. À minha mãe, Beth Labouriau, pelo amor constante e incondicional, e por me acalantar quando necessário. Ao meu irmão, Pedro Labouriau, pela companhia preciosa, pelos momentos de distração e pelo incomensurável apoio. E à minha irmã, Flavia Labouriau, pelo enorme e constante carinho.

RESUMO

LABOURIAU, Miguel Drummond de Paula. *A responsabilidade civil do terceiro cúmplice pela lesão ao crédito alheio*. 2014. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Cuida-se de dissertação elaborada com o escopo de precisar os fundamentos e os critérios para a responsabilização civil do terceiro cúmplice nas lesões ao crédito alheio. O amplo desenvolvimento das relações obrigacionais no comércio jurídico exigiu do jurista o reconhecimento de situações nas quais o inadimplemento fosse ocasionado por uma conduta proveniente de um terceiro estranho à relação obrigacional. A imperiosa infiltração dos princípios constitucionais nas situações jurídicas subjetivas e a consagração normativa dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva contribuíram sobremaneira para uma revigorada análise acerca do momento patológico das obrigações, permitindo-se a admissão de atribuição de responsabilidade civil pela violação ao crédito perpetrada por um estranho alheio à relação contratual que deu origem ao referido crédito. A configuração da tutela externa do crédito perpassa pela necessidade de instituição de um dever de respeito ao crédito imputado ao terceiro, cuja violação enseje sua responsabilização pelos danos ocasionados. O desiderato essencial do presente trabalho reside na identificação dos fundamentos capazes de subsidiar a existência de tal dever, bem como averiguar critérios seguros para a determinação das hipóteses nas quais se exija a observância de tal dever, cabendo ao ordenamento promover adequadamente os interesses do credor, que serão reputados merecedores de tutela em observância às circunstâncias e vicissitudes do caso concreto que apontarão para sua prevalência sobre os interesses do terceiro. Tratando-se de estudo sobre responsabilidade civil, obedece-se a um itinerário metodológico que pretende identificar os fundamentos do dever cuja violação possibilite a responsabilização do terceiro; analisar os pressupostos genéricos da responsabilidade civil em obediência às especificidades que a hipótese de tutela externa do crédito acarreta, bem como examinar critérios alusivos às circunstâncias excepcionais que regem a matéria; e revelar as consequências e os efeitos que a extensão subjetiva do dever reparatório decorrente do inadimplemento poderá repercutir na relação obrigacional.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito das obrigações. Inadimplemento. Tutela externa do crédito. Princípio da boa-fé objetiva.

ABSTRACT

LABOURIAU, Miguel Drummond de Paula. *Tortious interference in contractual relations*. 2014. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The present dissertation aims to establish precise fundamentals and criteria for the legal liability of a third party accomplice in damages to someone else's credit rights. The wide development of obligational bonds in legal commerce has demanded, from jurists, the acknowledgement of situations where an obligation is not met due to a conduct perpetrated by a third party, who did not participate in the obligational agreement. The notable infiltration of constitutional principles in subjective legal situations, as well as the normative consecration of the principles of the social function of the contract and of good faith, have greatly contributed to a newly invigorated analysis of the pathological moment of obligations. That, in turn, has allowed legal liability for a violation of credit to be attributed to a third party who commits such an act against the contractual relation from which that credit originates. The configuration of tortious interference emanates from the need of a rule that establishes a general duty to respect others' credit, which violation ensues liability of the third party for damages committed. The essential goal of this work is to identify the fundamentals that subsidize the existence of that duty, as well as to pursue concrete criteria for the determination of hypotheses when the observance of that duty is required. It is up to the juridical system to actively safeguard the interests of the creditor, which shall be reputed as deserving of protection according to the specificities of the situation. That is, it will be determined in the case whether or not the creditor's interests should prevail over those of the third party. As the study concerns legal liability, a methodological itinerary will be observed, with the intention of identifying the fundamentals of the duty which violation ensues the liability of the third party; analyzing the generic premises of legal liability, in accordance with the specificities that the hypothesis of inducing breach of contract brings about, as well as examining criteria that allude to the exceptional circumstances which govern this subject; and revealing the consequences and effects that may be suffered by the obligational bond, as a result of the subjective extension of reparatory duty stemming from the non-payment of the obligation.

Key words: Tort. Contracts. Inducing breach of contract. Tortious interference. Good Faith.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE.....	16
1.1	O princípio da relatividade dos contratos e a submissão de terceiros aos seus feitos.....	16
1.2	A construção doutrinária da oponibilidade.....	27
1.3	A utilização doutrinária do princípio da função social do contrato como fundamento do dever de abstenção.....	35
1.4	O princípio da boa-fé objetiva e a instituição específica do dever de respeito ao crédito alheio.....	44
1.4.1	<u>A mecânica da atuação da cláusula geral de boa-fé objetiva.....</u>	<u>44</u>
1.4.2	<u>A instituição do dever de respeito por meio da boa-fé objetiva.....</u>	<u>54</u>
1.4.3	<u>A natureza da responsabilidade civil atribuída ao terceiro cúmplice.....</u>	<u>57</u>
1.4.4	<u>A necessária ponderação entre a solidariedade social e a liberdade de iniciativa para a configuração do dever de abstenção.....</u>	<u>59</u>
2	REQUISITOS E CRITÉRIOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE.....	67
2.1	Dano.....	67
2.2	Conduta.....	72
2.2.1	<u>A conduta do terceiro e a exigência de conhecimento prévio acerca da existência do crédito.....</u>	<u>72</u>
2.2.2	<u>O elemento subjetivo da conduta do terceiro ofensor.....</u>	<u>83</u>
2.2.3	<u>A abusividade da conduta adotada pelo terceiro e a marca da antijuridicidade..</u>	<u>92</u>
2.3	Nexo causal.....	98
2.4	Critérios específicos.....	102
2.4.1	<u>Exclusividade e concorrência.....</u>	<u>104</u>
2.4.2	<u>A livre denunciabilidade do contrato lesionado.....</u>	<u>118</u>
2.4.3	<u>A validade do contrato lesionado.....</u>	<u>123</u>
3	EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE.....	128

3.1	O inadimplemento absoluto e as perdas e danos incumbidas ao terceiro.....	128
3.2	A possibilidade de configuração do inadimplemento relativo.....	132
3.2.1	<u>Nulidade da contratação entre devedor e terceiro.....</u>	135
3.2.2	<u>Inoponibilidade da contratação entre devedor e terceiro face ao credor lesado.....</u>	137
3.2.3	<u>Execução específica nas obrigações de dar coisa certa.....</u>	144
3.3	Cláusula penal.....	150
	CONCLUSÃO.....	159
	REFERÊNCIAS.....	167

INTRODUÇÃO

O hodierno cenário de amplo e intenso desenvolvimento das relações jurídico-econômicas exige que o ordenamento disponha de mecanismos tutelares do crédito capazes de preservar e promover os interesses do credor em consonância com os valores propugnados pelo ditado constitucional. A pauta de estudos do civilista contemporâneo passou a contemplar as hipóteses de responsabilização de terceiros estranhos à relação obrigacional pelas lesões impingidas ao crédito¹. Promove-se um alargamento subjetivo do momento patológico da relação obrigacional com o intuito de permitir uma adequada e efetiva tutela do crédito.

A tutela externa do crédito compreende algumas situações excepcionais nas quais o inadimplemento é determinado por um terceiro alheio ao vínculo obrigacional. Estas hipóteses particulares de lesão ao crédito podem ocorrer mediante a adoção de duas posturas diversas: seja através de uma conduta material ou de uma atuação jurídica². Considera-se material a conduta do terceiro orientada contra a pessoa do devedor ou contra o objeto mediato da prestação³. Impede-se o adequado adimplemento – provocando-se a lesão ao crédito alheio – através de alguma restrição física ao cumprimento da prestação⁴. Um dos mais propalados casos de tutela externa do crédito nos países de tradição romano-germânica envolvia uma conduta material. Trata-se de

¹ “Il graduale passaggio da una economia statica (prevalentemente fondata sulla ricchezza immobiliare) ad una economia dinamica (caratterizzata dalla ricchezza mobiliare), avendo infatti notevolmente accelerato il ritmo degli scambi e moltiplicato quindi la frequenza dei rapporti obbligatori, ha conferito importanza sempre maggiore ai diritti di credito, i quali possono considerarsi ormai come veri valori o beni patrimoniali, suscettibili, proprio in quanto tali, di essere danneggiati da terzi.” (BUSNELLI, Francesco Donato. **La lesione del crédito da parte di terzi**. Milano: Giuffrè Editore, 1964, p. V).

² “Ora, em todas estas situações, em que um terceiro interfere com o crédito, em que um terceiro lesa o crédito – por via de uma conduta material (acção material ou física sobre o devedor ou objeto mediato da prestação) ou jurídica (como no caso, da celebração com o devedor de um contrato incompatível com o primeiro, a que este estava adstrito) -, não há como concebermos estarmos perante uma interferência meramente fáctica de terceiro sobre o crédito, mas, enquanto tal, enquanto interferência de terceiro sobre o crédito mesmo, juridicamente impossível ou indiferente para o Direito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 461).

³ Teresa Negreiros ressalta a diferença entre as condutas jurídica e material que podem proporcionar uma lesão ao crédito alheio: “Em casos como este, estabelece-se um conflito entre dois contratos incompatíveis; o comportamento do terceiro não é, aqui, um comportamento material, como seria o caso de o terceiro causar danos ao devedor ou à coisa devida.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246).

⁴ “O segundo tipo de conduta de indução é a intervenção direta. Diferentemente da persuasão direta, em que a conduta de indução se restringia a uma declaração, com conteúdo psicológico que levasse ao inadimplemento, na intervenção direta o terceiro age sobre o próprio devedor ou sobre os meios de que ele dispõe para adimplir sua obrigação.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: **Revista de direito privado**. São Paulo, v. 43, p. 180-231, 2010, p. 219).

um grave acidente aéreo ocorrido no ano de 1949 nas colinas italianas de Superga que culminou com a morte dos integrantes do plantel do clube futebolístico *Associazione Calcio Torino*. O aludido clube pretendeu ressarcimento contra a companhia aérea pelo dano resultante da dissolução das relações contratuais com seus jogadores. Aduziu-se que o crédito decorrente dos contratos estabelecidos entre clube e os jogadores fora violado por um terceiro estranho à relação obrigacional – a companhia aérea – ao proporcionar o óbito dos devedores⁵. A despeito da pretensão indenizatória ostentada pelo credor ter sido refutada pelos tribunais, o caso ganhou sensível repercussão na doutrina.

Surpreendentemente o mesmo clube sujeitou-se a outra violação creditícia perpetrada por uma conduta material de terceiro no ano de 1967, quando o jogador *Luigi Meroni* faleceu em um sinistro automobilístico. A Associação futebolística de Turim – credora do atleta falecido – pretendeu o ressarcimento pela lesão ao crédito em face do indivíduo que causara o óbito do jogador. Ao decidir a querela por derradeiro, o Tribunal de Cassação daquele país decidiu estender a responsabilidade do inadimplemento ao terceiro que havia causado o passamento do devedor, admitindo a tutela externa do crédito⁶.

Estes casos colocaram em evidência o problema da responsabilidade civil do terceiro cúmplice e estimularam sobremaneira o desenvolvimento doutrinário do tema na Europa continental. A despeito da manifesta importância das hipóteses de tutela externa do crédito por condutas materiais para o amadurecimento da doutrina alusiva à extensão subjetiva da responsabilidade pelo inadimplemento, a presente dissertação cingir-se-á à análise dos casos pelos quais o terceiro promove a lesão do crédito alheio através de uma conduta jurídica⁷.

⁵ Para um acurado exame do aludido caso, recomenda-se a leitura de: TEDESCHI, Bianca Gardella. **L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um'indagine comparatistica. Milão: Giuffrè Editore, 2008, especialmente as páginas 288-291.

⁶ Interessante análise do caso é desenvolvida por E. Santos Júnior: SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 371-375.

⁷ Cabe destacar que algumas vozes da doutrina nacional asseveram que as hipóteses de conduta material não se submetem à disciplina da tutela externa do crédito, pois a conduta adotada pelo terceiro estaria direcionada à específica lesão à pessoa do devedor ou ao objeto da prestação, sendo a violação do crédito mera consequência mediata de sua atuação, razão pela qual o terceiro responderia tão somente pelo dano perpetrado perante o devedor – em virtude de lhe ter impingido um dano pessoal ou patrimonial, restringindo a reparação pela lesão ao crédito a hipóteses excepcionais. Esta é a lição de Fernando Noronha: “Na primeira e na segunda hipóteses, o que temos são meros danos indiretos, resultantes de um determinado fato gerador de responsabilidade; como tais, estão sujeitos ao regime jurídico que no caso for aplicável, o qual pode ser de responsabilidade subjetiva ou objetiva.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 489).

Este trabalho colima analisar a específica hipótese de responsabilidade civil do terceiro pela lesão ao crédito alheio através do exercício abusivo da liberdade contratual. O crédito será violado em virtude da constituição de uma nova relação contratual estabelecida entre devedor e terceiro que se revelará incompatível com o adequado cumprimento da prestação originária. O problema coloca-se na seara das relações paritárias e deve ser observado pelo prisma dos novos princípios reitores da relação obrigacional.

Exclui-se da análise realizada a investigação acerca de violações às relações empregatícias, nas quais um terceiro alicia o empregado em detrimento dos benefícios hauridos pelo credor na relação laboral. Esta hipótese de responsabilização do terceiro cúmplice exigiria um exame minudenciado de elementos estranhos ao direito civil, não cabendo nos estritos limites metodológicos desta dissertação. Toda este fecundo halo de hipóteses de tutela externa do crédito relacionados ao *débauchage* não merecerá análise nesta sede⁸. Mesmo os casos relativos a interferência de terceiros em contratações de atletas não se encontra abrigados pelo exame realizado no presente trabalho.

Também as hipóteses referentes à interferência de terceiros em acordos de acionistas ou em negócios societários envolvendo a aquisição de valores mobiliários ou de controle de companhias não serão analisadas nesta dissertação⁹. A abordagem de tais temas exigiria incursão ao direito empresarial, o que acarretaria desvio metodológico de grande monta. Insta apenas destacar que o caso de tutela externa do crédito de maior expressão na experiência estadunidense envolveu a lesão a um acordo de aquisição de

⁸“Entretanto, o aliciamento de prestadores de serviço ou empregados, o que em França se designa *débauchage*, não constituiu, ainda assim, o único domínio em que se verificou a consagração jurisprudencial da responsabilidade do terceiro interferente.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 317); “L’obligation peut avoir été souscrite par un salarié, au profit de son employeur, pour l’écas où il viendrait à cesser ses fonctions dans l’entreprise: pendant un certain temps, il lui est fait interdiction de se faire *embaucher* par un concurrent. Le nouvel employeur qui *embaucherait* le salarié au mépris de la clause de non-concurrence, dont il connaît l’existence, se rend complice de la violation de ses obligations par le salarié.” (IZORCHE, Marie-Laure. Les effets des conventions à l’égard des tiers: l’expérience française. In: VACCA, Letizia. (org.). **Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 104-105, grifo nosso).

⁹ “Esta responsabilidade também pode incidir, e.g., nas hipóteses de interferência ilícita de acionista em acordo de voto do qual não faz parte, com o intuito de prejudicar outro sócio, pela violação da norma do art. 118, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 391, v. 103, p. 89-110, 2007, p. 102). De fato, o referido dispositivo da Lei nº 6.404/76 consigna a oponibilidade do acordo de acionistas a terceiros: “**Art. 118.** Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. § 1º. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.”

ações de uma companhia petrolífera. A *Pennzoil* celebrou contrato com os principais acionistas da *Getty Oil* com o escopo de adquirir um conjunto de ações desta companhia, acordo que fora submetido ao crivo de seu conselho de administração. Dois dos acionistas que iriam alienar suas cotas acionárias para a *Pennzoil* negociaram sigilosa e sorrateiramente a alienação das mesmas ações para a *Texaco*, em absoluta preterição ao acordo previamente realizado com a *Pennzoil*. A gravidade do caso levou a Suprema Corte norte-americana a decidir uma intrincada controvérsia acerca da competência para o julgamento do caso, determinando a manutenção da decisão proferida pela Corte de Apelação do Texas que condenava a *Texaco* ao pagamento de indenização no montante de um bilhão de dólares americanos apenas sob a rubrica de *punitive damages*¹⁰.

Deve-se destacar que a hipótese de tutela externa do crédito averiguada neste trabalho restringe-se apenas à lesão creditória decorrente de uma contratação realizada entre o terceiro e o devedor que impossibilita este de cumprir adequadamente a prestação originária, por intermédio de uma nova contratação¹¹. É através da perspectiva axiológica impingida pela Carta Constitucional que se examinará a aludida hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice, com o desiderato de refletir acerca dos fundamentos de tal responsabilidade, bem como delimitar seu âmbito de incidência através da designação de critérios específicos para a concessão da tutela em obediência aos princípios constitucionais regentes dos interesses envolvidos. Para atingir tal escopo, a dissertação será dividida em três capítulos.

O capítulo exordial destina-se à análise dos fundamentos coligidos doutrinariamente para subsidiar a existência de um dever de abstenção imposto ao terceiro. Faz-se mister realizar um breve incursão sobre as reverberações do princípio da relatividade nas relações contratuais e a sua instituição como óbice à possibilidade de responsabilização do terceiro por violação ao crédito alheio. O exame das tradicionais

¹⁰ Para um estudo detalhado sobre o referido caso, recomenda-se a leitura de: SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., especialmente páginas 277-282.

¹¹ Alguns autores falam em duas possibilidades de atuação interferente do terceiro: uma consistente na realização de um contrato com o devedor que o impede de cumprir a prestação original – hipótese que se pretende estudar nesta dissertação – e a outra alusiva à mera indução ou convencimento do devedor para que não realize a prestação: “I critério restrittivi adottati dai giudici in tema di risarcibilità dei danni per violazione d’un diritto relativo si attenuano quando il terzo, rispetto ad una situazione di credito o ad una più complessa situazione contrattuale, positivamente agisca per impedire l’adempimento dell’obbligo e l’esecuzione del contratto: con l’indurre il debitore a non adempiere, rendendosi complice di lui, o instaurando o promuovendo rapporti giuridici incompatibili col vincolo dell’obligato.” (RESCIGNO, Pietro. **Manuale di diritto privato italiano**. 10. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1993, p. 760).

assertivas refratárias à tutela externa do crédito renderá ensejo ao ulterior estudo do princípio da oponibilidade – expressão do pleno exercício do direito subjetivo. Tal princípio erige-se como meio idôneo a preservar a higidez dogmática da relatividade dos contratos enquanto admite a instituição de um dever de respeito ao crédito, cuja violação culminará com a responsabilidade do terceiro interferente. Esta é a pedra angular das hipóteses de tutela externa do crédito e merecerá atenta reflexão. Todavia, a oponibilidade dos direitos de crédito carece de pavimento axiológico. É preciso averiguar qual dos princípios contratuais dispostos na trama normativa oferece substrato dogmático adequado para determinar a existência de um dever de abstenção.

Faz-se mister examinar as potencialidades que os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva ostentam para funcionar como alicerce da tutela externa do crédito. Após a análise das interpretações doutrinárias conferidas a tais princípios, será possível identificar qual deles encontra-se vocacionado à instituição de um dever de respeito ao crédito alheio capaz de espraiar os ditames de cooperação e lealdade para além das fronteiras da relação obrigacional. Esta perquirição do fundamento da tutela externa do crédito será marcada por um imperioso exercício ponderativo entre os princípios constitucionais que resguardam os interesses envolvidos no conflito analisado: de um lado o interesse do credor pela preservação do crédito agasalhado pela solidariedade social, e do lado reverso o interesse do terceiro em promover livremente sua atividade negocial, conforme preconizado pela liberdade de iniciativa. Apenas uma cláusula geral capaz de realizar um adequado cotejo entre tais princípios em obediência às circunstâncias e vicissitudes do caso concreto poderá revelar-se como fundamento do dever de respeito e, conseqüentemente, da tutela externa do crédito.

O segundo capítulo terá por cerne a investigação dos requisitos e critérios para a responsabilidade civil do terceiro cúmplice. Qualquer hipótese de responsabilidade civil não prescinde da análise acerca da configuração do dano. Procurar-se-á delimitar a extensão do prejuízo suportado pelo credor, bem como assinalar os mecanismos determinantes para a ressarcibilidade do dano em cotejo com os interesses em jogo. Também a conduta lesiva exige estudo detalhado para permitir uma averiguação esmerada sobre a dinâmica do evento lesivo. Elemento indispensável à adequada instituição da oponibilidade dos direitos de crédito, o conhecimento efetivo acerca da existência do crédito encontrará abrigo no estudo da conduta, ao lado da análise da eventual exigência do dolo na atuação do terceiro. Serão investigados os elementos

subjetivos da conduta do terceiro interferente e a marca da abusividade no exercício da liberdade contratual que caracteriza sua conduta.

Imprescindível o estudo do estabelecimento do liame de causalidade entre o dano suportado pelo credor e a conduta praticada pelo terceiro. A análise dos pressupostos elementares de responsabilidade civil será acompanhada pela investigação de alguns critérios especificamente talhados para a configuração da tutela externa do crédito. São balizas capazes de delimitar algumas situações nas quais o dever de respeito ao crédito imposto ao terceiro se manifestará. A existência de um ambiente de exclusividade designado por cláusulas de não-concorrência ou de exclusividade é o primeiro dos critérios analisados. Também a possibilidade de livre denunciabilidade do contrato lesionado e a sua validade são outros critérios prestadios à formulação do dever de respeito.

O capítulo derradeiro destinar-se-á ao exame dos efeitos e consequências que o reconhecimento da responsabilização do terceiro pela lesão ao crédito alheio poderá acarretar. Deve-se observar a extensão da responsabilidade do terceiro cúmplice em atenção às especificidades do inadimplemento absoluto e da mora. Exige-se uma análise acerca da possibilidade de execução específica da obrigação lesionada, com especial consideração às consequências que tal medida poderia acarretar em obrigações de fazer e de dar coisa certa. Também a investigação sobre a higidez do contrato entabulado entre terceiro e devedor se faz necessária, ensejando-se a discussão acerca de sua nulidade ou inoponibilidade. Finalmente, procurar-se-á trazer algumas elucubrações sobre o intrincado problema da extensão dos efeitos da cláusula penal e a eventual possibilidade de submissão do terceiro cúmplice aos limites designados pela pena convencional.

1 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE

1.1 O princípio da relatividade dos contratos e a submissão de terceiros aos seus efeitos

Em um passado não muito longínquo, a possibilidade de responsabilização do terceiro por violação ao crédito alheio sequer era cogitada nos bancos das academias ou mesmo nas tribunas das cortes de justiça. A matéria não despertava o interesse dos juristas por uma razão muito simples: não se admitia que um terceiro estranho à relação obrigacional se subordinasse aos seus efeitos, impedindo-se que suportasse qualquer responsabilidade pelo inadimplemento. Tal conclusão exsurgia como decorrência lógica do princípio da relatividade dos contratos.

Dogma de nímia consagração no liberalismo oitocentista, a relatividade dos contratos funciona como um poderoso limitador dos efeitos da relação contratual, restringindo-os apenas àqueles que a compuseram. Somente quem voluntariamente expressou-se para aderir a uma convenção contratual poderia se submeter aos efeitos por ela produzidos. A determinação limitadora rematada pelo princípio da relatividade encontra substrato na velha concepção individualista da autonomia da vontade, à qual se reconhecia papel fulcral na formação da relação jurídica negocial. A vontade das partes teria o condão de instituir entre elas uma relação jurídica capaz de lhes atribuir direitos e obrigações, mercê da plena reverência à autonomia da vontade promovida pelo liberalismo característico do século XVIII¹². Livre de ingerências externas, a manifestação de vontade reputava-se motriz significativa para a realização dos interesses resguardados pela ampla liberdade conferida ao sujeito de direitos¹³.

¹² “Todavia, em seus primórdios, a autonomia da vontade encontrava-se vinculada ao próprio direito de propriedade privada e, ao lado deste, transmigrou dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e atemporalidade. Mais do que isso, o princípio da autonomia da vontade surgiu como um espaço de auto-regulação dos interesses privados. A fase do voluntarismo jurídico situa o homem no centro e como razão da juridicidade.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito contratual contemporâneo: A função social do contrato*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 374).

¹³ “A liberdade é um valor, conteúdo de igual princípio jurídico, que enseja uma pluralidade de significados. Liberdade implica autonomia, ausência de vínculos, pressões ou coações externas, sendo denominada, sob essa ótica, liberdade negativa, enquanto supõe a garantia de não ingerência de poderes ou forças estranhas ao sujeito no desenvolvimento de sua atividade.” (BARBOZA, Heloisa Helena.

Expressão exultante do carácter axiológico da liberdade, a autonomia privada conferia ao sujeito a desembaraçada possibilidade de consecução de seus interesses em atenção ao pleno desenvolvimento de sua vontade¹⁴.

Este magnânimo poder reconhecido à autonomia privada atribui-lhe a capacidade de criar relações contratuais revestidas por uma teia de direitos e obrigações aptos a dar concretude aos interesses insculpidos nas vontades das partes. O negócio jurídico entabulado vincula as partes em virtude das manifestações de vontade por elas exaradas. Corolário deste preceito, o princípio da relatividade dos contratos demarca as fronteiras da obrigatoriedade das convenções¹⁵, restringindo a influência obrigacional do contrato apenas àqueles que compuseram a relação obrigacional¹⁶. Se é a manifestação de vontade que determina a incidência dos deveres e direitos contratuais, terceiros que não exararam sua vontade em conformidade ao contrato jamais poderiam se submeter aos seus efeitos vinculativos¹⁷.

O princípio da relatividade intenta preservar a autonomia privada através da limitação dos efeitos do contrato apenas aos que anuíram à convenção contratual¹⁸,

Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 409).

¹⁴ “Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu património.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128).

¹⁵ “Del concepto mismo de contrato deriva una natural consecuencia en orden a sus efectos. Si el contrato se considera como una manifestación de voluntad privada, tal manifestación de voluntad no puede producir sus efectos más que en relación con las personas que han realizado dicha manifestación. Si el contrato se considera como una manifestación de la autonomía privada, en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio, tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe. De aquí se ha deducido la idea de que todo contrato limita su eficacia a la esfera de las partes que lo han celebrado y que, en cambio, no produce ningún efecto respecto de terceros.” (DIEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: Introducción teoría del contrato. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, v. 1, p. 419).

¹⁶ Em multicitada passagem, Pietro Perlingieri afirma que: “A obrigação se apresentaria como a situação relativa por excelência, que encerra as situações do devedor e do credor como em um parênteses, no interior do qual a obrigação recebe tutela, sem qualquer relevância em relação ao externo, ao terceiros.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 141).

¹⁷ “Os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato. Compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o património das pessoas podem derivar da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas já não da vontade de outros sujeitos. Este princípio – dito da relatividade dos efeitos contratuais – exclui que a posição jurídica de um sujeito possa ser juridicamente atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. cit., pp. 129-130).

¹⁸ “O segundo princípio – o da relatividade das convenções – contém a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. O que, aliás, é lógico. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a

razão pela qual o contrato não deve prejudicar nem beneficiar terceiros¹⁹. A manifestação de vontade constitui-se, portanto, como elemento central da designação dos efeitos contratuais: o raio de projeção de efeitos do contrato alcançará tão somente aqueles que decidiram participar da convenção contratual²⁰, que desejaram a produção dos aludidos efeitos e concordaram em se submeter a eles²¹. O princípio da relatividade revela o verdadeiro alcance jurígeno da autonomia privada²², restringindo os efeitos decorrentes do contrato apenas às suas partes, impedindo, por outra banda, que terceiros estranhos ao vínculo contratual a ele se submetam²³.

Nesta ordem de ideias, o princípio da relatividade contribuiu decisivamente para a identificação da figura do terceiro, reputado como o sujeito estranho à relação

uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei nem derivou de seu querer.” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 17).

¹⁹ “O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 43).

²⁰ “Há duas limitações aos efeitos dos contratos, uma de ordem subjetiva e outra de ordem objetiva. A primeira restringe às partes contratantes a força obrigacional e o efeito vinculante do contrato. Nesse aspecto se fala do princípio da relatividade dos efeitos do contrato quanto às pessoas, ou do ponto de vista subjetivo. Mas também, há o aspecto objetivo do princípio da relatividade, isto é, o efeito do contrato também é relativo quanto ao objeto pactuado.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30).

²¹ “Da ideia presente na concepção de autonomia da vontade extrai-se de forma clara a enunciação da relatividade dos efeitos contratuais, ou seja, a enunciação do princípio de que ninguém se obriga contra sua vontade, ou impõe a outrem obrigação sem que este o tenha querido, que no desenvolver da dogmática contratual ganha, à moda da metodologia vigente, perfil de princípio. Na medida em que somente por meio da vontade manifestada poderia o sujeito se obrigar, não é possível admitir neste momento do pensamento jurídico a sujeição obrigacional de nenhuma pessoa sem que esta tenha manifestado sua vontade, sob pena de se negar sua autonomia e, portanto, afetar sua plena liberdade.” (LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual?: Função social do contrato e contornos da autonomia privada. In: **Revista de direito privado**. São Paulo, n. 49, p. 147-185, 2012, p. 155).

²² “Para los terceros, se suele decir, el contrato es *res inter alios acta*, esto es, un asunto hecho entre otros. Por tal razón, el contrato no puede desplegar ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros: ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest nec nocet*). Este principio de la falta de eficacia del contrato respecto de los terceros o de la limitación de la eficacia del contrato al círculo de las partes que lo han realizado posee un claro fundamento. El contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley – el precepto – por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena.” (DIEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato**. v. 1, cit., p. 424).

²³ “De fato, logicamente aquele que não ingressa na relação contratual não pode se ver afetado pelos efeitos desta, na medida que não participa da formação da vontade contratual. O princípio da relatividade contém, assim, uma regra que impõe a intangibilidade da esfera jurídica individual, que não pode ser modificada através de um negócio a ela estranho. Esta obviamente é uma concepção personalista e individualista do contrato, conforme veremos a breve trecho.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 260).

contratual por não se submeter a qualquer dos efeitos por ela produzidos²⁴. Conforme exposto anteriormente, consideram-se partes da relação contratual aqueles sujeitos que direcionaram seu desígnio à constituição e desenvolvimento da relação contratual²⁵. Os efeitos produzidos pelo contrato são desejados pelas partes, que moldam as diretrizes contratuais de acordo com seus interesses.

Nesta esteira, serão reputados terceiros todos aqueles que não participarem do momento de origem da relação contratual²⁶, ausente qualquer manifestação de vontade direcionada à formação e desenvolvimento do contrato²⁷. Determina-se a posição do terceiro por exclusão, considerando-o como o sujeito que não encaminha sua vontade para instituição do contrato²⁸. Noutras palavras, será terceiro aquele que não puder ser considerado parte da relação contratual²⁹. Não obstante, mesmo diante daquelas diretrizes axiológicas características do liberalismo individualista, era possível identificar alguns terceiros localizados em uma zona periférica do contrato, demonstrando maior suscetibilidade à disciplina contratual, podendo mesmo passar a se

²⁴ “O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, num cenário em que a vontade ocupa o centro natural de todas as atenções, traduz um dos mais importantes corolários da concepção voluntarista do contrato. Não surpreende, portanto, que os conceitos de ‘parte’ e de ‘terceiro’ sejam também eles deduzidos a partir da referência à vontade: é ‘parte’ do contrato aquele cuja vontade deu origem ao vínculo contratual; é ‘terceiro’ aquele cuja vontade, pelo contrário, é um elemento estranho à formação do contrato em causa.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. cit., pp. 217-218).

²⁵ “A qualificação de parte supõe a submissão a um efeito obrigatório do contrato e a uma manifestação de vontade aplicada a essa ligação contratual, fruto da autonomia de vontade dos sujeitos contratuais. Parte é, portanto, aquele que se encontra vinculado ao contrato, por força de sua declaração de vontade.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. cit., p. 263).

²⁶ “A qualificação de terceiros, destarte, se busca através da ausência de qualquer manifestação de vontade quanto aos efeitos obrigatórios do contrato. Parece haver impossibilidade de se dar um conceito positivo unitário de terceiro, sob pena de adentrar casuísmos extremos. Daí o conceito de terceiro ser dado de forma negativa, excludente. Para a maioria da doutrina, terceiro, então, é quem não é parte no contrato, ou seja, é aquele que não se manifestou na formação do contrato.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. cit., p.264).

²⁷ “São terceiros, em sentido amplo, todos os que não são parte do contrato, ou seja, aqueles que não declararam vontade de formar negócio jurídico. O terceiro é, assim, um conceito lógico que se define por negação: é o sujeito de direitos que não declara vontade no negócio jurídico.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos contratuais perante terceiros. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 42).

²⁸ “Nesse contexto, terceiro é aquele que não contribuiu com sua declaração de vontade para a formação do negócio jurídico. Tanto isso é verdade que, no contrato a favor de terceiro, este somente torna-se parte depois que declara sua vontade em aceitar a estipulação.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 199).

²⁹ “Terceiro, em relação ao contrato, será, pois, quem, no momento considerado, não for parte dele. Partes, no contrato, são os contratantes, aqueles que contrataram – emitiram as respectivas declarações negociais -, por si mesmos ou através de representante, voluntário ou legal, e, que, no momento considerado, continuem a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, inter vivos ou mortis causa, vieram a adquirir* ou a ocupar a posição dos contratantes originários ou de quem, entretanto, haja passado a ocupar a posição destes. Terceiro, em relação ao direito de crédito, é quem não for sujeito da relação obrigacional, quem não for, pois, nem credor nem devedor.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 448-449).

submeter aos efeitos do contrato, desde que manifestassem sua vontade neste sentido³⁰. De outro lado, haveria terceiros absolutamente estranhos à relação contratual, os quais jamais se submeteriam à influência do contrato e que foram qualificados como *penitus extranei*³¹.

Amparados pelo princípio da relatividade, alguns autores descartam a possibilidade de responsabilização do terceiro por lesão ao contrato. Apenas aqueles que manifestaram sua vontade para a formação do contrato se submetem à sua disciplina, não sendo concebível que um terceiro estranho à relação contratual possa suportar os encargos de sua violação, os quais incumbiriam tão somente ao devedor³².

O repúdio à responsabilização do terceiro cúmplice também mereceu exame sob a perspectiva do crédito. Como é assente na manualística tradicional, o crédito revela um direito subjetivo ostentado pelo credor dirigido ao cumprimento de uma prestação. A relação obrigacional somente admite que o devedor se submeta ao cumprimento da prestação. Apenas o devedor encontra-se atrelado ao vínculo jurídico decorrente da obrigação, sendo-lhe exigível o cumprimento do dever jurídico que lhe incumbe – caracterizado pelo cumprimento da prestação³³.

³⁰É o que acontece com a estipulação em favor de terceiros e a promessa por fato de terceiro, institutos regulados pelo Diploma Civil que admitem o ingresso de terceiro na relação contratual, desde que haja a expressa manifestação de vontade do terceiro neste sentido, conforme se observa dos artigos 436 e 440 do aludido Digesto. Para uma atual análise dos referidos institutos, aconselha-se a leitura de: THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros.** cit., pp. 213-260.

³¹ “O princípio geral é o de que os contratos não prejudicam a terceiros. Os seus benefícios ou as suas obrigações somente abrangem, de um modo direto, as partes que neles intervierem. Por terceiros entendem-se os que de modo algum* não figuraram no contrato, excluídos do nosso estudo os casos em que os terceiros são expressamente nele visados, como no do contrato por terceiro ou nas estipulações em favor de terceiro, ou aquelas outras espécies de terceiros atraídos mais energicamente ao âmbito contratual, como os sucessores universais e a título particular, ou ainda os credores quirografários. Aqui se cogita dos verdadeiros terceiros: *penitus extranei*.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** Fonte das obrigações: Contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1991, v. 3. pp. 108-109); “Les tiers *penitus extranei*, c’est-à-dire complètement étrangers qui ne sont pas les ayants cause d’une des parties, ne peuvent subir les effets du contrat. C’est à ceux que s’applique pleinement la règle classique *res inter alios acta...* c’est-à-dire le principe de la relativité des contrats.” (WEILL, Alex. **Droit civil: les obligations.** Paris: Dalloz, 1971, p. 544).

³² “Se o devedor não cumprir, porque a tal tenha sido instigado por terceiro, é ele, e não este, quem terá que indemnizar o credor. Mesmo que o não cumprimento resulte da colaboração de terceiro com o devedor (realização de compra e venda com violação do pacto de preferência que vinculava o alienante; celebração do contrato de trabalho com o empregado que deixa culposamente de cumprir o contrato com outra empresa, por causa da nova convenção), só este último, e não o terceiro (que nenhum dever assumiu perante o lesado), responde pela violação cometida.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral.** 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 179).

³³ “El deber prestar del deudor, su deber jurídico, y el derecho del acreedor constituyen un mismo vínculo jurídico contemplado desde dos distintos puntos de vista. De ahí que el derecho del acreedor, su crédito, se dirija necesariamente contra una persona determinada, el deudor. Este es el único que debe la prestación, y sólo frente a él está el acreedor justificado en su exigencia. Esta directriz del crédito contra una persona determinada lo denominamos carácter relativo del derecho del crédito.” (LARENZ, Karl.

A exigibilidade do crédito impende tão somente sobre o devedor: este é o único sujeito adstrito ao cumprimento da prestação, razão pela qual o direito de crédito é considerado relativo³⁴. Noutras palavras, o direito de crédito reputa-se relativo porquanto exigível de um único sujeito – o devedor³⁵. Esta característica marcante dos direitos de crédito os fazem diferir sobremaneira dos direitos absolutos³⁶.

Consideram-se absolutos aqueles direitos capazes de impingir à coletividade um dever genérico de abstenção. São direitos cujo livre exercício repousa na garantia de sua inviolabilidade por terceiros. O pleno e desembaraçado exercício do direito subjetivo absoluto depende da inexistência de qualquer perturbação externa. A higidez do direito absoluto e sua plena fruição por seu titular encontram-se visceralmente determinadas pela imposição de um dever de abstenção à coletividade. Somente a partir da proscrição de condutas contrárias à satisfação do direito subjetivo absoluto é que se preserva sua integridade, permitindo-se ao seu titular um exercício livre e efetivo.

Esta formulação encontra-se bem amoldada aos direitos reais. Estes distinguem-se fundamentalmente dos direitos de crédito em razão da oponibilidade *erga omnes*. Enquanto o dever jurídico decorrente da relação obrigacional restringe-se à pessoa do devedor – único sujeito juridicamente vinculado ao cumprimento da prestação³⁷ –, o

Derecho de obligaciones. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 23).

³⁴ “O prisma estrutural permitiria ajuizar que o direito de crédito consiste, essencialmente, numa relação intersubjectiva, contrastando com o direito real que, traduzindo um poder pessoa-coisa, apareceria como uma realidade desligada (absoluta) de qualquer relação. No tocante à eficácia, verificar-se-ia que o direito do credor poderia ser actuado não contra qualquer pessoa mas, apenas, contra o devedor. Nesse sentido fala-se em oponibilidade relativa ou *inter partes*, por oposição à oponibilidade *erga omnes* dos direitos absolutos. Quanto à responsabilidade, a relatividade dos créditos conduz à afirmação de que, pela frustração do direito de crédito só poderiam ser pedidas contas ao devedor, ao passo que nos direitos reais, qualquer culpado seria responsabilizado por danos ocorridos”. (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 1, p. 252).

³⁵ “A obrigação é essencialmente o poder de exigir uma prestação, que apenas recai sobre o devedor e, por isso, se considera um direito relativo.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. cit., v. 1, p. 172).

³⁶ “Para efeitos da análise que ora vamos fazer, tomaremos, para já, a expressão ‘direito absoluto’ como designando o direito que produz efeitos frente a todos, ou seja, que é eficaz *erga omnes*, independentemente de saber se essa eficácia pressupõe uma relação absoluta, um poder oponível ou um simples dever geral de respeito. Simetricamente, o direito relativo só produziria efeitos em relação ao obrigado, ou seja, seria eficaz *inter partes*.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 302).

³⁷ “A obrigação, pelo contrário, consiste num direito à prestação, só realizável através do intermediário, que é o devedor. Mesmo quando a prestação tenha por objeto certa coisa, o credor necessita da *cooperação* do devedor para obtê-la, mediante o cumprimento.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. cit., v. 1, p. 183).

dever oriundo do direito real espraia-se pela coletividade, alcançando quaisquer sujeitos capazes de impedir o livre exercício de tal direito³⁸.

O titular do direito de propriedade – direito real absoluto por excelência – somente gozará livremente dos poderes que este direito lhe atribui diante da inexistência de perturbações externas perpetradas por terceiros, motivo pelo qual o ordenamento jurídico insculpe um dever de abstenção dirigido à coletividade. Este dever de abstenção é o mecanismo adequado para promover a tutela dos interesses do titular do direito real.

Ao passo que os interesses do credor somente serão satisfeitos diante do cumprimento da prestação pelo devedor, o titular do direito real satisfaz seus interesses pelo livre e desembaraçado exercício do direito através de uma relação imediata com a coisa objeto do direito³⁹, exigindo-se, para tanto, a incidência de um dever geral de abstenção direcionada à generalidade de indivíduos – conferindo-se aos direitos reais uma oponibilidade *erga omnes*. Desta característica intrínseca aos direitos reais decorreriam outros tantos elementos definidores de sua disciplina, como o princípio da taxatividade. Diante do intenso gravame caracterizado pela oponibilidade dos direitos reais, caberá exclusivamente ao legislador a competência para definir a sua *fattispecie* normativa. O surgimento dos direitos reais não prescinde da expressa previsão normativa, restringindo-os a um elenco *numerus clausus*. Não apenas a criação do direito real exige a prévia existência de um amparo legal específico – conforme denotado pela taxatividade – como também o conteúdo e a estrutura do direito subjetivo real se submetem à estrita disciplina legal⁴⁰. Estas características do regramento dos direitos reais⁴¹ demarcam uma *summa divisio* nas relações patrimoniais.

³⁸ Tratando dos direitos reais: “Estes têm como correlato a chamada *obrigação negativa* ou *passiva universal*, que se traduz no dever que impende sobre as restantes pessoas de não perturbarem o exercício de tais direitos.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 75).

³⁹ “Na situação dita real a utilidade, o alcance do resultado útil para o titular se identifica na relação de imediatidade entre situação e utilidade oferecida pela res, sem que, normalmente, seja necessária a intervenção por parte de um terceiro; na situação dita creditória o interesse a favor do titular se realiza exclusivamente mediante a atividade, o comportamento do sujeito obrigado.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 203).

⁴⁰ “Neste particular, cabe a observação de que o sistema *numerus clausus*, em verdade, exprime-se de dois modos. Significa, por um lado, a *taxatividade* das figuras típicas, quando examinado do ponto de vista da reserva legal, para a criação dos direitos subjetivos; e, por outro lado, traduz-se no princípio da *tipicidade*, propriamente dito, quando analisado sob o ângulo de seu conteúdo, significando que a estrutura do direito subjetivo responde à previsão legislativa típica. A taxatividade refere-se, assim, à sua fonte e a tipicidade às modalidades do exercício dos direitos, uma e outra conforme a dicção legal.” (TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, pp. 287-288).

⁴¹ Os elementos distintivos dos direitos reais não se resumem apenas àqueles indicados no texto. Muitas são as outras características dos direitos reais, dentre as quais podemos destacar a sequela, a ambulatoriedade e a perenidade.

Os direitos relativos prescindiriam da construção da oponibilidade, bastando o dever específico de cumprimento da prestação para a integral satisfação dos interesses de seu titular. Este marcante signo dos direitos de crédito afastaria qualquer possibilidade de responsabilização de um terceiro pela sua violação, conforme se infere do ensinamento de Mário Júlio de Almeida Costa:

“Nesta perspectiva, os direitos absolutos podem ser ofendidos por qualquer pessoa, ao passo que os direitos de crédito só podem sê-lo pelo devedor ou devedores. Segundo a doutrina tradicionalmente consagrada, se o devedor não cumpre por culpa de terceiro, este apenas incorre em responsabilidade extracontratual para com o devedor e não para com o credor. Será impróprio falar, na hipótese, em obrigação passiva universal (o dever a todos dirigido de respeitar o direito de crédito), que não se considera comum à generalidade dos direitos, mas sim privativa dos direitos reais ou sobre as coisas e dos outros direitos absolutos⁴².”

Assentados no caráter relativo dos direitos de crédito e na limitação dos efeitos contratuais imposta pelo princípio da relatividade – duas manifestações de fenômenos similares – alguns juristas repudiam a hipótese de responsabilidade do terceiro cúmplice, muitas vezes consignando a conduta do terceiro como um malfeito moral, mas não um ilícito civil⁴³.

Se o dever de cumprimento da prestação somente pode ser imputado ao devedor, não seria concebível que um terceiro estranho ao vínculo contratual pudesse responder pelo inadimplemento. Apenas o devedor poderia suportar a lesão ao direito de crédito, porquanto o único vinculado ao cumprimento da prestação. Terceiros não participam do vínculo obrigacional nem se submetem a deveres oriundos de tal relação, razão pela qual não se lhes poderia imputar responsabilidade por um evento lesivo que só poderia ser ocasionado pelo devedor⁴⁴. Em palavras mais sóbrias, se é o devedor o único sujeito

⁴² COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., p. 76.

⁴³ “Mas, se a responsabilidade do terceiro se funda, apenas, na participação no acto ilícito, que é a inexecução do contrato, essa responsabilidade não é contratual, porque o terceiro não se obrigou no contrato inexecutado, nem extracontratual, porque já ficou dito e redito que um contrato inter alios não tem de ser respeitado por terceiros; o acto por meio do qual o terceiro, porventura, prejudique um contrato inter alios não é ilícito em relação a êle. Claro está, trata-se do lícito jurídico e não do lícito moral, porque a função dos juízes é aplicar a lei e não reformar a lei e endireitar o mundo, guiados por sentimentalismos moralizadores.” (GONÇALVES, Luis da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 1937, v. 12, t. 2, p. 955).

⁴⁴ “Cada contrato é independente de outro. Um contrato só pode ser violado por quem nêle se obrigou (V. art. 705) e não por terceiro; e, pôsto que do contrato tenha nascido para um dos contraentes determinado direito, êste é relativo, é direito de obrigação; não é direito real, ou direito invocável erga omnes, que por tôda a gente haja de ser respeitado. Portanto, um terceiro, não podendo violá-lo, porque não lhe pode ser oposto, também não incorre em responsabilidade extracontratual.” (GONÇALVES, Luis da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português**. cit., p. 952-953).

capaz de cumprir a prestação, por via de consequência, apenas ele terá o condão de determinar a violação ao direito de crédito⁴⁵.

Os juristas mais conservadores refutam com veemência as hipóteses de responsabilidade civil do terceiro ofensor, asseverando que a imposição a um terceiro estranho à relação obrigacional do dever de reparação do dano decorrente do inadimplemento ocasionaria verdadeiro entrave à atividade negocial⁴⁶. Estes autores aduzem que a possibilidade de responsabilização do terceiro por lesão ao crédito alheio implicaria em pesado ônus ao tráfego jurídico, inviabilizando a fluidez característica do comércio⁴⁷. Admitir que um direito relativo seja violado por um terceiro⁴⁸ instituiria a necessidade de constante perquirição acerca da existência de créditos, embaçando sobremaneira a competição ínsita ao livre mercado⁴⁹.

⁴⁵ Na ilação caricata de Cunha Gonçalves: “O contraente que rompeu o contrato não é menor ou fraco de espírito. Presume-se que está no gôzo da sua capacidade civil. Pouco importa que um terceiro o tenha instigado ou aliciado mediante maiores salários e vantagens. A responsabilidade será exclusivamente sua. De contrário, teremos a cada passo a fantasiada desculpa da fraca e ingênua Eva: ‘a serpente tentou-me e eu comi...’. Mas, Jeová puniu só a Adão e Eva; e não consta que a serpente fosse solidariamente responsabilizada.” (GONÇALVES, Luis da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português**. cit., p. 956).

⁴⁶ “O problema ultrapassa, obviamente, a pura análise da letra da lei e ocasiona uma controvérsia mais ampla. Entende-se que uma tal orientação levaria demasiado longe a responsabilidade de terceiros, sendo até susceptível, por isso mesmo, de entrar a atividade negocial.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., p. 78).

⁴⁷ “In conclusione si può dire che il sistema normativo contiene univoche indicazioni nel senso che la stipulazione di un contratto incompatibile con un preesistente impegno di una delle parti verso un terzo non può essere fonte di responsabilità extracontrattuale dell'altra parte, quand'anche essa abbia conosciuto il pregiudizio che così veniva arrecato al credito del terzo. La ragione giustificatrice dell'inopponibilità dei diritti di credito ai terzi sta in un'esigenza di dinamismo e di sicurezza dei traffici.” (TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito. In: **Rivista do diritto civile**. Pádua, ano 29, primeira parte, p. 217-236, 1983, p. 221).

⁴⁸ Afirma-se, outrossim, que a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva encontra-se amoldada apenas a hipóteses de lesão a direitos absolutos, excluindo de seus domínios quaisquer lesões perpetradas a direitos relativos, os quais somente se submetem a regime de responsabilidade contratual. No ordenamento lusitano, a responsabilidade aquiliana é disciplinada pelo disposto no artigo 483º: “**Art. 483º**. Princípio geral. 1. 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. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”. A restrita leitura de tal comando normativo impediria que a responsabilidade civil aquiliana albergasse uma pretensa tutela externa do crédito, como se deduz da lição de Antunes Varela: “Não é para os direitos de crédito (a não ser quanto ao valor absoluto da sua titularidade) que aponta a responsabilidade delitual ou extracontratual, prevista e regulada nos artigos 483º e seguintes. Para que o terceiro, ao impedir ou perturbar o exercício do crédito, aja ilicitamente, violando já o direito do credor, é necessário que a sua actuação exceda a margem de liberdade que a existência dos direitos de crédito ainda consente a estranhos à relação, pisando nomeadamente os terrenos interditos pelo abuso do direito (art. 334º).” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. cit., p. 177).

⁴⁹ “Tôda a vida econômica é entretida de concorrências, que forçosamente prejudicam interesses, ambições, cálculos e projectos de alguns; mas isto não basta para se classificar de desleal a actividade dos concorrentes. De contrário, só seriam lícitos os actos praticados na terra de ninguém, isto é, os actos de que nenhum prejuízo possa resultar a outrem.” (GONÇALVES, Luis da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português**. cit., p. 955).

Não obstante, o próprio ordenamento mostrar-se-ia refratário à possibilidade de responsabilização do terceiro interferente ao estipular hipóteses específicas de eficácia externa das obrigações. Para estes autores, a existência de situações expressas e bem pormenorizadas de concessão de efeitos externos às obrigações deporia contra a genérica possibilidade de responsabilização do terceiro cúmplice⁵⁰. A limitação dos efeitos externos da relação obrigacional apenas aos casos legalmente determinados indicaria um intransponível empecilho a uma doutrina geral de tutela externa do crédito⁵¹.

Outra objeção levantada pelos opositores da responsabilidade civil do terceiro cúmplice remonta à existência de outros mecanismos prestados à tutela do crédito. Afirmar-se que o ordenamento alberga institutos específicos para a disciplina desta particular situação de lesão do crédito por um terceiro estranho à relação obrigacional. Os interditos administrativos de proibição da concorrência desleal, ou mesmo a figura restrita do abuso do direito seriam mecanismos suficientes para promover a adequada tutela do crédito⁵², tornando-se despicienda qualquer formulação doutrinária acerca de

⁵⁰ No direito português, afirma-se que ao pacto de preferência e à promessa de compra e venda poderão ser conferidos efeitos externos, mercê da eficácia real que é atribuída pelo ordenamento a tais relações obrigacionais quando cumpridos alguns requisitos legais específicos capazes de garantir publicidade ao crédito. Tratando do pacto de preferência, Antunes Varela assinala que: “O novo Código Civil firmou doutrina oposta à do acórdão, proclamando como regra a mera eficácia relativa (ou obrigacional) do pacto de preferência e admitindo excepcionalmente a sua eficácia real (em face de terceiros), mas só quando, respeitando a preferência a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registro, o pacto conste de escritura pública, as partes lhe queiram efectivamente atribuir eficácia real e a cláusula seja levada ao registro (art. 421º)”. Também quanto à promessa, Antunes Varela remata pela mesma conclusão: “Idêntica doutrina vale não só para os casos análogos, como o da promessa de alienação ou oneração, em que, podendo excepcionalmente ter atribuído ao contrato eficácia real (art. 413º), os pactuantes lhe tenham imprimido mera eficácia obrigacional, mas para todos os casos em que o direito de crédito (tendo por objeto a prestação de factos ou a prestação de coisas não acessíveis ao instituto do registro) goza de simples eficácia obrigacional (relativa) e de outra não pode gozar.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. cit., p.177). Vale recordar que o ordenamento pátrio também consagrou a eficácia real desta obrigação nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil.

⁵¹ Almeida Costa destaca, também em análise ao ordenamento português, a eficácia externa do crédito alimentar, revelando que o credor poderá exigir o adimplemento da prestação de alimentos ao terceiro que tenha dado causa à morte do devedor, o que revelaria uma evidente hipótese de tutela externa do crédito por conduta material: “A própria lei, no art. 495º, nº 3, consagra a doutrina do efeito externo no âmbito restrito e bem demarcado dos credores de uma relação obrigacional de alimentos, pois confere-lhes o direito de serem indemnizados pelo autor da lesão corporal que atingiu o devedor, especialmente se lhe causou a morte, impedindo-o do cumprimento.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., p. 79). Para fins de ilustração, transcrevemos o dispositivo citado pelo autor: “**Art. 495º**. Indemnização a terceiros em caso de morte ou lesão corporal. 1. No caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem exceptuar as do funeral. 2. Neste caso, como em todos os outros de lesão corporal, têm direito a indemnização aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima. 3. Têm igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.”

⁵² “Acrescentam-se as situações em que o terceiro que impediu o cumprimento da obrigação pode responder perante o credor, por ter agido com abuso do direito. Este instituto, entendido nos termos amplos que assinalámos, possui virtualidade que permitem atender aos casos mais graves, em que a

supostos efeitos externos da obrigação. É o que se deduz do escólio de João de Matos Antunes Varela:

“Só, porém, através doutros institutos, como a proibição da concorrência desleal, o abuso do direito (quando se verificarem os pressupostos deste), os negócios usurários, as sanções penais, quando a conduta do terceiro integre qualquer tipo legal de infracção criminal (burla, abuso de confiança, simulação, etc.), será possível reagir contra a conduta reprovável do terceiro; nunca, na área do direito civil, mediante um efeito externo que a obrigação não possui.⁵³”

A despeito destes óbices aventados pela doutrina tradicional, alguns autores passaram a cogitar a possibilidade de imputação dos efeitos do inadimplemento a um terceiro estranho à relação obrigacional, mercê do surgimento de situações de iniquidade nas quais o devedor atuava em conluio com um terceiro para determinar o incumprimento da prestação. A reparabilidade da lesão suportada pelo credor era demasiadamente fragilizada pelas limitações impostas através da alargada leitura conferida pela doutrina tradicional ao princípio da relatividade dos contratos e ao caráter relativo dos direitos obrigacionais, impedindo-se que o dano ocasionado pelo terceiro fosse por este compensado, o que ensejou parcela da doutrina a superar a indelével redoma contratual para que se admitisse a responsabilidade do terceiro cúmplice⁵⁴.

Esta tendência ficou estampada em um dos mais emblemáticos casos de responsabilização do terceiro por lesão ao crédito alheio ocorrido no Reino Unido. Benjamin Lumley, empresário teatral do *Her Majesty's Theatre of London*, contratou a cantora de ópera da Corte Prussiana Johanna Wagner para realizar apresentações cênicas na aludida arena por um período de três meses, em caráter de exclusividade⁵⁵.

Não obstante, Frederick Gye, proprietário do *Royal Italian Opera* e concorrente do teatro administrado por Lumley, convenceu Johanna Wagner a apresentar-se em seu estabelecimento, oferecendo-lhe maiores vantagens pecuniárias, o que a levou a cantar por uma vez no *Royal Italian Opera*. Irresignado com o aliciamento da cantora, Lumley

conduta de terceiros se mostre particularmente chocante e censurável. Nem se afigura necessário outro suporte técnico para satisfazer, numa equilibrada medida, as aspirações de certa tendência no sentido da responsabilização de terceiros pela lesão de créditos e conseqüente reforço da posição do credor.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., pp. 79-80).

⁵³ VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. cit., v. 1, p. 179.

⁵⁴ Em um instigante texto acerca das possibilidades hermenêuticas do princípio da relatividade, René Savatier reconhece a possibilidade de responsabilização do terceiro cúmplice para além da revelha concepção de relatividade: “On voit ainsi combien l’esprit du législateur moderne comprend largement la responsabilité delictuelle du tiers qui a’associe consciemment à la violation d’une obligation. La timidité dont fait parfois preuve la jurisprudence pourrait y trouver des leçons.” (SAVATIER, René. Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 34, p. 526-545, 1934, p. 542).

⁵⁵ Para uma análise sobre o caso, recomenda-se a leitura de: SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., com atenção para as páginas 272-274.

obteve uma medida judicial de injunção para proibir que Johanna Wagner cantasse no teatro de Gye. Impedida de cantar no *Royal Italian Opera*, Johanna Wagner recusou-se a cumprir a avença firmada com Lumley.

Diante de tal cenário, Lumley buscou ressarcimento pelos danos sofridos em virtude do cancelamento das apresentações em face de Gye, asseverando que este havia induzido maliciosamente a cantora para deixar de cumprir a prestação original. O tribunal bretão condenou Gye ao pagamento de indenização pelos danos suportados por Lumley, inaugurando a doutrina do terceiro cúmplice.

Não foi apenas em virtude da praxe que a hipótese de responsabilidade do terceiro cúmplice se fortaleceu, sendo mesmo possível identificar na doutrina francesa grande esforço dogmático empreendido para admitir que ao terceiro fosse imposto o dever de reparar a lesão ao crédito alheio. O desafio imposto aos juristas consistiu na superação dos óbices encarnados pela relatividade dos contratos e dos direitos obrigacionais, culminando-se com uma solução de grande elegância dogmática: um princípio de oponibilidade ínsito aos direitos subjetivos.

1.2 A construção doutrinária da oponibilidade

A primeira assertiva alinhada pelos defensores da responsabilidade do terceiro cúmplice aponta para a falsa incompatibilidade entre a relatividade dos contratos e a possibilidade de imputação do evento danoso ao terceiro⁵⁶. A leitura do princípio da relatividade realizada anteriormente – e acolhida pela doutrina tradicional e por aqueles que advogam a inviabilidade da tutela externa do crédito – parece demasiada alargada para impedir o reconhecimento da responsabilidade do terceiro cúmplice⁵⁷. É certo que o princípio da relatividade dos contratos restringe a incidência dos efeitos da relação

⁵⁶ “Por ora só importa dizer mais que o fato de o crédito ser direito relativo não significa que ele não possa ser violado por terceiros, embora não fosse este o entendimento tradicional. Ninguém pode violar direitos alheios, ainda que sejam meros direitos de crédito; por isso, em determinadas circunstâncias um terceiro pode ser considerado responsável pelo inadimplemento de uma obrigação, tendo de reparar os danos daí resultantes, ao abrigo do que se chama tutela externa do crédito.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. cit., p. 86).

⁵⁷ “A história do princípio da relatividade revela a sua permeabilidade às teorias explicativas da força obrigatória do vínculo contratual. Assim, interpretado sob a influência de doutrinas individualistas, que consideram a autonomia da vontade o fundamento da força obrigatória do contrato, o princípio é exacerbado ao ponto extremo de se tornar razão para que os terceiros possam ignorar inteiramente a existência do contrato.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p. 215).

contratual, mas tal restrição exige averiguação cautelosa⁵⁸. Uma análise mais adequada do princípio revela que apenas os efeitos intestinos ao contrato restringem-se às partes, sendo mesmo possível vislumbrar a produção de efeitos externos, os quais podem extrapolar as fronteiras do contrato⁵⁹.

Os efeitos internos consistem nos direitos e obrigações primordialmente talhados pela disciplina contratual, os quais deverão limitar-se apenas às partes da relação contratual, em plena consonância com o estipulado pelo núcleo teleológico do princípio da relatividade⁶⁰. De outra banda, consideram-se efeitos externos aquelas reverberações que o contrato produz na sociedade, enquanto fenômeno jurídico de repercussão social⁶¹. Não se deve conceber o contrato desligado do contexto social no qual se insere, limitando seus desdobramentos apenas às partes⁶². Em virtude desta impossibilidade fática de vislumbrar o contrato como um negócio jurídico hermético e alheio à cercania

⁵⁸ “Aunque la relación obligatoria, como sistema de organización jurídica, se establece solamente entre el deudor y el acreedor, no vive ni se desarrolla en una campana de cristal y le afectan inevitablemente los hechos de terceros.” (DIEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: Las relaciones obligatorias 5. ed. Madri: Editorial Civitas, 1996, v. 2, p. 602).

⁵⁹ “A exposta orientação clássica, opõe-se modernamente a doutrina do efeito externo. Admitem os seus defensores, além de um efeito interno das obrigações, dirigido contra o devedor e em todo o caso primacial, um efeito externo, traduzido no dever imposto às restantes pessoas de respeitar o direito do credor, ou seja, de não impedir ou dificultar o cumprimento da obrigação. Alude-se, a propósito, à chamada doutrina do terceiro cúmplice.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., p. 77); “Quando se alega ser terceiro o fim em vista é a manutenção ou realização do direito de que se é titular graças à preferência possuída pela paralização dos efeitos do direito contrastante ou da situação que prejudica; Invoca-se, normalmente, para tanto, a regra básica *res inter alios acta tertiis nec nocere nec prodest potest*. Todavia, ela é insuficiente para o fim em vista porque só impediria a sujeição aos efeitos internos do acto e não os externos (o que afinal a regra significa é que os efeitos internos da convenção não vão além dos contraentes). No entanto, o acto ou negócio no efeito externo pode atingir os que nele não intervieram porque a regra agora é a de que no aspecto existência o acto é oponível a todos.” (SALVADOR, Manuel J. G.. **Terceiro e os efeitos dos actos ou contratos**: A boa fé nos contratos. Lisboa: Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962, pp. 205-206).

⁶⁰ “Para torná-lo compreensível, é indispensável distinguir da existência do contrato os efeitos internos. A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Em síntese, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 43).

⁶¹ “Não o pensamos: o direito de crédito, porque direito subjectivo, tem inegável projecção social. Sendo assim, qualquer membro da sociedade que se coloque, face a ele, em determinada posição, terá de lhe sentir os efeitos ou poderá entrar em contacto com ele.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 308).

⁶² “Para superar o obstáculo consistente no princípio da relatividade dos efeitos contratuais, os autores franceses passaram a distingui-lo do princípio da oponibilidade do contrato. O primeiro diz respeito apenas aos efeitos obrigatórios do contrato e significa que as partes não podem criar obrigações para terceiros, que, com isso, não tenham anuído. Não se pode tornar ninguém devedor à revelia de sua vontade. Já o segundo quer dizer que o contrato, como fato social, deve ser respeitado por todos os membros da sociedade, que têm o dever de se abster de nele interferir.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito) In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 3, pp. 456-457).

social que o envolve, reconheceu-se a produção de efeitos externos⁶³ – *ultra partes* – sem que tal assertiva estenda a terceiros direitos e obrigações contratuais estranhos à sua vontade⁶⁴. Neste diapasão, não há qualquer incompatibilidade lógico-dogmática entre o princípio da relatividade e a aptidão do contrato para a formação de efeitos externos⁶⁵.

No que concerne aos terceiros estranhos ao contrato, a incidência daqueles efeitos exteriores acarretará o surgimento de um dever de abstenção⁶⁶. Considerado o impacto social ocasionado pela contratação, não se olvida que terceiros estejam submetidos a influências econômicas e sociais oriundas do contrato⁶⁷ – como demonstra

⁶³ “Importante ressaltar que os efeitos dos contratos dividem-se em efeitos internos e externos. Os primeiros são aqueles direitos e obrigações que emergem do próprio contrato, os quais não alcançam terceiros, pois são *res inter alios acta*. Por sua vez, os efeitos externos decorrem da simples existência do contrato enquanto fato social, representativo de situações jurídicas subjetivas, o que atinge a esfera jurídica de terceiros, impondo-lhes um dever geral de respeito e abstenção.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 20, p. 125-150, 2004, p. 130).

⁶⁴ “La distinction semble donc claire: l’opposabilité est une propriété très générale des conventions, qui concerne toute personne, quelle que soit sa position relativement à la convention, mais l’effet obligatoire ne concerne que les parties au contrat.” (IZORCHE, Marie-Laure. Les effets des conventions à l’égard des tiers: l’expérience française. cit., p. 75).

⁶⁵ “Selon cette analyse nouvelle le principe de l’effet relatif se borne à limiter aux parties, et à ceux qui leurs sont assimilés, l’effet obligatoire du contrat. Il signifie simplement que seuls les parties peuvent devenir créancières ou débitrices par l’effet du contrat, et, plus largement, sujets actifs et passifs des effets obligatoires de ce dernier. En revanche il ne fait pas obstacle à l’opposabilité du contrat et des situations contractuelles nées de ce dernier. Cela permet aux parties à l’égard des tiers, comme aux tiers à l’égard des parties, de se prevaloir de la situation juridique créée par le contrat.” (GHESTIN, Jacques. Introduction (Rapport Français). In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques (Orgs.). **Les effets du contrat à l’égard des tiers**: comparaisons franco-belges. Paris: LGDJ, p. 4-39, 1992, pp. 12-13).

⁶⁶ “A oponibilidade decorre da projeção da eficácia de um direito subjetivo em relação a terceiros. O princípio da relatividade significa que num contrato apenas as partes contratantes são credores e devedores. Assim, se corretamente interpretado, tal princípio não se denota incompatível com a oponibilidade, já que esta significa que um determinado direito pode ser oposto a quem não foi parte do contrato, de modo a limitar-lhe sua liberdade de atuação, podendo-se exigir que este terceiro o respeite, o que nos remete ao mecanismo de atuação dos direitos reais, oponíveis erga omnes e geradores de um dever geral de abstenção.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 131).

⁶⁷ “O princípio da relatividade das convenções não pode ser entendido hoje, como o foi no século XIX, com a rigidez de regra absoluta, conferindo ao terceiro ampla liberdade de ação. O contrato produz efeitos relativamente às partes contratantes, conferindo-lhes direitos e impondo-lhes deveres; tais efeitos, entretanto, não atingem os terceiros absolutamente estranhos à relação contratual. Contra os terceiros, os efeitos dos contratos são inoponíveis; trata-se da ineficácia, em relação aos mesmos, de um direito oriundo de um ato jurídico do qual não participaram. Mas o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos; sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes, mas age, como tal, erga omnes. Aquele mesmo sujeito passivo universal, que existe no direito real, observa Demogue, existe no direito de crédito, sujeito obrigado ao dever de abster-se de violar o contrato, não se tratando de uma obrigação resultante da relação contratual. Há um dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem, de *neminem laedere*; um direito, que apenas o contratante seja obrigado a respeitar e que terceiros possam impunemente desprezar, não teria absolutamente valor; não poderiam subsistir mais relações sociais, nem jurídicas, possíveis; a anarquia sucederia ao reino da lei.” (LIMA, Alvíno. A interferência de terceiros na violação do contrato. In: **Revista dos Tribunais**, n. 315, p. 14-30, 1962, p. 17).

a doutrina dos efeitos externos do contrato⁶⁸. Este cenário propicia a eclosão de um dever de respeito à relação contratual, amparado pela sofisticada construção do princípio da oponibilidade. Conforme afirmado anteriormente, a consagração das hipóteses de tutela externa do crédito não decorreu apenas da perplexidade face às situações fáticas de lesão ao crédito alheio. Ao revés, a admissão da responsabilidade civil do terceiro cúmplice encontrou sólido sustentáculo doutrinário na oponibilidade⁶⁹.

A oponibilidade consiste em um mecanismo de proteção ao livre e desembaraçado exercício do direito subjetivo, manifestando-se através do repúdio a eventuais interferências externas ao escorreito gozo de tal direito⁷⁰. A oponibilidade revela-se como paladino da integridade do direito subjetivo, preservando a qualidade da exclusividade que lhe é intrínseca, conforme se infere do ensinamento de E. Santos Júnior:

“A exclusão dos outros – ou a exclusividade do titular na actuação do bem que o direito subjectivo lhe garante – postula a oponibilidade do direito, a possibilidade de este poder oposto aos outros, por modo a demarcar-lhes um limite à sua liberdade de agir. Opor o direito e afirmá-lo, enquanto tal, perante os outros, é poder exigir dos outros que o respeitem. A oponibilidade é, assim, uma manifestação da eficácia do direito subjetivo em relação aos outros. De princípio, o dever geral de respeito é, pois, imanente a qualquer direito subjectivo, não excluído o direito de crédito⁷¹.”

A estrutura conferida ao direito subjetivo colima promover a satisfação de interesses de seu titular, o que somente ocorrerá diante da ausência de alterações externas. O pleno e satisfativo exercício do direito subjetivo – inclusive o exercício de

⁶⁸ “Podemos, pois, concluir, em paralelo com o que ficou dito acerca do direito de crédito: o contrato obrigacional é, por princípio, relativo, no sentido de que, salvas as exceções legalmente previstas, só as partes podem ser credoras ou devedoras; mas tal não significa que o contrato não projecte indirectamente, por via dos próprios direitos e deveres que origine, a sua eficácia para fora do círculo interno das partes, para terceiros, sendo assim, neste sentido, também oponível a terceiros, afirmando-se perante estes, acarretando-lhes um dever de respeitá-lo, na sua existência social e conformação jurídica.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 472).

⁶⁹ “Mas a própria ideia de direito de crédito, enquanto direito subjectivo, traz ínsita em si o dever de terceiros o respeitarem. Dizer-se, enfim, que o terceiro não pode lesar o direito de crédito, que isso lhe é impossível, dado o crédito ser relativo, apenas o devedor o podendo lesar ou violar, por apenas ele estar adstrito à realização da prestação, será um puro conceitualismo desfazado da realidade, quando não, até, um illogicismo, oculto sob a capa de um raciocínio aparentemente lógico.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 458-459).

⁷⁰ “O facto de certo sujeito (o titular do direito subjectivo) deter a permissão jurídica do aproveitamento desse bem acarreta várias consequências: por um lado, o beneficiário dispõe de toda a instrumentação jurídica necessária para tirar partido da permissão que, pela ordem jurídica, lhe assiste (poderes, mecanismos de explicitação, vontade, etc.); por outro, a norma permissiva torna-se norma de obrigação para todos aqueles que não sejam titulares do direito, prescrevendo-lhes, nomeadamente, o respeito pela permissão alheia.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 221).

⁷¹ SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 464.

direitos de crédito⁷² – exige a inexistência de interferências capazes de impedir o escorreito procedimento de realização dos interesses do titular do aludido direito, implicando na exclusão de quaisquer interesses contraditórios que possam obstruir as pretensões promovidas e resguardadas por tal direito.

Esta exclusividade imanente ao direito subjetivo determina a sua oponibilidade, exigindo de terceiros um dever de respeito hábil a afastar intervenções exteriores comprometedoras do livre e satisfativo exercício do direito subjetivo. Nesta toada, o princípio da oponibilidade levanta-se como verdadeiro elemento intrínseco de desenvolvimento do direito subjetivo, sem o qual não seria possível promover integralmente a realização das pretensões amparadas por tal direito⁷³. A exclusividade inerente ao direito subjetivo não prescinde do pálio da oponibilidade⁷⁴.

Sendo exclusividade e oponibilidade elementos que revolvem à própria natureza do direito subjetivo, não há como deixar de reconhecê-los nos direitos de crédito⁷⁵. O princípio da oponibilidade passa a transitar pelos direitos obrigacionais⁷⁶, permitindo a integral satisfação dos interesses do credor⁷⁷. O dever de abstenção deixa de ser

⁷² “En réalité nous avons montré que ‘l’opposabilité à tous du droit de créance est la caractéristique de tous les droits subjectifs qui réservent au sujet une zone de pouvoirs inaccessibles à autrui’ et que la possibilité pour le créancier de disposer de son droit que figure à l’actif de son patrimoine en tant que bien est acquise depuis longtemps, malgré les restrictions propres à la nature particulière de ce bien.” (GHESTIN, Jacques. Introduction (Rapport Français). cit., p. 17).

⁷³ “Concrètement l’opposabilité des droits signifie que chacun est tenu juridiquement de respecter ceux d’autrui. Cette opposabilité est nécessaire à l’existence des droits subjectifs, car, sans devoir pour chacun de respecter les prérogatives de ses semblables, celles-ci n’auraient absolument aucune valeur.” (DUCLOS, José. **L’opposabilité** (Essai d’une théorie générale). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, pp. 162-163).

⁷⁴ “De una parte, en la definición de todo derecho subjetivo ya entra el dar nacimiento a una obligación pasiva universal. Esta obligación general de respeto, contra-partida inmediata de la pertenencia-dominio constitutiva del derecho, vale de igual modo para los derechos sobre las personas que para los derechos sobre las cosas: ningún tercero tiene derecho a atentar contra el lazo de obligación que une al acreedor con su deudor, impidiendo a éste cumplir su deber o ayudándole a no cumplirlo. Por otra parte, la obligación pasiva universal, que se traduce por una abstención pura por parte de todo el mundo, nada tiene de común con la obligación particular, siempre especial, de hacer o no hacer, a la que puede estar obligada una persona respecto a otra.” (DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Tradução de Francisco Javier Osset. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 231).

⁷⁵ “E siccome l’interesse è un profilo caratteristico non soltanto dei diritti assoluti, ma, in genere, di tutti i diritti soggettivi e, quindi, in particolare, anche dei diritto di credito, ne consegue che anche nei confronti di questi ultimi può configurarsi una esigenza di rispetto da parte di tutti i terzi.” (BUSNELLI, Francesco Donato. **La lesione del crédito da parte di terzi**. cit., p. 64).

⁷⁶ “Assim, pela oponibilidade, o contrato cria uma espécie de obrigação negativa para terceiros, uma obrigação de abstenção de interferência prejudicial, ou seja, uma obrigação de não contribuir para o inadimplemento de uma das partes.” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 223).

⁷⁷ “O que – esta ideia de oponibilidade e esta ideia de relatividade – está plenamente de acordo, pensamos, com a noção de direito subjetivo, com a fórmula resumidora da caracterização de direito subjetivo, que, noutro local, nos ocupou: se bem se atentar, no caso do direito de crédito, porque o bem é uma prestação, uma conduta determinada que uma certa pessoa, o devedor, deve assumir em relação ao credor, a actuação do bem passa pela conduta do devedor em termos de realização da prestação, o bem mesmo

característica específica dos direitos reais, passando a consagrar-se no bojo do direito subjetivo. Qualquer que seja a natureza do direito subjetivo, impenderá sobre este o baluarte da oponibilidade⁷⁸. A mera constituição do direito subjetivo reclamará a exortação de um dever geral de respeito direcionado à ampla coletividade, decorrência da constatação de que qualquer direito subjetivo goza de oponibilidade⁷⁹.

A constatação acerca da oponibilidade como característica inerente ao direito subjetivo contribuiu sobremodo para a debilidade da macróbia divisão realizada entre direitos reais e direitos de crédito⁸⁰. Asseveramos anteriormente que o pavimento da

assegurado pelo Direito ao titular é uma conduta de outrem, o devedor. Deste modo, a exclusão dos outros da actuação ou do aproveitamento desse bem é exclusão de todos os outros, que não o titular, obviamente, mas também não o devedor – este situa-se na órbita da actuação do bem pelo credor; a exclusão dos outros é, afinal, a exclusão de terceiros, de acordo com o conceito de terceiros que determináramos atrás, em relação ao direito de crédito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 467).

⁷⁸ Apesar de longo, o seguinte excerto das lições de Jean Dabin mostra-se imprescindível à adequada compreensão do que fora alinhavado no corpo do texto: “La oponibilidad a otro de la pertenencia-dominio se hace explicita en los conceptos emparejados de inviolabilidad y de exigibilidad. En primer término, la inviolabilidad: no hay derecho subjetivo sin la obligación correspondiente del respeto a ese mismo derecho. Ius et obligatio sunt correlata. En el caso de pertenencia directa, en los casos en que el bien pertenece desde el principio al titular, la obligación del respeto, que liga a todo el mundo, a título del deber general de respetar el derecho ajeno, es de abstención pura: no atentar, voluntaria ni involuntariamente, contra el derecho del titular mediante intromisiones sobre lo que le pertenece (usurpación, sustracción, perjuicios...), o poniendo obstáculos a su facultad de libre disposición (inmixción, contradicción...). En este caso la inviolabilidad es, a la letra, la obligación esencialmente negativa de no violar la relación de pertenencia-dominio del sujeto respecto al objeto que es suyo. En el caso de pertenencia indirecta, por el contrario, cuando la cosa sólo es suya a través de un deudor, la obligación de inviolabilidad toma una forma precisa, netamente caracterizada, al menos respecto al deudor, parte en la relación y sujeto pasivo de ella, ya que no respecto a terceros extraños a la relación, que siguen sometidos a un deber general de no intervención en la relación. Para el deudor, en efecto, la obligación de no violar el derecho de su acreedor no es otra que la de cumplir su obligación, prestar la cosa o el servicio a que tiene derecho el acreedor, pues de no hacerlo así, faltando a su deuda, violaría el derecho que pertenece al acreedor sobre su persona o, más exactamente, sobre su acto. Por su parte, el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no en virtud de su mismo derecho de disposición, de exigir el respeto, la no violación de su derecho: éste es el concepto de exigibilidad. Por hipótesis, la cosa es suya; directa o indirectamente, él es su dueño; debe tener el derecho de reivindicar o de defender aquello que le pertenece o que le corresponde. Y el sujeto obrará, del mismo modo y por la misma razón, contra los terceros que discutan su derecho y contra el deudor que, al negarse a cumplir lo debido, viola el derecho de acreedor sobre él.” (DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. cit., pp. 118-119).

⁷⁹ “Sem descermos a pormenores, próprios da disciplina de Direito das Obrigações, avançamos um princípio geral: os direitos pessoais devem ser respeitados por todos, porque são direitos; quem o não fizer, e verificados os respectivos pressupostos, é responsável, nos termos gerais. A ideia de que o dever geral de respeito não é exclusivo dos direitos reais tem vindo, com relutância, a penetrar na doutrina nacional através da figura da responsabilidade do terceiro cúmplice. De acordo com esta formulação, havendo não cumprimento de obrigação, seria responsável, além do devedor faltoso, qualquer terceiro que concorresse para esse não cumprimento.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 308-309).

⁸⁰ “Neste sentido, trata-se o crédito como decorrente de relação jurídica relativa, não levando em consideração outros aspectos também importantes, sendo certo que esta relação, enquanto objetivamente existente, tem também uma projeção erga omnes, gerando deveres gerais de não prejudica-la. Assim, no tocante aos aspectos internos desta relação jurídica, pode-se falar em relatividade, contudo nos efeitos externos surge a ideia de oponibilidade, no que ocorre uma aproximação com a ideia basilar do direito real.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 132).

aludida distinção repousava na oposição entre a relatividade dos direitos obrigacionais e o caráter absoluto dos direitos reais. No entanto, o reconhecimento da oponibilidade como elemento natural da constituição do direito subjetivo desafiou sobremaneira a subsistência da referida distinção⁸¹. Consignada como qualidade intrínseca aos direitos subjetivos, independentemente de sua natureza⁸², a oponibilidade não mais apontaria como marco de separação entre direitos reais e obrigacionais.

Nesta toada, parcela da doutrina contemporânea destacou um leque singular de indicativos da proximidade existente entre direitos de crédito e direitos reais, como a existência de situações limítrofes que reúnem simultaneamente características inerentes tanto a relações reais quanto a situações obrigacionais⁸³. Também a configuração de deveres específicos – à moda das relações obrigacionais – em situações reais, depõe contra a propagada distinção⁸⁴. É o que ocorre com o usufruto, instituto que estipula deveres específicos incumbidos ao usufrutuário e ao nu-proprietário, os quais se destacam tanto quanto o genérico dever de abstenção característico da oponibilidade

⁸¹ “Desse modo, a oponibilidade erga omnes e a obrigação passiva universal, seu consectário lógico, não representam uma peculiaridade dos direitos reais, mas são conceitos inerentes àquele de direito subjetivo ou, se assim se preferir, constituem mecanismo indispensável de proteção, pelo ordenamento jurídico, dos bens ou faculdades que atribui aos indivíduos.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185).

⁸² Ainda no início do desenvolvimento da ideia de oponibilidade, vislumbra-se nos direitos de crédito uma oponibilidade mais acanhada – relativa – em virtude da exigência do conhecimento efetivo: “De façon générale, il faut conclure que la connaissance d’une obligation entraîne pour les tiers quels qu’ils soient l’opposabilité, le respect de cette obligation étrangère. Si bien, qu’en définitive, l’intangibilité de l’obligation étant conditionnée par la nécessité de la connaissance, l’opposabilité de l’obligation doit être considérée comme relative.” (CALASTRENG, Simone. **La relativité des conventions**: Etude de l’article 1.165 du Code Civil. Paris: Sirey, 1939, p. 398). No entanto, a oponibilidade é elemento intrínseco ao direito subjetivo, não havendo uma gradação em decorrência da natureza do direito – por ser real ou pessoal: “As diferenças que, por força das aludidas exceções, se observem entre as oponibilidades existentes nos direitos reais e nos de crédito resultam, efetivamente, da diferença de natureza do objeto que leva à publicidade dos direitos reais. Não derivam, de forma alguma, de uma pretensa oponibilidade absoluta estrutural dos direitos reais, por oposição à mera oponibilidade relativa dos créditos.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 315).

⁸³ É o que ocorre com as obrigações propter rem, cuja configuração abrange características pessoais e reais, mercê da configuração da relação obrigacional vincular-se a um direito real. Sobre estas situações fronteiriças: “Um dos principais óbices à divisão dos direitos patrimoniais entre duas categorias são as chamadas situações mistas, que apresentam características típicas tanto dos direitos reais quanto dos obrigacionais, o que dificulta a sua classificação em um ou outro campo. Dentre os direitos cujo enquadramento conceitual é controvertido, talvez o mais significativo exemplo seja a obrigação propter rem.” (SILVA, Roberta Mauro e. **Relações reais e relações obrigacionais**: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78).

⁸⁴ “Portanto, as situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de gozo, caracterizam-se pela presença de obrigações específicas integrativas. Não existe, portanto, uma precisa separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais integram-se com interesses mais amplos e constituem situações complexas.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 204).

*erga omnes*⁸⁵. No entanto, é a análise das situações jurídicas subjetivas através de uma perspectiva funcional que determinará categoricamente a debilidade da diferença entre direitos reais e obrigacionais.

A penetração dos valores constitucionais em todos os recantos das relações interprivadas impede que a disciplina normativa seja conferida apenas mediante um puro exame estrutural dos direitos envolvidos. O reconhecimento acerca da utilização das estruturas oferecidas pelo ordenamento jurídico como mecanismo de atingimento de interesses exige que a atenção do jurista ultrapasse a mera investigação de adequação estrutural para abranger, outrossim, a averiguação da legitimidade daqueles interesses perseguidos. Não basta mais a simples observância subsuntiva aos modelos estruturais para que a situação jurídica receba a tutela do ordenamento. O controle de merecimento de tutela passa também por uma análise funcional das situações jurídicas, mediante a identificação da legitimidade dos interesses promovidos por tais situações. Nesta esteira, as situações subjetivas patrimoniais – reais e obrigacionais – encontram-se submetidas ao crivo axiológico constitucional, pois somente receberão a tutela do ordenamento se se mostrarem em conformidade aos valores constitucionais⁸⁶ – o que, por derradeiro, caracterizará a legitimidade dos interesses perseguidos⁸⁷.

Faz-se mister ressaltar que estes apontamentos gozam de um robusto abstracionismo. A imposição de um dever genérico de abstenção subsiste apenas enquanto argumento metafísico de amparo do direito subjetivo, considerada mediante análise apriorística e desligada do contexto de imersão do exercício de tal direito. Não é possível repudiar-se de plano a interferência de terceiros no exercício do direito subjetivo sem conhecer previamente as vicissitudes do caso concreto e as circunstâncias de atribuição de merecimento de tutela dos interesses envolvidos.

⁸⁵ “Uma outra crítica que deve ser formulada à tradicional distinção é a insuficiência da contraposição entre dever genérico e dever específico no que tange a algumas relações reais. Tome-se, por exemplo, os direitos reais de gozo: no caso do usufruto, além do dever geral de abstenção – que impõe à coletividade o dever de respeitar aquela relação jurídica – há deveres contrapostos entre usufrutuário e nu-proprietário que se destinam apenas às partes envolvidas.” (MAURO E SILVA, Roberta. *Relações reais e relações obrigacionais: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras*. cit., p. 79).

⁸⁶ Promoção de valores que sempre se condiciona a conformidade com o postulado da dignidade humana e das situações existenciais: “Por fim, devemos reconhecer que a principal causa a justificar a revisão da tradicional dicotomia é a funcionalização das relações patrimoniais à plena realização daquelas de caráter existencial. Com isso, a atividade economia curva-se ao atendimento das necessidades da pessoa, o que acabará ofuscando, diante de certas hipóteses, os limites que separam as relações reais das obrigacionais.” (SILVA, Roberta Mauro e. *Relações reais e relações obrigacionais: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras*. cit., p. 81).

⁸⁷ “Das situações subjetivas patrimoniais é possível apresentar uma elaboração unitária mesmo que não-sistemática, considerando que ainda deve ser reconstruída uma disciplina comum da relação patrimonial.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. cit., pp. 201-202).

A exclusividade e o dever geral de respeito são elementos que grassam com plenitude no ideário dogmático do jurista, mercê de um estudo abstrato do direito subjetivo. Todavia, não se pode reconhecer a efetiva oponibilidade diante da ausência do adequado cotejo entre os concretos interesses que circundam o real exercício do direito subjetivo. A oponibilidade supostamente presente em quaisquer hipóteses de exercício de direito subjetivo somente subsiste potencialmente. Pode-se dizer que a oponibilidade permanece em um estado de latência, aguardando a consideração das circunstâncias concretas para vicejar.

Diante da consagração do princípio da oponibilidade como parâmetro de incidência do dever de abstenção face ao exercício do direito subjetivo, revelou-se imperiosa a identificação do substrato jurídico de imposição de tal dever de respeito. A oponibilidade é apenas a manifestação axiológica do dever de abstenção, carecendo-lhes a indicação de um fundamento ou alicerce de constituição.

1.3 Autilização doutrinária do princípio da função social do contrato como fundamento do dever de abstenção

Desde sua expressa consagração como cláusula geral na legislação civil, o princípio da função social do contrato tem propiciado divergências hermenêuticas⁸⁸. Imprescindível empreender-se uma breve exposição acerca das leituras doutrinárias realizadas quanto ao princípio da função social do contrato para formar uma rasteira compreensão sobre como este mandamento axiológico pode servir como fundamento da tutela externa do crédito⁸⁹.

Alguns juristas consideram a função social do contrato como um princípio de mera inspiração legislativa, baldado de eficácia direta sobre as situações jurídicas

⁸⁸ Dois são os dispositivos insculpidos no Diploma Civilístico que consagram expressamente o princípio da função social do contrato: os artigos 421 e 2.035: “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”; “**Art. 2.035.** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. **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 contratos.”

⁸⁹ Cumpre destacar que diversas são as interpretações sobre a função social do contrato oferecidas pela doutrina nacional. Diante dos estreitos limites metodológicos da presente dissertação, restringimo-nos à análise daquelas construções de maior expressão, sem que haja uma preocupação em minudenciar as especificidades de cada corrente e suas eventuais subteorias.

subjetivas. Oreferido princípio atua como orientação de política legislativa, ensejando o surgimento de institutos civilísticos próprios e destinados à cura de situações específicas, mas não teria força suficiente para incidir diretamente nas relações jurídicas⁹⁰. Esta orientação retira do princípio da função social do contrato sua índole normativa, reconhecendo-lhe tão somente um caráter nomogênético, tornando despidendo qualquer esforço dogmático tendente a lhe assegurar eficácia jurídica autônoma⁹¹. Esta acanhada interpretação da função social do contrato impede sua instituição como fundamento da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, pois um mero princípio esvaziado de caráter normativo não teria solidez capaz de impor deveres de abstenção face a terceiros estranhos à relação contratual.

Outra interpretação conferida ao princípio da função social do contrato sugere que as convenções particulares exigem uma abordagem ampliativa, permeada por valores capazes de entregar ao pactuado uma perspectiva social que transcenda os limites subjetivos do liame contratual. Requer-se uma apreensão mais alargada do contrato, sendo imprescindível a análise de seu contexto de inserção e as consequentes reverberações por ele produzidas⁹². A função social passaria a exigir a consideração do contrato enquanto fenômeno de manifestação social, abandonando-se a perspectiva individualista que abrigava a avença contratual em uma campânula isolada⁹³.

⁹⁰ “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. cit., p. 106).

⁹¹ “Como se vê, tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do Código Civil, vale dizer, o princípio constitucional da função social à luz da disciplina dos diversos institutos codificados, reduzindo-a a pouco mais do que nada, já que os demais institutos dispensariam a sua existência.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 397).

⁹² “Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito, na medida em que proporciona uma apreensão do contrato como fato social.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p. 267).

⁹³ “A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento –

Impende conceber o contrato como fenômeno social, reconhecendo-lhe um raio de influências sobre o meio no qual se insere⁹⁴. Para esta corrente hermenêutica, a função social reclama uma abordagem mais compreensiva da relação contratual, tornando imprescindível a análise da mútua influência exercida entre contrato e sociedade⁹⁵, incumbindo ao aludido princípio o papel de determinar deveres internos e externos para preservar a harmonia que deve haver entre os interesses contratuais e aqueles alusivos aos arredores do contrato⁹⁶.

Bem reversa à anterior concepção da função social do contrato, passa-se a lhe reconhecer evidente autonomia normativa, assegurando-lhe eficácia imediata e incidência direta sobre as relações contratuais, independentemente de qualquer intermediação legislativa. Conceber o contrato enquanto fenômeno social traduziria o inarredável mister de se considerar o contexto e as vicissitudes que o envolvem, atribuindo-se ao princípio da função social do contrato a incumbência de promover a adequação entre os interesses abrigados pelo contrato e as vicissitudes externas à relação contratual, cabendo-lhe o escopode garantir a integridade dos interesses das partes em face de intervenções externas, atendendo e respeitando, outrossim, aos anseios e interesses que o contrato pode despertar na coletividade⁹⁷.

Nesta esteira, a postura assumida pelo contrato na sociedade exigiria de terceiros um dever de abstenção, impondo-se lhes o respeito ao crédito alheio, atribuindo-se à

função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 750, p. 113-120, 1998, p. 116).

⁹⁴ “Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. cit., p.208).

⁹⁵ “A função social do contrato, pois, revela uma nítida inspiração solidarista, que milita a favor da superação do individualismo característico do direito obrigacional clássico, do qual uma rigorosa relatividade dos contratos se apresentou expressão fiel. O solidarismo se afirma como um pressuposto institucional: o contrato não basta por si mesmo, mas apenas é possível em razão de uma normativa que é de origem social.” (MATTIETTO, Leonardo. Função social e relatividade do contrato: Um contraste entre princípios. In: **Revista jurídica**. Porto Alegre, n. 342, p. 29-40, 2006, p. 38).

⁹⁶ “Não se nega, porém, que a tanto não se restrinja o princípio, que ocupa relevante papel ultra partes, vindo a espalhar efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual. É o que se poderia dizer de uma eficácia social do contrato, corolário de sua inserção no tecido social, no mundo das relações, da função que aí ocupa. De pronto vale dizer que essa face externa da função social do contrato, essa sua eficácia social, como se prefere dizer, significa flagrante corte no elastério clássico de um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148).

⁹⁷ “Concluindo: o fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social.” (GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 109).

função social uma incumbência tutelar do crédito⁹⁸. A constatação de que o contrato se afigura como uma realidade social exigiria o reconhecimento de que terceiros estranhos à avença não poderiam praticar atos temerários à sua higidez. Em um ordenamento guiado por valores sociais, não se poderia restringir a responsabilidade pela lesão ao crédito apenas àqueles que compuseram a relação obrigacional. O princípio da função social do contrato determinaria um ambiente de colaboração entre contratantes e terceiros para preservar os interesses internos ao contrato e promover os interesses afeitos à coletividade na qual ele se insere⁹⁹. A cooperação instituída entre terceiros e contratantes promoveria um dever de abstenção tendente a proteger o crédito de intervenções solertes de terceiros, conforme assevera Teresa Negreiros:

“Nesta sua acepção, o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para a sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional.”¹⁰⁰

Neste diapasão, a função social do contrato inculcaria no terceiro um dever de respeito ao crédito, não lhe sendo lícito embaraçar a convenção contratual. O princípio da função social do contrato permitiria a instituição da oponibilidade dos direitos de crédito, através da imposição aos terceiros de um dever de abstenção em face do contrato, sem que isto significasse a transposição de deveres tipicamente contratuais para sujeitos estranhos ao liame contratual¹⁰¹. A partir de tal enfoque, parte considerável

⁹⁸ “Como se viu, a função social do contrato dá um novo alcance à liberdade contratual, reformulando-a no que se refere ao seu aspecto negativo, segundo o qual, tradicionalmente, aquele cuja vontade não participara da criação do vínculo obrigacional não tinha qualquer dever de o respeitar.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. cit., p. 271).

⁹⁹ “A função social do contrato, por sua vez, é uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social. Ela acaba por reconhecer a inserção do contrato no mundo econômico, percebendo seu valor para além da intenção volitiva das partes envolvidas, bem como minorando alguns efeitos da autonomia. Nesta linha de raciocínio, os terceiros devem cooperar para o bom andamento das relações contratuais, seja abstendo-se de feri-las, seja assumindo obrigações originariamente fixadas inter alios. Com isto estarão sendo solidários com o projeto social do contrato e com o objetivo constitucional.” (SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 168-169).

¹⁰⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. cit., p. 209.

¹⁰¹ “Sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível erga omnes. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora

da doutrina admite a responsabilização do terceiro pela lesão ao contrato alheio, criando-se um mecanismo eficaz de tutela externa do crédito¹⁰².

dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., pp. 272-273).

¹⁰² Esta orientação é traçada pelo enunciado 21 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”. Em consonância com tal entendimento, muitos autores vislumbram na função social do contrato fundamento bastante para a tutela externa do crédito, sendo possível coligir a lição de apenas alguns deles: “Entretanto, dos três novos princípios, é o último, o da função social, que mais de perto diz respeito ao caso da consulta. Este princípio difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (sobre esse ponto, estendermos-emos adiante, porque é o caso das vendas das distribuidoras ‘atravessadoras’, objeto da consulta).” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. cit., p. 116); “Considerada a natureza do contrato como instrumento de circulação de riquezas, a sua função social é apresentada pela doutrina contemporânea como importante elemento de tutela do direito de crédito criado ou assegurado pela avença, sendo invocada para impor a terceiros responsabilidade pelo rompimento ou ineficácia de pactos cujo objeto tenha resultado impossível ou desinteressante em razão da sua conduta ou de um ato que tenha praticado.” (COSTA, Pedro Oliveira da. **Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59); “A função social do contrato será, desta maneira, a balizadora da aplicação do princípio da relatividade contratual, na medida em que deve o contrato ‘respeitar os princípios fundamentais da constituição (o princípio do Estado social de direito e o princípio da vinculação social da propriedade), não havendo entre as partes uma relação de supremacia econômica ou de carência anormal que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições às outras’. Somente assim, é que o contrato irá atender a sua função social. Se não o fizer, relativiza-se o princípio ora estudado, tornando-se possível ampliar-se os efeitos obrigatórios do contrato para atingir terceiros estranhos ao mesmo.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **O princípio da relatividade dos efeitos contratuais**. cit., p. 279); “O princípio da função social do contrato, diferentemente do princípio da boa-fé objetiva, projeta os efeitos dos contratos sobre o meio social, passando a se conceber que o negócio jurídico, como fato social, pode eventualmente prejudicar terceiros ou, reversamente, pode ser prejudicado pela conduta de um não contratante.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. 2005. 201 f. Dissertação de mestrado em direito civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 168); “A eficácia das obrigações mantém-se restrita às partes, respeitando-se o princípio da relatividade contratual, pois as prestações de dar, fazer e não fazer só poderão ser exigidas reciprocamente dos contratantes. Porém, o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual de terceiros, pois torna o contrato oponível erga omnes. Toda a coletividade tem o dever de abster-se de entabular negócios jurídicos que comprometam ou perturbem a realização de obrigações anteriormente assumidas entre sujeitos distintos.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 55); “A função social do contrato, explicitada no art. 421 do Código Civil brasileiro, criou profunda contenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, porque os terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por ele prejudicados.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64); “Por fim, constata-se que a função social do contrato, em seu aspecto externo significa a consagração da mais ampla oponibilidade a terceiros, além de não afetar interesses institucionais (coletivos e difusos) externos ao contrato. O contrato deve ser vislumbrado como um fato social, que não pode ser ignorado por terceiros, e os contratantes tampouco podem pretender que não haja repercussões sociais para além dos contratantes.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito contratual contemporâneo: A função social do contrato**. cit., p. 391).

Parcela dos autores que encampam tal entendimento assevera que a função social do contrato restringe a liberdade contratual do terceiro, impedindo-o de celebrar qualquer avença cujo escopo seja determinar a violação de crédito alheio¹⁰³. A conduta adotada pelo terceiro cúmplice em afronta ao crédito configuraria manifesto desprezo aos interesses vizinhos ao contrato, em evidente labéu aos postulados que o princípio da função social do contrato inaugura no ordenamento. Nesta toada, o exercício da liberdade contratual em contrariedade às limitações impostas pela função social considerar-se-ia abusivo¹⁰⁴.

Com efeito, tais autores consignam a vital importância da função social do contrato para a configuração da responsabilidade do terceiro cúmplice, tendo em vista que a concepção do contrato como valor social imporá aos terceiros uma conduta compatível com a preservação e incolumidade do crédito alheio. Nesta trilha, a liberdade contratual restaria imbuída pela função social, configurando-se abusivo o exercício de tal liberdade em contrariedade a créditos que lhes são estranhos.

Deveras, não se deve olvidar a significativa reverberação entoada pelo contrato no meio jurídico-social. No entanto, pugna-se por uma compreensão mais restrita da função social do contrato, considerando-a apenas como instrumento axiológico de controle do exercício funcional da liberdade de contratar¹⁰⁵. O interesse perseguido pelo contratante somente receberá a tutela do ordenamento caso seu exercício não seja

¹⁰³ “Pode-se então concluir que, à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p. 255).

¹⁰⁴ “Parece-nos, porém, que, sendo a liberdade de contratar dotada de uma função social, não pode ser tal liberdade exercida de forma contrária a esta função. Assim, o abuso de direito associado à função social do contrato deve, a nosso ver, ser invocado para responsabilizar o terceiro que exerceu a liberdade de contratar em desacordo com a sua função social, na medida em que tal liberdade resultou na violação a um direito de crédito alheio, de cuja existência o terceiro tivera conhecimento prévio.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p. 255); “Nessa perspectiva, considera-se que o exercício da liberdade de contratar, de modo contrário à sua função social, constitui-se em abuso de direito. Eis que desse exercício, ocorre a violação de um direito de crédito alheio, do qual o terceiro tivera conhecimento.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso ‘Zeca Pagodinho’. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 341).

¹⁰⁵ “Assim, a cláusula geral prevista no art. 421, ao determinar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da sua função social, estabelece a exigência de um controle funcional de qualquer contrato no tocante à sua compatibilidade com interesses socialmente reputados merecedores de tutela – a funcionalização da liberdade contratual. A função social do contrato nela referida é exatamente o parâmetro contra o qual se confrontará o contrato concreto, é o critério ao qual o exercício da atividade negocial dos particulares deve adequar-se” (KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-75, 2010, p. 73).

disruptor de outros interesses tutelados constitucionalmente¹⁰⁶. Não mais se admite que o exercício de direitos subjetivos ocorra à revelia do contexto econômico-social no qual a situação jurídica subjetiva se insere¹⁰⁷. A legalidade constitucional não concebe direitos ilimitados que se constituam vassallos do exclusivo alvedrio de seu titular¹⁰⁸. Ao revés, o exercício de direitos subjetivos deve ser orientado pelo ideário solidarista que propugna a consideração de interesses que o circunvizinham, o que, por evidente, impõe-lhe restrições¹⁰⁹. Estas são limitações intestinas ao direito subjetivo, capazes de moldar e condicionar seu exercício em subserviência à tábua axiológica constitucional¹¹⁰. Assim é que a função social atua como um parâmetro de legitimidade do exercício de direitos subjetivos que transcende a verificação de adequação estrutural do aludido exercício do direito para promover uma análise funcional¹¹¹ calcada na busca

¹⁰⁶“Toda situação jurídica subjetiva possui uma função social. Assim, o interesse só será tutelado se e enquanto atender não apenas ao interesse do titular da situação jurídica subjetiva, mas também àquele da coletividade. A função social consiste na própria razão de atribuição do direito, de modo que o exercício do direito somente será merecedor de tutela se atender à função social. Deste modo, a estrutura interna do direito é remodelada de acordo com sua função social, concretamente definida, que constitui o próprio pressuposto de validade do exercício do direito.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, 2007, p. 98).

¹⁰⁷“E para além de sua clássica função individual ou interindividual (entre as partes) de mera combinação de interesses patrimoniais por meio da autonomia da vontade, trata-se de uma função social do instituto, no sentido de que o regulamento negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.” (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: Grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47).

¹⁰⁸“No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., pp. 212-122).

¹⁰⁹“Vale dizer, o sentido a ser atribuído à função social não pode se limitar a restrições pontuais e externas à atividade privada, inserindo-se no próprio fundamento da iniciativa econômica. Assim como no direito de propriedade, quis o constituinte tornar a função social elemento interno dos institutos jurídicos de direito privado.” (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 251).

¹¹⁰“Em segundo lugar, não se pode interpretar a função social do contrato de modo a exigir dos contraentes um comportamento altruístico, a impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros. Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento.” (RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305).

¹¹¹“Por isso, a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato.”

pela consonância das finalidades pretendidas pelo contrato com os acordos constitucionais¹¹².

A tutela do ordenamento somente será plena e satisfativa se o exercício do direito subjetivo não olvidar os interesses e as vicissitudes econômico-sociais que lhe perpassem o caminho¹¹³. Para além de mero instrumento de satisfação egoística de interesses particulares, o direito subjetivo se convola em uma teia complexa de poderes e deveres instituídos internamente para promover a adequação entre os interesses do titular e aqueles que lhes são estranhos¹¹⁴, em cumprimento ao ditado constitucional de solidarismo¹¹⁵. Nesta trilha, a função social do contrato atua como um *dinamo de adequação axiológica* ao criar limites e imposições ao exercício de direitos subjetivos em conformidade aos interesses coletivos e aos comandos constitucionais¹¹⁶.

Portanto, a função social tem o condão de estipular os contornos da relação jurídica contratual, designando limitações e deveres às partes da avença, em respeito àqueles interesses extracontratuais de relevância econômico-social que circundam as

(RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. cit., p.297).

¹¹² “Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supra individuais – repita-se ainda uma vez – mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. cit., p. 402).

¹¹³ “Desse modo, o contrato – antes uma finalidade em si, protegida apenas formalmente como espaço da autonomia individual – passa a ser ele também um instrumento de realização do projeto constitucional. Funcionalizado, ele passa a ser tutelado quando servir à realização daqueles preceitos normativos fundamentais. Quando, contudo, desviado dessa função, não receberá a tutela do ordenamento.” (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: Grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. cit., p. 50).

¹¹⁴ “A funcionalização social do contrato, em seu aspecto interno, se atrela inexoravelmente à ideia de autonomia necessariamente vinculada à produção de efeitos socialmente úteis, em consonância com os valores sociais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da livre iniciativa.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: A função social do contrato. cit., p. 391).

¹¹⁵ “Como visto, o princípio da função social do contrato desempenha o papel de impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato. Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. cit., p. 400).

¹¹⁶ “No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 107).

fronteiras do contrato¹¹⁷. A atuação das partes na seara contratual submete-se à ingerência da função social, porquanto a liberdade contratual somente será exercida de forma legítima se estiver em plena compatibilidade com os interesses supraindividuais agasalhados pelo pálio da tutela constitucional¹¹⁸, conclusão que podemos colher do seguinte escólio de Gustavo Tepedino:

“Em definitivo, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar¹¹⁹.”

Conferir ao princípio da função social do contrato a habilidade de impor deveres a terceiros desligados da situação jurídica subjetiva implicaria em desvirtuamento do intento cometido pelo legislador a esta cláusula geral¹²⁰. Imprimir uma feição tutelar ao crédito, cujo escopo resida na promoção de interesses individuais não parece condizer com o desígnio propalado pelo princípio da função social¹²¹. Este princípio serve como parâmetro de correção funcional do exercício da liberdade contratual, inspirando a criação de deveres direcionados à promoção de interesses sociais extracontratuais, não

¹¹⁷ “Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. cit., p. 401).

¹¹⁸ “Quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e econômica exprime a ideia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento da economia.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, 4. reimpressão, p. 1.231).

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. cit., p. 403.

¹²⁰ “O esmorecimento do princípio da relatividade indica, como observado no texto, a imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato.” (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. cit., p. 251, nota 14).

¹²¹ “Com efeito, no caso específico da lesão contratual provocada pelo terceiro cúmplice, busca-se tutelar interesses meramente privados do credor que sofreu lesão do seu direito de crédito, oriundo de relação contratual paritária, e, por isso mesmo, não se poderia cogitar da presença de interesses sociais relevantes que justificassem um reforço da proteção do credor com fundamento na função social dos contratos. Isto constituiria verdadeira desvirtuação da finalidade do instituto da função social. Como já se afirmou, a função social tem por escopo a proteção de interesses extracontratuais socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente, por meio da imposição de deveres aos contratantes, como é o caso, por exemplo, da tutela dos interesses do consumidor e dos interesses coletivos e difusos.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 100).

sendo possível deduzir de tal envergadura axiológica uma proteção aos interesses privados das partes¹²². Vislumbrar a função social como um mecanismo de proteção aos interesses contratuais acabaria por desvirtuar um instituto que havia sido concebido para promover a tutela de interesses socialmente relevantes situados além das esferas do contrato¹²³.

1.4 O princípio da boa-fé objetiva e a instituição específica do dever de respeito ao crédito alheio

1.4.1 A mecânica de atuação da cláusula geral de boa-fé objetiva

A relação obrigacional submeteu-se a intensa reprogramação axiológica diante da nova composição da malha normativa, agora entretecida por valores constitucionais que passaram a permear o regramento obrigacional, mormente através dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, os quais permitem a adequada promoção dos legítimos interesses envolvidos pela relação obrigacional. Este novo paradigma hermenêutico cominou o abandono da perspectiva egoística de cumprimento isolado da prestação ao atendimento exclusivo dos interesses do credor, que passou a jazer nas margens do liberalismo oitocentista sem peias. A relação obrigacional tomou novos rumos pelas rédeas da boa-fé objetiva, evocando as partes para atuarem em colaboração com o precípuo escopo de atingirem os legítimos interesses perseguidos pelo credor¹²⁴,

¹²²“Dessa forma, a função social subverteria o princípio da relatividade dos efeitos contratuais apenas na medida em que obrigaria os contratantes a promoverem, para além de seus interesses privados, aqueles interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica e que estão relacionados ao contrato. Entretanto, do princípio da função social do contrato não decorreria a proteção dos contratantes contra a interferência lesiva de terceiros, o que resultaria em desvirtuá-lo, instrumentalizando o contrato aos interesses individuais das partes.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). cit., p.462).

¹²³ “Todavia, esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual. Em outras palavras, desvirtua a noção em exame a sua utilização instrumentalizada a interesses patrimoniais e individuais do contratante, por mais legítimos que estes possam parecer.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. cit., p. 398).

¹²⁴ “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou

sem olvidar, no entanto, dos demais interesses de titularidade diversa que também requerem a tutela do ordenamento e que se encontram inseridos na teia contratual¹²⁵. A obrigação abandona aquela índole marcadamente individualista, em plena e exclusiva reverência aos direitos e interesses do credor, para incorporar um caráter solidário¹²⁶, voltado à satisfação daqueles interesses que se revelem dignos de tutela¹²⁷.

A relação obrigacional constitui um enredo de colaboração direcionado ao adimplemento – colimando-se o atendimento do resultado útil pretendido, mormente identificado com as pretensões ostentadas pelo credor, mas que também perpassa pela observância de outros interesses legítimos envolvidos pelo contrato¹²⁸. É neste sentido que o princípio da boa-fé objetiva atua como índice de lealdade e colaboração, estipulando deveres de variegados matizes e diversas outras situações jurídicas subjetivas direcionadas ao cumprimento das finalidades obrigacionais¹²⁹.

específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 212).

¹²⁵ “Contudo, a doutrina mais moderna, reconhecendo a insuficiência da análise exclusivamente estrutural, destaca que a disciplina da relação obrigacional deve partir prioritariamente da investigação das finalidades que as partes perseguem com o cumprimento da obrigação. A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 266).

¹²⁶ “Embora a construção inicial da boa-fé objetiva – como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes – tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 84-85).

¹²⁷ “Nesses termos, a obrigação deixa de ser concebida como um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. Esta sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional até o momento de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a cláusula geral de boa-fé objetiva, a colaborarem mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. cit., p. 267).

¹²⁸ “A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. cit., p. 268).

¹²⁹ “Assim, via de regra, integra os deveres de conduta que produzem efeitos diretamente sobre o resultado útil programado o dever de lealdade e empenho no adimplemento da legítima expectativa das partes, consubstanciado no dever de abstenção de comportamentos que inviabilizem a realização de interesses da contraparte, que obstaculizem o cumprimento da prestação devida.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 43).

A cooperação e a probidade instituída entre as partes determinarão a adequada satisfação dos interesses envolvidos¹³⁰. É dizer: o caminho mais apropriado e conveniente para a obtenção do adimplemento e exaurimento dos interesses obrigacionais merecedores de tutela é o caminho da cooperação e da solidariedade contratual. Através da cláusula geral de boa-fé objetiva, o ordenamento elege e impõe um ambiente de lealdade e colaboração, determinando-se uma comunhão de esforços para o conseguimento do derradeiro escopo obrigacional, como se dessume do escólio de Clóvis do Couto e Silva:

“A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que o compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo¹³¹.”

Esta arejada leitura do fenômeno obrigacional sinaliza para uma relação jurídica complexa e dinâmica, orientada para a consecução do resultado útil pretendido com o adimplemento e pelo respeito aos ancilares legítimos interesses que percorrem as margens da obrigação. A simplista compreensão da obrigação vinculada tão somente ao cumprimento da prestação principal cede frente à miríade de situações jurídicas voltadas ao adimplemento e à satisfação dos interesses obrigacionais merecedores de tutela que agora formam esta revigorada concepção da relação obrigacional complexa¹³².

A ordem de cooperação dirigida ao cumprimento do resultado útil programado pelas partes torna a obrigação um processo concebido para a consecução de tal desiderato¹³³. A toada de lealdade e colaboração e o surgimento de deveres funcionais

¹³⁰ “No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227).

¹³¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 19.

¹³² “A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário fazerem uma realidade composta.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 586).

¹³³ “Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal.” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. cit., p. 247).

instituídos para assegurar este ambiente moldam a relação obrigacional como um processo direcionado à observância dos desígnios elaborados pelas partes¹³⁴.

Estas renovadas características do ambiente contratual, promovidas em grande medida pelo princípio da boa-fé objetiva, retratam o ingresso do solidarismo nas relações obrigacionais¹³⁵. A solidariedade social é valor constitucional de consagração das aspirações inerentes à condição humana em consideração ao inarredável contexto social¹³⁶. É a dimensão social proporcionada pela solidariedade que permite a adequada promoção dos legítimos interesses da pessoa mediante a preservação e o respeito aos interesses alheios e à comunidade.

A solidariedade social institui a alteridade nas relações jurídicas interprivadas determinando dois comandos paradigmáticos¹³⁷: de um lado o imprescindível cotejo entre o interesse particular e as circunstâncias sociais de seu desenvolvimento, e de outro lado, a constituição de diretrizes ético-solidaristas para a apropriada consecução

¹³⁴ “Toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un determinado interés en la prestación. Ahora bien, por el hecho mismo de que em toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Esta desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin.” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v. 1, cit., p. 39).

¹³⁵ “Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o direito à autonomia privada e o dever de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa solidária, ao indivíduo solitário.” (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 252).

¹³⁶ “Ao contrário do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento da sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta a do individualismo das codificações. A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 248-249).

¹³⁷ Em palavras mais lúcidas: “A solidariedade pode, então, ser compreendida sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que faz do outro um outro eu próprio) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são os diferentes significados do termo. Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da igual dignidade social. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. cit., p. 247). Para rematar que: “O princípio da solidariedade, ao contrário, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. cit., pp. 250-251).

de tais interesses¹³⁸. Neste diapasão, a boa-fé objetiva atua como mecanismo de infiltração da solidariedade social e de outros valores constitucionais nas relações contratuais¹³⁹. Não é por acaso que a boa-fé objetiva apresenta-se como cláusula geral, mecanismo idôneo a promover a consagração dos valores constitucionais de maneira direta e imediata nas relações interprivadas¹⁴⁰, conforme assevera Judith Martins-Costa:

“É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standarts, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo¹⁴¹.”

A cláusula geral é mecanismo legislativo pelo qual se admite a abertura e mobilidade do sistema jurídico¹⁴², permitindo-se a construção da norma jurídica em consonância com elementos extrajurídicos compositores da realidade¹⁴³. O intérprete é direcionado à análise de componentes sociais e axiológicos atrelados ao caso concreto para determinar de modo preciso e adequado a disciplina normativa especificamente

¹³⁸ “A interpretação do princípio da boa-fé em chave constitucional revela novos parâmetros através dos quais a relação obrigacional, antes fundada determinadamente no princípio da autonomia da vontade, deve ser enquadrada no sistema jurídico. Estes novos parâmetros, que no caso específico da boa-fé sinalizam para o dever de cooperação entre as partes vinculadas por uma relação obrigacional, para o dever, enfim, de consideração pelos interesses alheios à luz do escopo econômico-social da relação em questão, poderiam ser resumidos através do imperativo ético da solidariedade contratual.” (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. cit., p. 261).

¹³⁹ “O princípio da boa-fé nos parece um destes instrumentos jurídicos capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente. Trata-se, antes de mais nada, de reconhecer que o contrato – como, em geral, as relações obrigacionais – deve ser valorado em seus meios e fins segundo a ordem jurídico-econômica desenhada na Constituição.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p. 269).

¹⁴⁰ “O conteúdo eticizante da boa-fé legitima-se diante dos valores estabelecidos na Constituição, cuja concreção, contudo, é um processo em contínua atuação, abrangente de condicionantes políticas e ideológicas mutantes, que o operador jurídico, ao invés de ignorar, deve esforçar-se por compreender e, conforme o caso, alterar.” (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. cit., p. 273).

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

¹⁴² “Apenas as especificidades do sistema móvel são decisivas, isto é, a ausência de uma formação rígida de previsões normativas assim como a permutabilidade livre e a igualdade fundamental de categoria dos princípios de valoração. A primeira característica, em especial, sugere a questão de a identificar de acordo com a relação entre previsões rígidas e cláusulas gerais.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 141-142).

¹⁴³ “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que abre o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 341).

desenhada¹⁴⁴ em atenção à conjuntura jurídico-social¹⁴⁵. Noutras palavras, a evidente impossibilidade de normatização dos mais comezinhos desdobramentos da vida civil compele o legislador a utilizar-se de cláusulas gerais¹⁴⁶, remetendo o hermeneuta às pautas valorativas estipuladas pelo constituinte e aos paradigmas socioeconômicos particulares da situação jurídica que se busca disciplinar *in concreto*¹⁴⁷. A cláusula geral permite uma complementariedade exógena do ordenamento, possibilitando-se que a norma seja constituída de acordo com *tipologias sociais* e modelos de conduta perquiridos de elementos extrajurídicos¹⁴⁸, os quais se imiscuem com o dado normativo orientados pela tábua axiológica constitucional para formar a disciplina exigida para o caso concreto.

Esta ampla e poderosa atuação da boa-fé objetiva a insere no cerne do regramento contratual, concedendo-lhe mecanismos diversificados para promover uma orientação de lealdade e cooperação no âmbito da relação obrigacional¹⁴⁹. Nesta esteira,

¹⁴⁴ “Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237).

¹⁴⁵ “Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas. A sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., pp. 329-330).

¹⁴⁶ “As constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua própria incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere. Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1, p. 20).

¹⁴⁷ “Com efeito, as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais. A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., pp. 239-240).

¹⁴⁸ “Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contém delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais ensaja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p.299).

¹⁴⁹ “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código*

a doutrina reconhece ao princípio da boa-fé objetiva uma tríplice função¹⁵⁰. Por um prisma inicial, a boa-fé atua como parâmetro de interpretação das situações jurídicas que compõem a relação obrigacional¹⁵¹, colimando instituir um compasso consonante ao solidarismo contratual¹⁵². Também incumbe à boa-fé objetiva coibir o exercício abusivo de direitos relacionados ao contexto obrigacional. Por derradeiro, a terceira função consiste na criação de deveres laterais à prestação principal instituídos com o desiderato de promover a satisfação dos legítimos interesses que transitam na relação contratual e o adequado atingimento do resultado útil pretendido.

Estes deveres instrumentais gozam de um conteúdo fluido capaz de se amoldar às vicissitudes e especificidades do caso concreto. Não se confundem com os deveres de prestação – via de regra considerados elementos para a qualificação do tipo contratual. Os deveres laterais permitem a instauração da lealdade e da cooperação na relação obrigacional, direcionando a conduta das partes para a adequada realização de seus interesses¹⁵³. São deveres que aderem ao regramento contratual para possibilitar a escorreita consecução do resultado útil programado¹⁵⁴. A incidência destes deveres funcionais complementa aquela compreensão da obrigação como um processo destinado a alcançar objetivos e interesses que não se circunscrevem ao limitado espectro da

de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 32-33).

¹⁵⁰ Conforme asseveram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, à boa fé objetiva são atribuídas estas três funções no contexto obrigacional, na esteira da elaboração do princípio pela doutrina tedesca: “A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. cit., p. 36).

¹⁵¹ “Com efeito, a primeira função, hermenêutico-integrativa, é a mais conhecida: atua aí a boa-fé como *kanon hábil* ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis aos contratantes.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 428).

¹⁵² Este o sentido atribuído ao artigo 113 do Código Civil: “**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁵³ “Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 440).

¹⁵⁴ “Nesse sentido, afirma-se que a boa fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos, mas também é necessário verificar a utilidade que resulta para o credor da sua efetivação, quando por mais de um modo puder ser cumprida. Houve, no caso, um aumento de deveres na relação obrigacional.” (SILVA, Clóvis do Couto e. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: **Estudos de direito civil brasileiro e português** (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 68).

prestação principal¹⁵⁵, revelando um caráter dinâmico e complexo da relação obrigacional¹⁵⁶.

Os comandos de lealdade e colaboração instituídos pelo princípio da boa-fé objetiva – para promover a tutela dos interesses globais integrantes da relação contratual e permitir o apropriado consequimento do resultado pretendido¹⁵⁷ – receberão concretude justamente através destes específicos deveres instrumentais que se imiscuem no regramento obrigacional. Importante ressaltar que tais deveres não decorrem do tipo contratual abstratamente concebido, nem mesmo derivam do acordo de vontades estabelecido entre as partes¹⁵⁸. O surgimento dos deveres laterais sublinha o caráter normativo atribuído ao princípio da boa-fé objetiva, considerando-se que os aludidos deveres impõem-se independentemente de expressa disposição legal ou mesmo da expressão da vontade das partes¹⁵⁹. Acolhida pelo ordenamento como cláusula geral,

¹⁵⁵ “Atualmente, contudo, reconhece-se que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal. A própria noção de obrigação, identificada com um vínculo de submissão do devedor ao credor, vem sendo, gradativamente, abandonada em favor do conceito mais equilibrado de relação obrigacional, composta por direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum. Avultam, neste sentido, em importância os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal.” (SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 32, p. 03-27, 2007, pp. 08-09).

¹⁵⁶ “Incidente a boa-fé objetiva em toda relação jurídica decorrente de contato social – e vista a relação obrigacional como uma totalidade e um processo -, percebe-se a agregação, aos deveres contratuais propriamente ditos, geralmente provindos ou da lei ou da vontade (os chamados deveres principais de prestação, correspondentes a cada tipo contratual considerado), de outros deveres, que nomearei por instrumentais ou funcionais. Estes não derivam de ato voluntarístico nem de norma legislativa puntual, mas dos princípios da função social e da boa-fé, sempre presente a finalidade objetiva do contrato, podendo-se apresentar antes mesmo da conclusão do negócio (o que explica, por exemplo, o dever de informar no período pré-contratual) ou até após funda a relação, como é o caso da chamada responsabilidade pós-contratual, ou culpa post pactum finitum.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. cit., p. 403).

¹⁵⁷ “São deveres que não estão voltados pura e simplesmente para o cumprimento do dever de prestar, cujo escopo não é diretamente a realização ou substituição da prestação, mas deveres que direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, de maneira a salvaguardar outros interesses que devem ser levados em conta na relação.” (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 50, p. 217-236, 2012, p. 223).

¹⁵⁸ “Por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes.” (SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. cit., p. 54).

¹⁵⁹ “A autonomia privada também se mostra insuficiente para explicar a existência dos já aludidos deveres instrumentais, ou funcionais, também ditos deveres laterais ou, ainda, anexos, ou de proteção e colaboração, os quais, compondo a relação obrigacional como uma totalidade concreta, não têm a sua fonte na declaração negocial nem encontram o seu fundamento na autonomia da vontade, mas na boa-fé objetiva.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. cit., p.408).

atribui-se à boa-fé objetiva ampla margem normativa para a instituição de variados deveres laterais¹⁶⁰. No entanto, a determinação dos deveres instrumentais obedece a um procedimento hermenêutico peculiar, o qual exige um escrutínio das circunstâncias do caso concreto.

O parâmetro de surgimento dos deveres instrumentais será a finalidade econômico-social do contrato. A obrigação não ostenta uma finalidade ínsita à sua existência, bastante por si própria. Muito ao revés, ela assume a vocação de promover objetivos e interesses especificamente talhados pelos sujeitos que a compõe. A relação obrigacional entabulada entre credor e devedor é instituída para cumprir desideratos designados pelas partes, funcionando mesmo como um instrumento de consecução destes escopos. É o fim econômico do contrato o elemento visceral da disciplina obrigacional que permitirá sua adequada qualificação, contribuirá decisivamente para a identificação dos interesses merecedores de tutela¹⁶¹ e consignará paradigmas de atuação para as partes.

Diante da abertura proporcionada pela estrutura de cláusula geral que a boa-fé objetiva assume, admite-se – ou mesmo exige-se – que o intérprete investigue as vicissitudes do caso concreto e as circunstâncias contextuais do contrato para determinar com precisão a sua finalidade econômica e social¹⁶². Analisados os pormenores do fim econômico-social do contrato e os interesses perseguidos pelas partes com aquele negócio será possível apontar os deveres laterais relevantes¹⁶³.

Um dever instrumental somente se justifica caso seja constituído para promover os legítimos interesses das partes contratuais e contribuir para a obtenção do resultado

¹⁶⁰ “A relevância dogmática da relação obrigacional complexa está em demonstrar a imprescindibilidade dos deveres laterais na consecução da causa em concreto. Neste cenário, assume especial relevo a cláusula geral de boa-fé objetiva, da qual emergem para ambas as partes, mesmo na ausência ou contrariedade à sua vontade, deveres de conduta, que permeiam todo o desenvolvimento do vínculo obrigacional.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. cit., p. 37).

¹⁶¹ “A boa-fé, como já visto, opera uma delegação ao juiz para, à luz das circunstâncias concretas que qualificam a relação intersubjetiva sub judice, verificar a correspondência do regulamento contratual, expressão da autonomia privada, aos princípios aos quais esta última deve ser funcionalizada.” (NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. cit., p.265).

¹⁶² “A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. cit., p. 41).

¹⁶³ “Pode-se afirmar, portanto, que, seja em sua função interpretativa, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito à preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença.” (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. cit., p. 253).

útil programado. Esta visão abrangente da relação obrigacional transcende o simples cumprimento da prestação principal para possibilitar que todos os interesses legítimos constantes da relação sejam atendidos¹⁶⁴, proporcionando-se o atingimento satisfativo da finalidade obrigacional¹⁶⁵. Os deveres laterais asseguram um rumo orientado pelo fim econômico-social do contrato, através da instauração de normas de conduta consonantes com os ditames de lealdade e cooperação, conforme ensina Judith Martins-Costa:

“Trata-se, pois, de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação. Os deveres instrumentais, por isso mesmo, não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. A sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia¹⁶⁶.”

Pode-se perceber que qualquer pretensão de identificar aprioristicamente os deveres instrumentais será vazia e infrutífera. A abertura inerente à cláusula geral permite que seu conteúdo normativo seja moldado pelas circunstâncias e vicissitudes do caso concreto¹⁶⁷. Se a precisa determinação dos deveres laterais decorre de uma análise voltada para as finalidades pretendidas pelo contrato na situação *in concreto*, observando-se a conjuntura na qual ele se insere¹⁶⁸, não será possível conceber uma delimitação abstrata e apriorística dos deveres instrumentais. Esta fluidez da boa-fé

¹⁶⁴ “Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de acuerdo de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominamos deberes de conducta, ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación.” (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 1, cit., p. 21).

¹⁶⁵ “O direito comparado indica ainda outra faceta da boa-fé objetiva, a qual preenche, em matéria contratual, o papel de norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do negócio, matéria na qual se visualiza a concepção da relação obrigacional como um processo polarizado por sua finalidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 415).

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 449.

¹⁶⁷ “Na verdade, os deveres anexos – também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. cit., pp. 87-88).

¹⁶⁸ “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., p. 412).

objetiva autoriza que a disciplina obrigacional seja construída em face do caso concreto e em obediência aos valores constitucionais¹⁶⁹.

1.4.2 A instituição do dever de respeito por meio da boa-fé objetiva

Rememore-se que a hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice repousa na existência de um dever de abstenção. Somente será possível cogitar-se acerca da responsabilização do terceiro pela lesão ao crédito alheio caso lhe seja imposto um dever de respeito face ao aludido crédito. Aquela já referida oponibilidade dos direitos obrigacionais traduz-se concretamente no surgimento deste dever de abstenção – o qual é instituído não apenas como ferramenta de tutela do crédito, mas também como mecanismo de proteção dos interesses globais alocados na relação obrigacional¹⁷⁰. Logo se percebe que as características ostentadas por este dever de respeito ao crédito alheio em muito se confundem com aquelas apresentadas pelos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva. De fato, a função tutelar promovida pelo dever de abstenção consiste na projeção dos comandos axiológicos exarados pelo princípio da boa-fé objetiva nas relações interprivadas.

Consignamos exaustivamente em linhas transatas que o princípio da boa-fé objetiva determina a instituição de um ambiente de lealdade e colaboração na relação obrigacional – através do estabelecimento de normas de conduta e deveres instrumentais – com o escopo de atender adequadamente aos legítimos interesses inseridos na referida relação. Impende destacar que o ditado solidarista imposto pela boa-fé objetiva não se restringe aos estreitos contornos do contrato¹⁷¹. A tutela oferecida pelo ordenamento aos

¹⁶⁹ “Assim, mesmo que sejam delimitados padrões hermenêuticos de concreção da boa-fé, a incidência do princípio sobre o caso concreto não é passível de uma predeterminação em termos de aplicação subsuntiva da norma à situação fática sub iudice. O que tentamos demonstrar no presente trabalho é a necessidade de esta verdadeira criação de Direito operada pelo juiz através da aplicação do princípio da boa-fé se legitimar mediante a sua fundamentação constitucional. Esta fundamentação implica reconhecer a possibilidade de conferir um conteúdo especificamente jurídico à boa-fé, mas implica igualmente admitir que tal conteúdo está sujeito a valorizações interpretativo-judiciais axiológicas, não controláveis sob o ponto de vista da lógica formal.” (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. cit., p. 267).

¹⁷⁰ “Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros (boa-fé objetiva), ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato (função social do contrato).” (TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. cit., p.251).

¹⁷¹ “Também o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo sobre o qual, em modo evidente, incidem direitos de terceiros qualificados (tome-se, como exemplo, o usufrutuário e o credor pignoratício

interesses perseguidos pela relação obrigacional não deve ceder ante a fatores que lhe sejam externos¹⁷², mormente em virtude da extensão do ideário constitucional de solidariedade¹⁷³ que se espraia por todas as relações interprivadas¹⁷⁴.

Evidente que a participação cooperativa do terceiro será qualitativamente diversa daquela exigida das partes contratuais. Diante de determinadas e específicas circunstâncias averiguadas no caso concreto, o terceiro poderá ser chamado a colaborar com a consecução dos interesses globais revestidos pelo crédito, mediante a adoção de uma conduta absentéista¹⁷⁵ – colimando-se preservar a higidez do crédito alheio¹⁷⁶. Nesta esteira, pode-se dizer que o dever de respeito cuja violação enseja a responsabilidade do terceiro cúmplice manifesta-se através da boa-fé objetiva¹⁷⁷. Probidade e colaboração são diretrizes de conduta que se esperam de todos aqueles que vivem em sociedade. Atitudes inconsequentes desenhadas para a satisfação de interesses

de créditos: arts. 2.800 ss., 2.025, 1.250, 1.254 Cód. Civ.) e que os terceiros são obrigados a respeitar.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 212).

¹⁷² Falando da incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas: “Sendo assim, a cláusula geral de boa-fé objetiva deve se aplicar a todas as situações jurídicas patrimoniais – contratuais ou extracontratuais – não se restringindo à órbita dos contratantes.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 107).

¹⁷³ “De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social.” (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. cit., p. 251, nota 14).

¹⁷⁴ “Todavia, em face dos ditames de solidariedade social, o contrato não pode mais ser tido como uma relação de subordinação – na qual resta ao devedor sujeitar-se aos interesses do credor – tornando-se uma relação de cooperação, devendo credor e devedor empreender seus esforços com vistas à realização do fim contratual almejado. Ressalte-se que tais deveres de lealdade e cooperação também são impostos aos terceiros, os quais devem agir em consonância com padrões de conduta socialmente esperados.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 139).

¹⁷⁵ “Repita-se ainda uma vez: o dever de abstenção que recai sobre terceiros advém da lei, mais especificamente da cláusula geral de boa-fé objetiva, informada pelo princípio da solidariedade constitucional, que se espraia por todas as situações jurídicas subjetivas, contratuais ou extracontratuais, e não do contrato, de modo que os direitos e deveres contratuais não se estendem aos terceiros.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 109).

¹⁷⁶ “Na hipótese de lesão do direito de crédito provocada pelo terceiro cúmplice, verifica-se, como se verá adiante, a violação, pelo terceiro, de um dever legal de abstenção imposto pela cláusula geral de boa-fé objetiva, informada pelo princípio da solidariedade constitucional, do qual decorre o respeito às situações jurídicas previamente constituídas.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., pp.102-103).

¹⁷⁷ Devemos destacar a resistência apresentada por Menezes Cordeiro no que concerne à utilização da cláusula geral de boa-fé objetiva como fundamento da tutela externa do crédito: “O sistema português de responsabilidade civil, mais aperfeiçoado do que o alemão, assegura a proteção dos créditos contra terceiros; o recurso à boa fé torna-se dispensável.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 647) para concluir que: “A boa fé intervém em situações de relacionamento específico entre as pessoas. Para as pessoas não relacionadas, ou estranhas ao relacionar entre outros, está disponível a cláusula dos bons costumes.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 648).

egoísticos em plena indiferença às situações jurídicas alheias não gozam de prestígio nem de tutela na atual toada constitucional. A consideração pelo próximo é uma exigência indispensável para a convivência social e o Direito não se amesquinha quando esta exigência está em pauta¹⁷⁸.

A despeito dos maiores desenvolvimentos do princípio da boa-fé objetiva terem ocorrido na ambiência contratual, deve-se lhe reconhecer uma *transcendência subjetiva* capaz de alcançar terceiros estranhos ao vínculo obrigacional¹⁷⁹. Esta alargada abrangência conferida à boa-fé objetiva permite-lhe promover uma adequada infiltração dos valores constitucionais nas relações interprivadas. Se as vicissitudes nas quais o crédito se encontra imbuído reclamarem uma tutela que extrapole as fronteiras do contrato a fim de impedir qualquer atitude nociva proveniente de terceiros¹⁸⁰, a boa-fé objetiva far-se-á presente através da imposição de um dever de respeito¹⁸¹. Cuida-se de uma *cooperação passiva* instituída com o fito de preservar o crédito¹⁸². Noutras palavras, o terceiro contribuirá para o esmorecimento do crédito através da sua

¹⁷⁸ “A seu turno, o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o alter. Mas tais deveres não se manifestam em todas as hipóteses concretas, pois que, em muitos casos, dependem de situações que podem ocorrer, seja no próprio nascimento do dever ou no seu desenvolvimento.”(SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. cit., p. 33).

¹⁷⁹ “A quarta característica distintiva diz respeito à abrangência subjetiva dos deveres anexos, que não se restringem ao devedor, podendo atingir ambas as partes e, até mesmo, terceiros. Assim, tanto as partes contratantes – ambas – devem guardar observância, na execução do contrato, à boa-fé, entre si e perante terceiros, como ainda se sustenta que terceiros também tem deveres de retidão no tocante à execução contratual, no que se vem chamando de responsabilidade pela interferência indevida no direito de crédito.” (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. cit., p. 224).

¹⁸⁰ “A boa-fé objetiva impõe – não somente aos contratantes – mas aos demais membros da coletividade o dever de atuar de forma leal, honesta e transparente nas relações sociais. Os terceiros também estão adstritos a essa obrigação e, ao celebrarem com o devedor contrato incompatível com um previamente existente, podem estar a violar a boa-fé objetiva, de modo a ensejar a sua responsabilidade civil pelos danos provocados.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). cit., p. 470).

¹⁸¹ “Em sua aplicação extracontratual, a boa-fé objetiva, informada pelo princípio constitucional de solidariedade social, impõe aos terceiros o dever de respeito às situações jurídicas anteriormente constituídas das quais tem ciência, impedindo-os de colaborarem com o devedor ou de induzi-lo ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com situação jurídica já existente.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p.108).

¹⁸² “Nestas circunstâncias, o terceiro que tenha um interesse conflitante com os de algum contratante não pode instigar o rompimento contratual ou favorecer tal agir, pois estará induzindo ao inadimplemento e, com isto, prejudicando a manutenção que é a função socialmente reconhecida. O terceiro, embora estranho à declaração de vontade daquele contrato, deve colaborar, no grau mínimo que é não atrapalhar, o desenvolvimento do contrato.” (SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. cit., p. 159).

simples inércia, privando-se de interferir na relação creditícia alheia¹⁸³. A forma de colaboração exigida do terceiro consistirá na sua mera abstenção.

1.4.3 A natureza da responsabilidade civil atribuída ao terceiro cúmplice

Longe de nos imiscuirmos nas arenosas discussões acerca da natureza assumida pelos deveres instrumentais na relação contratual, importa-nos apenas definir o regime de responsabilização do terceiro cúmplice. O delineamento fundamental do dever de abstenção ocorre por intermédio da boa-fé objetiva, que também oferece o conteúdo axiológico ao aludido dever. Nesta esteira, impõe-se sobre a conduta do terceiro que determinou a transgressão àquele dever a pecha da antijuridicidade. Deve-se destacar, no entanto, que este dever não decorre do regramento contratual, mas da máxima de *alterum non laedere*¹⁸⁴. De fato, o terceiro não compõe o liame obrigacional e nem se submete aos deveres oriundos da disciplina contratual¹⁸⁵, razão pela qual sua responsabilidade será aquiliana¹⁸⁶. O específico dever de respeito que lhe é imposto corresponde a uma delimitação realizada pela boa-fé objetiva ao genérico dever de não lesar¹⁸⁷. Não se trata, portanto, de um dever de ordem contratual ou instituído no bojo

¹⁸³ “A imposição de deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, não se restringe aos contraentes, mas alcança terceiros. A violação do dever de lealdade e colaboração, por parte destes últimos, determina sua responsabilidade.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso ‘Zeca Pagodinho’. cit., p. 344).

¹⁸⁴ “La rilevanza del contratto si manifesta anzitutto nella tutela dei diritti contrattuali nei confronti della generalità dei consociati (erga omnes). A questo riguardo occorre considerare che il contratto tende a creare, modificare o estinguere posizioni giuridiche che, pur non incidendo sulla sfera giuridica dei terzi, devono essere rispettate dalla generalità dei consociati secondo il principio del rispetto dei diritti altrui.” (BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto Civile**. Il contratto. Milão: Giuffrè Editore, 1981, v. 3, p. 542).

¹⁸⁵ “Não compete ao direito da responsabilidade aquiliana a tutela dos específicos riscos ligados à relação creditícia e ao particular programa de relacionamento entre sujeitos determinados que ela significa. Sua função é permitir e regular a reparação dos danos para além de qualquer contexto diferenciado pela relação obrigacional. Trata-se por isso sobretudo de proteger esferas individuais contra terceiros. A intromissão destes já não representa a quebra da palavra dada nem a frustração de expectativas legítimas pessoalmente depositadas no lesante.” (FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994, p. 126).

¹⁸⁶ “A responsabilidade do devedor decorre da violação contratual; embora ilícito o seu ato, ele responde pelas consequências do inadimplemento do contrato. Quanto ao terceiro, estranho à relação contratual, a sua responsabilidade só pode ser delitual, extracontratual, surgindo da participação de ambos, no ato fraudulento, uma obrigação in solidum. Esta solidariedade decorre do fato de terem sido ambos autores de um ato ilícito.” (LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. cit., p. 29).

¹⁸⁷ “Como se vê, a fonte do dever de respeito imposto aos terceiros – traduzido no dever negativo de não interferirem no direito de crédito alheio – deflui da lei (boa-fé objetiva), não já do contrato, cujos deveres e direitos permanecem circunscritos a esfera dos contratantes. Verificada a violação a este dever legal de respeito, impõe-se a responsabilização do terceiro cúmplice pela prática de ato ilícito extracontratual.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 108).

da relação obrigacional¹⁸⁸, mas sim de um dever de proteção ao direito subjetivo de crédito¹⁸⁹.

Esta constatação de que a responsabilidade civil do terceiro decorre de uma desobediência ao dever de *neminem laedere* especificamente talhado pela boa fé objetiva conduz à conclusão pela natureza aquiliana ou extracontratual de tal hipótese de responsabilização¹⁹⁰. Não há como vislumbrar imputação de responsabilidade contratual ao terceiro, mercê de não ter aderido a qualquer comando contratual ou mesmo não estar vinculado ao adimplemento¹⁹¹. A hipótese de tutela externa do crédito recolhe-se ao comando normativo insculpido na cláusula de responsabilidade extracontratual do artigo 927 do Código Civil¹⁹². A instituição do dever de respeito

¹⁸⁸ “Um dos fatores de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato é a doutrina da tutela externa do crédito, que implica sua oponibilidade a todos, no sentido de não se admitir que terceiro impeça ou dificulte o direito do credor, no contrato. Trata-se de dever de abstenção. A violação desse dever negativo leva à responsabilidade civil extracontratual do terceiro, mas em razão de dano a crédito contratual. Nesse sentido, o contrato atinge indiretamente a esfera jurídica de terceiro.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Contratos**. cit., p. 65).

¹⁸⁹ Parte minoritária da doutrina acredita que o dever de abstenção designado pela oponibilidade constitui uma externalização da disciplina contratual, asseverando-se que o regime de responsabilidade civil do terceiro deveria ser contratual: “De même que la stipulation pour autrui crée des droits pour le stipulant et pour le tiers, de même le contrat crée des obligations pour le contractant et pour les tiers. Du jour où le tiers ayant connaissance du contrat aide à le méconnaître, il devient adhérent à ce contrat. Il y a encore ici un après acte. Nous dirons donc que la responsabilité du tiers, comme celle du débiteur, est contractuelle.” (DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général: Effets des obligations**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1933, t. 7, pp. 599-600); “Se o terceiro sabia da existência de um contrato anterior, incompatível com o que pretende realizar, descumpra um dever derivado da oponibilidade do crédito: não prejudicar o contrato anteriormente estabelecido. Em virtude da cumplicidade desse terceiro, em ter contribuído com a violação do conteúdo do contrato, surge para ele uma ‘responsabilidade decorrente da violação da obrigação contratual externamente reflexa. Nessa perspectiva, o terceiro cúmplice responde nos moldes da responsabilidade contratual pelo dano causado.’” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso ‘Zeca Pagodinho’. cit., p. 343).

¹⁹⁰ “Toda pessoa que, conscientemente, ajuda um dos contratantes a inadimplir o contrato ou por ato próprio compromete o êxito da prestação pactuada comete um ato ilícito, viola um direito alheio injustamente e incorre em responsabilidade aquiliana perante a vítima da infração.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**. cit., p. 173); “Diversa è l’ipotesi in cui un terzo interferisce nell’esecuzione di contratti altrui e, quindi, anche nelle posizioni creditorie; questi è complice dell’inadempimento e dunque può rispondere in via aquiliana, come i giudici hanno sempre affermato, in concorso con il debitore che non adempie.” (VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile: Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile**. 3 ed. Pádua: CEDAM, 2005, p. 506).

¹⁹¹ “De facto, a responsabilidade de terceiro não é nem pode ser uma responsabilidade contratual, porque o terceiro não está adstrito a qualquer dever de prestar, que apenas incumbe ao devedor, o sujeito passivo da relação obrigacional, apenas este podendo, pois, incorrer em responsabilidade contratual. A responsabilidade de terceiro é responsabilidade delitual ou aquiliana, por isso que resulta da violação de um dever geral de abstenção, que irradia do direito de crédito mesmo, enquanto direito subjectivo (ainda que esse dever geral de respeito haja de concretizar-se na esfera jurídica do terceiro de que se trate, nem por isso se estabelece qualquer relação entre o terceiro e o credor).” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 501).

¹⁹² “Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a natureza dessa responsabilidade é eminentemente extracontratual. Como se expôs anteriormente, a autonomia da vontade e a relatividade impedem que terceiros possam ser prejudicados ou beneficiados, salvo nas hipóteses legais, por um vínculo obrigacional que não lhes toca. Se assim o é, não será com fundamento na responsabilidade contratual

pelas rédeas da boa-fé objetiva afigura um mecanismo tutelar do direito de crédito por sua feição externa, reclamando-se integral exercício de tal direito subjetivo. Tal dever é expressão da oponibilidade reconhecida aos direitos subjetivos de crédito e decorre da intrínseca necessidade de garantia do livre exercício de tal direito¹⁹³. A interferência realizada pelo terceiro cúmplice acarretará, portanto, uma lesão ao direito de crédito em desobediência ao dever de *neminem laedere*¹⁹⁴, que nesta específica hipótese recebe a forma de um dever de abstenção¹⁹⁵. A identificação da natureza de tal dever permitirá a conclusão pelo caráter extracontratual da responsabilidade civil do terceiro ofensor¹⁹⁶.

1.4.4 A necessária ponderação entre a solidariedade social e a liberdade de iniciativa para a configuração do dever de abstenção

que se poderá imputar ao terceiro o dever de indenizar os prejuízos que a sua conduta tenha causado a uma das partes da relação contratual, mas sim com base na cláusula geral de responsabilidade aquiliana.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., pp. 99-100).

¹⁹³ “Assim, aquele que se torna cúmplice da violação do contrato só poderá responder perante a parte inocente com fundamento na responsabilidade extracontratual, que proíbe a infração intencional de direitos alheios, o que só se tornou possível em razão da aceitação do princípio da oponibilidade dos direitos contratuais.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 93).

¹⁹⁴ “Pelo até aqui exposto, mostra-se oportuno adicionar que, no caso de dano advindo de dupla infração – a decorrente da conduta do contratante que rompe o pacto ilícitamente e a provocada por terceiro que fere a lei por incitá-lo ou ajuda-lo – somam-se, naturalmente, responsabilidades de natureza contratual e extracontratual: a primeira, por inadimplemento; a outra, por infringir-se dever de caráter geral.” (DINIZ, Davi Monteiro. *Aliciamento no contrato de prestação de serviços: Responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal*. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 375, v. 100, p. 27-35, 2004, p. 28).

¹⁹⁵ “O princípio geral do *neminem laedere* conduz à oponibilidade geral do contrato, no sentido de sujeitar o terceiro a responder pelo dano acarretado conscientemente ao crédito de um dos contratantes.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. cit., p. 169).

¹⁹⁶ De fato que a hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice contribui para a formação de uma zona de penumbra na qual se torna cada vez mais difícil identificar as diferenças entre responsabilidade contratual e aquiliana, mormente em razão deste ambiente de solidariedade instalado pela boa-fé objetiva: “Neste contexto, a existência de deveres decorrentes da boa-fé atenua a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. De fato, o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este o campo de atuação dos deveres instrumentais.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., pp. 155-156); “Há, portanto, uma ampliação das fronteiras da responsabilidade extracontratual, em relação ao princípio da solidariedade constitucional (arts. 2 e 3 Const.): se o comportamento do sujeito é lesivo de uma situação juridicamente relevante (absoluta ou relativa) de maneira a provocar um dano injusto, não há motivo de excluir a responsabilidade de quem provocou a lesão. A distinção entre situações absolutas e relativas perdeu portanto a sua justificação histórica na medida em que, com fundamento no dever de solidariedade e da consequente responsabilidade, todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 142).

A identificação da natureza do dever de abstenção – de origem extracontratual, arrimado no dever de não lesar e esculpido pela boa-fé objetiva – não nos esclarece a mecânica de sua formação, nem nos revela os meandros de atuação do princípio da boa-fé objetiva. É que a hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice revolve a um conflito axiológico de magnitude constitucional entre o princípio da solidariedade social e o princípio da livre iniciativa. Do lado da solidariedade residiriam os imperativos de probidade e cooperação impeditivos de interferências lesivas ao crédito alheio, enquanto ao lado da livre iniciativa restaria albergada a ampla liberdade de contratação¹⁹⁷. Estar-se-ia diante de uma altercação entre princípios constitucionais a exigir um exercício ponderativo, que no específico caso da tutela externa do crédito penderia para a solidariedade em detrimento da livre iniciativa, restringindo-se a liberdade contratual em reverência à proteção do crédito.

O exercício ponderativo realizado na hipótese de responsabilidade civil do terceiro interferente tem por desiderato uma adequação axiológica entre a livre iniciativa e a solidariedade social. Soluções absolutas não prestam apropriada obediência ao ditado constitucional. Promover-se a indiscriminada tutela do crédito em nome do solidarismo social implicaria empeco demasiadamente grave ao livre mercado e às trocas comerciais características de um cenário capitalista desejado pelo constituinte¹⁹⁸. A admissão da responsabilidade do terceiro interferente em quaisquer

¹⁹⁷ “Le contrapposte esigenze che fanno capo al creditore e al terzo, il quale concluda col debitore un contratto incompatibile con il vincolo precedente, si possono fin d’ora descrivere in generale come l’interesse alla sicurezza e all’integrità delle relazioni contrattuali da un lato, e l’interesse al libero esercizio delle attività economiche dall’altro. La libertà d’iniziativa economica, e in particolare la concorrenza, nell’attuale sistema economico è considerata di pubblico generale vantaggio, perciò il problema in esame si risolve principalmente in quello di stabilire se, ed entro quali limiti, sanzionando la condotta del terzo, si scoraggi lo svolgimento di attività socialmente utili.” (DI MARTINO, Patrizia. La responsabilità del terzo complice nell’inadempimento contrattuale. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão, n. 4, p. 1356-1420, 1975, p. 1.382).

¹⁹⁸ “O princípio da liberdade de iniciativa econômica é, por isso, a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista, apresentando-se como a fonte axiológica da liberdade do cidadão perante o Estado e perante os demais cidadãos. Com tal princípio inserto no texto constitucional brasileiro, garante a nossa Constituição a permanência do modelo liberal capitalista que tem na empresa o elemento básico e prioritário de seu desenvolvimento.” (AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 92, p. 221-240, out. 1986, p. 229); “A Constituição, ao garantir a livre iniciativa, demonstra a manutenção do regime capitalista. Esse, todavia, condicionado a um estágio menos maléfico, mais humanizado, de forma a possibilitar a real igualdade das partes, através da distribuição equitativa da riqueza e conforme os ditames da justiça social.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 73-88, jul. 2003, p. 81); “Por isso é que no mundo real do subsistema econômico baseado no mercado, o valor fundamental e preponderante, independentemente do modelo de constituição ou de Estado, é o da liberdade econômica ou livre iniciativa, que significa a liberdade de atuar e de participar do mercado (produzindo, vendendo ou adquirindo bens e serviços, alienando sua força de trabalho). Dito de outro modo é um princípio que estabelece, a priori, uma liberdade econômica, que antecede a sua regulação pelo Estado.” (TIMM,

hipóteses consistiria imposição desmesurada e incongruente com o desembaraçado desenvolvimento do mercado e da livre concorrência. A imposição de um dever geral de abstenção em respeito aos direitos de crédito desligada de quaisquer mecanismos restritivos ou limitativos configuraria um aniquilamento da livre iniciativa e livre concorrência, implicando a adoção, pelos agentes do mercado, de hiperbólicas medidas de cautela que só engessariam a atividade mercantil, revestindo ônus incompatível com a prática comercial.

Do lado oposto, a prevalência da liberdade de iniciativa sem peias culminaria com o retorno do reuelho reinado da autonomia da vontade exercida com o escopo exclusivo de promover os interesses particulares e egoísticos em absoluta desconsideração às circunstâncias exógenas ao seu exercício e às potencialidades de interferência em outras situações jurídicas¹⁹⁹. A prevalência incontestes dos agentes que

Luciano Benetti. O direito fundamental a livre iniciativa: Na teoria e na prática institucional brasileira. In: **AJURIS**. Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 107-124, 2007, p. 114).

¹⁹⁹ Com o que foi exposto no texto, não se pretende confundir liberdade de iniciativa com autonomia da vontade. De fato, o reconhecimento de autonomia negocial ao sujeito de direitos lhe confere um espectro de atuação que transborda a esfera dos interesses patrimoniais, atribuindo-lhe liberdade para o exercício de sua manifestação volitiva em situações jurídicas existenciais, conforme se infere do escólio de Pietro Perlingieri: “A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., pp. 275-276). Nesta esteira, enquanto o princípio de liberdade de iniciativa aponta para um modelo de atuação do sujeito na economia, a autonomia negocial revela uma toada mais abrangente, especialmente no que concerne à expressão da vontade em situações existenciais. Envolvendo situações de diversa magnitude, o ordenamento exige um tratamento condizente com os valores envolvidos, sendo certo que situações existenciais não se submeterão à mesma disciplina das situações patrimoniais: “Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. cit., pp. 276-277). No entanto, deve-se reconhecer uma intensa intercalação entre a liberdade de iniciativa e a autonomia privada. Deveras, a liberdade de iniciativa consiste na abertura de uma margem de liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica: “O princípio da liberdade de iniciativa econômica é o princípio axiológico segundo o qual os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses.” (AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. cit., p. 228). Portanto, a autonomia negocial – especificamente abordada pelo prisma da liberdade contratual – acaba por se revestir como um meio de expressão da liberdade de iniciativa. Isto porque é através do contrato que o indivíduo encontra um meio de expressão da liberdade de iniciativa. Noutras palavras, o contrato – manifestação da liberdade contratual decorrente da autonomia privada – afigura-se como um dos mecanismos de maior relevância para o exercício da atividade econômica, possibilitando ao agente a realização de operações econômicas indispensáveis ao desenvolvimento da mercancia: “A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente

ostentam maior poderio econômico redundaria em práticas predatórias e mecanismos de dominação dos mercados designados tão somente ao lucro e ao estabelecimento de feudos mercadológicos submetidos à suserania do agente econômico dominante. De certo que este cenário faria derruir a livre concorrência e prejudicaria sobremaneira o mercado consumidor e o desenvolvimento econômico-social da comunidade.

Princípios absolutos e soluções maniqueístas não se comprazem com a legalidade constitucional²⁰⁰. O ordenamento pugna por uma *comunhão axiológica* através da qual será possível promover o ditado constitucional de maneira harmoniosa²⁰¹. Solidariedade e liberdade de iniciativa trabalham como limites

negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.” (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11).

²⁰⁰ O mecanismo ponderativo surge como via hermenêutica para a resolução de embates entre princípios. Sabe-se que os conflitos estabelecidos entre regras resolvem-se pelo afastamento da validade da regra exaurida no embate: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39). Na banda oposta, a altercação entre princípios deve levar em consideração a força relativa de cada um, resolvendo-se o conflito através da perquirição de qual dos princípios ostenta maior peso no caso concreto: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. cit., p. 42). Assim, os princípios são reputados como mandatos de otimização, pois realizam-se em diferentes graus em virtude das circunstâncias e vicissitudes de sua aplicação em cotejo com outros princípios: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed.. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 67-68). Por tais motivos é que a solução para um embate entre princípios deve residir na ponderação entre ambos, com o escopo de identificar qual deles possuirá peso suficiente para disciplinar a situação jurídica examinada: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, lo mismo esta permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. cit., pp. 70-71).

²⁰¹ “A livre iniciativa não é um princípio isolado e muito menos colidente com os demais. É um princípio que deve ser interpretado em conformidade com os outros que informam a ordem econômica.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Liberdade de contratar e livre iniciativa*. cit., p. 82).

recíprocos – onde um encontra no outro o seu parâmetro de adequação valorativa – e nesta fluidez acabam por se complementarem mutuamente. São mais lúcidas as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes ao destacar esta complementariedade existente entre liberdade e solidariedade:

“É neste ambiente que se torna necessário persistir na leitura do Código à luz da Constituição, de maneira a ampliar, cada vez mais, o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à pessoa humana, única em sua dignidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta sendo talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que, nisto se confia, um dia venha a ter alcance universal, consagrando a este princípio plena e absoluta eficácia. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil; é este que representa o seu atual paradigma, ao contemplar espaço de liberdade no respeito à solidariedade social. Tal deve ser, exatamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. A imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Quando ponderados, todavia, seus conteúdos tornam-se complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, é o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade²⁰².”

A tutela externa do crédito não é produto de uma equação simplista de preponderância de um princípio constitucional sobre o outro. Muito ao contrário, a responsabilidade civil do terceiro cúmplice revela-se como resultado de uma adequação axiológica entre liberdade iniciativa e solidariedade social ao propiciar a proteção do crédito e restaurar um ambiente de lealdade e cooperação nas relações interprivadas que seja imprescindível ao próprio desenvolvimento do livre comércio²⁰³. A responsabilidade do terceiro cúmplice é o retrato fidedigno daquele entrelace valorativo, porquanto promove a tutela do crédito e a reparação do credor, como também determina a estabilidade do contrato – elemento motriz do mercado capitalista e da livre iniciativa. Esta também é o raciocínio expendido por E. Santos Júnior:

“Depois, é inquestionável que a solução da responsabilidade civil do terceiro lesante do direito de crédito de origem contratual aumenta a confiança no contrato e na sua estabilidade, sendo certo que o contrato é o instrumento jurídico fundamental da economia de mercado. Porque o pleno respeito do contrato não passa apenas pela exigência de que o devedor o deve respeitar,

²⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 51.

²⁰³ “Nós pensamos que a solução preconizada e nos termos em que a preconizamos, da responsabilidade civil do terceiro interferente com o direito de crédito, é uma solução equilibrada: que serve o valor da justiça; que harmoniza os princípios da reparação do dano e da liberdade e liberdade contratual, reforçando a ideia do contrato; que elege adequadamente o interesse prevalecente do credor; que não colide com os interesses do tráfico jurídico nem com a eficiência econômica.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p.572)

cumprindo-o, mas também pela exigência de que os outros, terceiros, o devem igualmente respeitar, não interferindo com ele²⁰⁴.”

Este exercício ponderativo essencial ao deslinde da tutela externa do crédito não se deve restringir a um abstracionismo principiológico. Esta turva zona de encontro entre a solidariedade e a liberdade de iniciativa encontra na boa-fé objetiva um firme faroleiro capaz de congregar as circunstâncias e vicissitudes do caso concreto para perquirir se aquela propalada complementariedade entre solidariedade e livre iniciativa exigirá ou não instituição de um dever de abstenção²⁰⁵. Somente diante da cautelosa análise do caso concreto é que se poderá averiguar se o exercício da liberdade de iniciativa é abusivo ou se efetivamente condiz com as práticas esperadas pelo mercado no qual o terceiro se insere²⁰⁶, cabendo à boa-fé objetiva intermediar aquele sopesamento entre os aludidos princípios constitucionais, podendo servir ora à solidariedade, ora à liberdade de iniciativa²⁰⁷.

Não se vislumbra um princípio de liberdade de iniciativa capaz de autorizar uma quadra irrestrita de atuação econômica. O desiderato constitucional aponta para a necessidade de se reconhecer na liberdade de iniciativa uma bandeira de desenvolvimento do mercado e da economia em consonância aos valores sociais e aos

²⁰⁴ SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 574.

²⁰⁵ “A boa-fé objetiva serve como filtro para se avaliarem as hipóteses em que o terceiro que lesa o contrato deva ser responsabilizado civilmente. A falta desse necessário filtro implica enterrar as relações sociais, já que, antes de contratar, as pessoas teriam de perquirir a existência de inúmeros, variáveis e ocultos contratos preexistente (uma vez que os contratos podem ser atípicos e não gozam, em regra, de publicidade). Além disso, a admissão ampla e sem restrições da responsabilidade civil do terceiro pela interferência lesiva no contrato resultaria em afastar aquelas hipóteses em que essa interferência é fruto do livre jogo da concorrência, que, na medida em que seja legal, produz efeitos benéficos à sociedade.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). cit., pp.470-471).

²⁰⁶ Quanto à necessidade de observância das especificidades do mercado no qual o terceiro pratica a conduta lesiva: “Il mercato può essere inteso come sistema di regole e principi volti a disciplinare i meccanismi ed i rapporti attinenti alla produzione ed allo scambio di beni e servizi che si svolgono nell’ambito comunitario. Esso indica la struttura complessiva dell’ambiente normativo in cui si svolgono idealmente gli scambi. Non esiste dunque un unico mercato ma tanti mercati quante sono le discipline che li regolano.” (NELLA, Luca di. Concorrenza e contratto. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 44, p. 71-85, 2010, p. 72).

²⁰⁷ “O princípio da boa-fé está mencionado no texto do art. 4, III, como critério auxiliar para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica (art. 170 da CF). Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr. 1995, pp. 21-22).

demais desígnios axiológicos destrinchados pelo constituinte²⁰⁸. O agente econômico não recebe uma concessão ilimitada para o atendimento de seus interesses privatísticos²⁰⁹, sendo-lhe exigido um exercício da atividade econômica que se revele adequado ao desenvolvimento de um mercado sólido e competitivo e que seja capaz de atender aos valores solidaristas da legalidade constitucional²¹⁰. O interesse lucrativo apenas será legítimo e merecedor da tutela do ordenamento enquanto respeitar os demais componentes do mercado e os princípios constitutivos da ordem econômica²¹¹.

²⁰⁸Os ensinamentos de Pietro Perlingieri mostram-se elucidativos: “A liberdade econômica e a concorrência, no mesmo plano estritamente econômico, não representam um fim, mas um meio, uma regra, para realizar a utilidade social, a efetiva participação de todos na organização econômica e social do país e o pleno desenvolvimento da pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., p. 528); “A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 277); “A Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas, sim, internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato que deve ser valorado não apenas isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e que o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido sejam adequados (pense-se na atividade complexa e articulada da empresa).” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., p. 358).

²⁰⁹ “Muito embora, portanto, o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte, como corolário necessário, a autorização de realização dos negócios jurídicos inerentes à actividade económica que no seu quadro se exerce, não pode o sujeito económico reivindicar para cada acto negocial a tutela que a Constituição estabelece para aquela actividade, unitariamente concebida. Actuando o sujeito na esfera económica – e a decisão de o fazer ou não, é livre – ele tem de subordinar-se aos condicionamentos dessa actuação, que lhe sejam impostos, e que podem consistir – e muitas vezes consistirão – na obrigação de realizar dados negócios, de não os realizar, de os celebrar com dado conteúdo ou dada forma.” (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. cit., p. 199).

²¹⁰Novamente recorremos à lição de Pietro Perlingieri, que esclarece a questão ao afirmar que: “A autonomia negocial se colocaria, outrossim, entre liberdade e mercado livre. Mas o mercado é um estatuto normativo, de modo que o problema é qual seja o estatuto normativo conformador do mercado e, portanto, da autonomia negocial: a própria regulamentação da autonomia negocial se torna ao mesmo tempo regulamentação do mercado. Sobre este ponto emerge uma opinião, muito significativa, que sublinha, seja a centralidade da pessoa e dos valores a ela imanentes, seja o primado reconhecido às instâncias marcadamente solidaristas e sociais, de modo que se coloca no quadro de uma concepção do contrato que não exaure a sua relevância na auto-regulamentação de interesses, mas sim credita o seu valor ético.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., pp.401-402); “O mercado se apresenta como risco, mas razoavelmente previsível, como concorrência entre iniciativas, mas leal e correta, além do mais garantida por regras e por limites. A função do mercado se deduz dos mesmos valores que, immanentemente, do seu interior, vinculam a liberdade econômica legitimando-a como poder de relevância constitucional. Nisso consiste o nexó incindível entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários, na medida em que invioláveis são os direitos do homem e inderrogáveis são os deveres de solidariedade econômica, política e social; e na medida em que as situações patrimoniais – empresa, propriedade, contrato – não podem deixar de ter uma função socialmente relevante e, sobretudo, não podem deixar de se realizar em conformidade aos valores da pessoa humana.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., pp. 521-522).

²¹¹ “A liberdade de iniciativa entendida como a garantia legal conferida ao homem empreendedor de organizar livremente sua atividade produtiva e, portanto, definir o que, como, quando e onde produzir, é,

São as peculiaridades de cada seara do comércio jurídico que indicarão a medida da interpenetração entre solidariedade social e livre iniciativa e a consequente necessidade de imposição de um dever de abstenção para salvaguardar a lealdade e a cooperação em consonância com a eficiência econômica e mobilidade do livre mercado²¹². É a atuação da boa-fé objetiva como cláusula geral que possibilita a investigação dos elementos extrajurídicos de composição da realidade social para determinar o surgimento do dever de respeito ao crédito²¹³.

A análise das circunstâncias do caso concreto propiciará o adequado cotejo entre os aludidos princípios constitucionais do qual poderá resultar a imposição do dever de abstenção. Apesar da imperiosa consideração dos elementos fáticos, o resultado ainda abstrato daquela interseção axiológica nos aponta para alguns critérios capazes de determinar com maior precisão a exigência do dever de respeito ao crédito. O capítulo seguinte destinar-se-á a uma reflexão acerca de tais critérios em confluência com os tradicionais pressupostos de responsabilidade civil, destacando-se, outrossim, o estudo de um requisito específico e indispensável à responsabilização do terceiro cúmplice, do qual não se poderá prescindir para a constituição do dever de abstenção: a exigência de anterior conhecimento pelo terceiro acerca da existência do crédito, elemento reputado como motriz de concretização da oponibilidade do direito de crédito e o mais seguro parâmetro de legitimidade do exercício da liberdade de iniciativa nas hipóteses de tutela externa do crédito²¹⁴.

todavia, condicionada ao atendimento de vários princípios conformadores da ordem econômica.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. cit., p. 87).

²¹²“Note-se, contudo, que tal dever legal de respeito imposto pela boa-fé objetiva assumirá contornos específicos de acordo com as peculiaridades do caso concreto que auxiliarão na determinação da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. Dito de outro modo, este dever legal somente incidirá no caso concreto se estiverem presentes determinados pressupostos necessários à responsabilização do terceiro. Assim, para que se admita a responsabilidade do terceiro cúmplice impõe-se a análise da disciplina contratual e das circunstâncias de fato que autorizarão a aplicação deste dever legal de respeito ao caso concreto.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p.110).

²¹³ “E não é apenas pela sua actuação legislativa que o Estado opera esta intervenção; também ao poder judicial são fornecidos meios de prosseguir, de forma relativamente autónoma, idêntica actividade. As chamadas cláusulas gerais do direito privado mais não são do que instrumentos, destinados à utilização pelo poder judicial, para intervir nas relações interindividuais, fazendo respeitar aí as regras do ordenamento económico e social de uma dada comunidade e que constituem, na verdade, o mínimo indispensável de pressupostos de funcionamento do sistema.” (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. cit., pp. 44-45, nota 58).

²¹⁴ “O mesmo se pensarmos na interferência jurídica de terceiro e, correspondentemente, na liberdade contratual e na livre concorrência: também aí o Direito estabelece os limites que são as condições de realização da liberdade contratual e de livre concorrência de cada um em relação aos demais. Aqui, em relação ao direito de crédito, como vimos, o ponto de equilíbrio é natural e intrinsecamente conseguido, desde logo, na medida em que o conhecimento do direito de crédito constitui a condição da passagem da sua oponibilidade in potentia a oponibilidade in actu, constitui, pois, condição da concretização do dever

2 REQUISITOS E CRITÉRIOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE.

2.1 Dano

Na hipótese de lesão ao crédito perpetrada por um terceiro, o dano por este ocasionado se confundirá com os prejuízos decorrentes do inadimplemento da prestação devida. Ainda que o cumprimento da prestação caiba exclusivamente ao devedor, a conduta adotada pelo terceiro cúmplice afigura-se determinante para o inadimplemento. A lesão ao crédito, portanto, decorrerá do incumprimento da prestação avençada, culminando-se com a impossibilidade de satisfação dos interesses do credor.

O devedor que falha ao cumprir a prestação que lhe incumbia proporciona ao seu credor um prejuízo de ordem patrimonial. O inadimplemento obrigacional emerge do descumprimento da prestação pactuada em benefício do credor, causando-lhe uma perda patrimonial²¹⁵. No comum das vezes, incumbirá ao devedor a reparação de tal dano. Isto porque é o devedor que se encontra vinculado ao cumprimento da prestação, que nada mais é do que o conteúdo material do direito subjetivo creditício.

No entanto, na hipótese de responsabilização analisada neste trabalho, o dano decorrente do inadimplemento será determinado por uma atuação conjunta entre devedor e terceiro cúmplice²¹⁶. Nesta esteira, o prejuízo oriundo do incumprimento da prestação terá sido ocasionado por um concurso de condutas praticadas pelo devedor e pelo terceiro interferente. Ambos dão causa simultaneamente ao dano suportado pelo credor, em virtude da inobservância de deveres que lhes foram impostos: seja a violação

geral de respeito num concreto dever de respeito, integrante da esfera jurídica de um dado terceiro, esse que conheça o crédito, e, nessa medida, limitativo da sua liberdade de acção.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 575)

²¹⁵ “O dano traduz-se na perda – no caso do direito de crédito, uma perda, normalmente, de carácter patrimonial – sofrida em consequência da lesão ou do desrespeito do direito, consistirá enfim, na lesão do bem ou interesse tutelado pelo direito subjectivo. Aqui, no âmbito da lesão do crédito, o dano consistirá, pois, no prejuízo patrimonial decorrente da impossibilidade de cumprimento, do incumprimento definitivo ou do incumprimento temporário, por parte do devedor, em razão ou também em razão da acção interferente de terceiro (este último aspecto, bem entendido, transcendendo já o âmbito do apuramento do dano, para entrar no domínio do problema da acção de terceiro e do nexo de causalidade).” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 502-503).

²¹⁶ “No caso da violação do direito de crédito em exame, o dano sofrido pelo credor é oriundo da impossibilidade absoluta (inadimplemento total) ou temporária (mora) de cumprimento da prestação pelo devedor, em virtude da interferência indevida do terceiro.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., p. 225).

do dever jurídico de cumprimento da prestação incumbido ao devedor, seja a desobediência ao dever de abstenção designado ao terceiro.

A análise do dano na responsabilidade civil do terceiro cúmplice assume contornos delicados, ensejando um cirúrgico sopesamento entre os interesses postos em jogo e arrefecidos pelos princípios constitucionais integrantes da equação axiológica do caso concreto. De certo que a imputabilidade dos deveres ressarcitórios decorrentes do inadimplemento a um terceiro estranho à relação obrigacional constitui um problema relacionado à sua conduta, mas a escorreita investigação acerca da necessidade de promoção da tutela dos interesses do credor – mediante um espectro de análise objetiva – incumbe à seara do dano. Conjecturar acerca da ressarcibilidade ou injustiça do dano em sede de responsabilidade civil do terceiro cúmplice consiste em dar concretude àquele jogo ponderativo estabelecido entre solidariedade social e livre iniciativa.

A conduta adotada pelo terceiro não encontra uma repulsa imediata e abstrata do ordenamento jurídico e nem configura, conseguintemente, violação a uma norma proibitiva preestabelecida pelo legislador. Ao revés, a análise exordial da conduta praticada pelo terceiro revela o exercício de um direito que possui sede constitucional – consubstanciado na liberdade de iniciativa e de contratação agasalhados pela autonomia negocial. Neste diapasão, a hipótese de responsabilização do terceiro por lesão ao crédito alheio enfeixa uma equação axiológica que deverá tomar em conta a estatura constitucional dos princípios que secundam os interesses envolvidos²¹⁷. Não se poderá definir aprioristicamente que o dano suportado pelo credor deverá receber a integral tutela do ordenamento em face de terceiros estranhos à relação obrigacional. O interesse propugnado pelo terceiro decorre do exercício de um direito amparado pela legalidade constitucional, sendo mesmo possível que o prejuízo oriundo de sua interferência no crédito alheio não mereça ser ressarcido por ele²¹⁸. Somente o adequado cotejo das

²¹⁷Este parece ser o raciocínio elaborado por Roberta Mauro Medina Maia: “Ao que nos parece, nas hipóteses de lesão dos direitos de crédito por terceiros, os danos – definidos genericamente como lesão a um interesse juridicamente tutelado e quase sempre restritos, nesta seara, à esfera patrimonial do indivíduo – embora perfeitamente possíveis, nem sempre serão indenizáveis. Isto ocorre porque, em determinadas hipóteses, ainda que um interesse seja merecedor de tutela, ele deverá ceder em prol de outros, por meio do emprego da técnica de ponderação, que se aplica perfeitamente à responsabilidade civil, conforme explicitado por Anderson Schreiber.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 256).

²¹⁸ “Di qui l’esigenza di stabilire i limiti entro i quali la libertà di mercato sai tutelabile: la risposta, tenuto conto della situazione obiettiva del mercato e dei principi costituzionali in materia, mi sembra non altrimenti formulabile se non in senso negativo: la tutela si estenderà fino al punto in cui l’esigenza di una situazione di libera concorrenza non renda possibili azioni, poste in essere da imprenditori privati, tendenti a sovvertirla, indirizzandola verso una situazione di monopolio.” (GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Limiti negoziali della concorrenza**. Pádua: CEDAM, 1961, p. 120).

circunstâncias do caso concreto – em um exame coordenado pelo princípio da boa-fé objetiva – é que revelará qual dos interesses envolvidos – se o do credor ou o do terceiro – deverá receber a tutela do ordenamento²¹⁹.

A determinação do dano mediante o uso de um mecanismo hermenêutico ponderativo deve recolher-se a situações de caráter excepcional nas quais o ordenamento repute legítimos ambos os interesses em conflito, o que exigirá do intérprete a realização de um metucioso trabalho de ponderação para discernir qual dos interesses merecerá a tutela do ordenamento no caso concreto²²⁰.

O intérprete não pode prescindir do exercício ponderativo entre os interesses ostentados pelo terceiro e pelo credor para definir a ressarcibilidade e injustiça do dano suportado por este último. Apenas diante da consideração das circunstâncias e vicissitudes que envolvem os interesses em jogo é que se admitirá a realização do sopesamento entre ambos com o escopo derradeiro de definir qual deles será reputado como legítimo e merecedor da tutela do ordenamento²²¹. A cláusula geral de boa-fé objetiva permitirá a necessária perquirição dos elementos fáticos atinentes aos interesses conflitantes, instituindo-se um mecanismo ponderativo capaz de designar qual dos interesses exigirá, diante das circunstâncias concretas, a tutela do ordenamento, em detrimento da satisfação do interesse preterido. Em palavras mais lúcidas, Anderson Schreiber assevera que:

²¹⁹ “Neste cenário, o problema do dano ressarcível exige, sem dúvida, uma outra abordagem. O juízo de merecimento de tutela, a cargo das cortes, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz das circunstâncias peculiares. Deixa-se, assim, de se perseguir a enumeração de novos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico de forma geral e abstrata – tarefa exclusiva do Poder Legislativo – e se passa simplesmente a definir, em cada caso concreto, o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 134).

²²⁰ Mesmo no direito norte-americano o recurso a mecanismos ponderativos tem sido utilizado, mercê da necessidade de identificação do interesse merecedor de tutela no caso concreto, a despeito da existência de critérios normativos específicos, como se assinalará no momento azado: “Generally, if the defendant has a legitimate economic justification for interfering with the plaintiff’s contract, additional improper motives will not defeat the privilege. Some courts, however, when confronted with both proper and improper motives, have sought the dominant one. In such cases the defendant has the burden of proving that the predominant motive justified the interference.” (FRANKLIN, Marc; RABIN, Robert. **Cases and materials on tort law and alternatives**. 6. ed. Westbury: The Foundation Press, 1996, p. 1.143); “Continuò ad essere affermata la necessità di un bilanciamento degli interessi, ma con meno convinzione rispetto al Restatement 1t. A quarant’anni dalla redazione del primo, i redattori del secondo Restatement amiserò la difficoltà di avere distinzioni precise e di formulare regole chiari.” (TEDESCHI, Bianca Gardella. **L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali: Um’indagine comparatistica**. cit., p. 82).

²²¹ “Sob a ótica da responsabilidade civil, a ponderação permite determinar, em casos concretos, se a interferência de um certo interesse sobre outro deve ser considerada legítima ou se, ao contrário, não deve ser admitida, consubstanciando-se em uma lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, isto é, em um dano ressarcível.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit., p. 150).

“A ponderação consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraíndo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame. Busca-se no ordenamento positivo o fundamento, ainda que indireto, da atribuição de relevância jurídica a certas circunstâncias que, na espécie, possam determinar a prevalência de um interesse face a outro, embora, abstratamente, ambos sejam protegidos em igual intensidade. Em síntese apertada, procura-se definir, com base no direito positivo, se, naquelas condições concretas, o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado²²².”

Caso a afetação do interesse lesado revele-se desproporcional, o prejuízo decorrente do agravo imposto pelo interesse lesivo permitirá que o dano suportado pelo credor seja reputado injusto²²³, ensejando a eventual atribuição de responsabilidade civil ao terceiro interferente – titular do interesse lesivo cujo grau de realização excede o sacrifício imposto ao credor – caso os demais pressupostos da responsabilidade civil também estejam presentes. Nesta esteira, o dano suportado pelo credor apenas reclamará a tutela do ordenamento se prevalecer diante do interesse perseguido pelo terceiro – que em face das circunstâncias do caso concreto não poderá ser reputado legítimo. O resultado da ponderação a indicar a prevalência do interesse do credor se confundirá com o momento da instituição do dever de abstenção imposto ao terceiro. De fato, apenas o adequado cotejo das circunstâncias e das vicissitudes do caso concreto poderá indicar se o interesse lesado merece a tutela do ordenamento em detrimento do interesse lesivo²²⁴. A operação ponderativa entre solidariedade social e livre iniciativa intermediada pelo princípio da boa-fé objetiva terá dois resultados unívocos na hipótese de responsabilização do terceiro ofensor: a determinação da prevalência do interesse lesado – interesse ostentado pelo credor vitimado com a intervenção alheia – bem como a instituição de um dever de abstenção ao terceiro. Em uma única toada hermenêutica será investigada a prevalência do interesse do credor sobre o interesse do terceiro – em sintonia com o padrão de conduta exigido do mercado no qual se insere – proscrevendo-

²²²SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. cit., p. 160.

²²³ “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

²²⁴ “La concezione in esame identifica il giudizio sull’ingiustizia del danno nella valutazione comparativa dell’interesse minacciato da un certo tipo di condotta e dell’interesse che l’agente con quella condotta realizza o tende a realizzare. La prevalenza andrà assegnata all’interesse che sembrerà più conforme al vantaggio collettivo o all’utilità sociale, tenendo conto principalmente dell’oggettiva idoneità dell’atto alla realizzazione dei fini per i quali è compiuto, delle conseguenze da questo effettivamente determinate, della gravità del danno che potrebbe conseguire da quel tipo di condotta, delle intenzioni e del piano d’azione dell’agente.” (DI MARTINO, Patrizia. La responsabilità del terzo complice nell’inadempimento contrattuale. cit., p. 1.375).

se ao terceiro o exercício abusivo da liberdade contratual, através da imposição de um dever de abstenção e respeito ao crédito alheio.

Na banda oposta, é-nos lícito concluir que a ausência do dever de abstenção amplia a margem de legitimidade da atuação do terceiro. Se as circunstâncias que envolvam o crédito não forem adequadas – em conformidade aos ditames da boa-fé objetiva – para determinar o surgimento do dever de abstenção, impede-se que sobre a conduta adotada pelo terceiro recaia qualquer juízo objetivo de antijuridicidade. Ausente a configuração do dano injusto, o ordenamento agasalha a pretensão promovida pelo terceiro e lhe confere a devida tutela, não havendo espaço para configurar-se o dever de abstenção²²⁵. Neste diapasão, o resultado ponderativo revela uma conclusão reversa: a inexistência do dever de abstenção e a síncrona prevalência do interesse lesado.

Repise-se que a identificação do dano exigirá do intérprete uma análise acerca da antijuridicidade da conduta do terceiro, considerada esta como o juízo objetivo de investigação da contrariedade à ordem jurídica através da violação a um dever de conduta que, neste específico caso, é imposto pelo princípio da boa-fé objetiva²²⁶. A conclusão ponderativa pela prevalência do interesse lesionado contempla não apenas o reconhecimento de que tal interesse seja merecedor da tutela do ordenamento, mas também a caracterização do repúdio ao interesse lesivo, marcado pela pecha da antijuridicidade. Nesta esteira, averiguação do dano restringe-se a um juízo objetivo de antijuridicidade, o que não significa que a hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice prescindia de um juízo de imputabilidade²²⁷, cuja análise, no entanto, deve ser relegada ao plano da conduta do agente, não já da configuração do dano²²⁸.

²²⁵ Não se olvide, por óbvio, que o dano decorrente do inadimplemento deverá ser ressarcido pelo devedor, o qual não se furta de repará-lo. Ou seja, o fato de o terceiro atuar de maneira legítima, mercê da inexistência de qualquer dever de abstenção não retira do devedor a responsabilidade civil contratual que lhe fora impingida pelo vínculo obrigacional.

²²⁶ “Normas de conteúdo mais genérico e de enunciado aberto, cujos pressupostos de incidência não são precisamente definidos, mas que se espraiam por um número indeterminado de situações concretas, tendem a chocar-se de forma insolúvel mediante os critérios antes mencionados.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** cit., p. 141); “Deste modo, os conflitos de responsabilidade civil se dão, amiúde, no campo de colisão entre normas de conteúdo genérico e abstrato, campo de predominante aplicação da técnica de ponderação.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** cit., p. 143).

²²⁷ “A antijuridicidade, quer diga respeito a um fato humano, quer a um fato natural, é dado de natureza objetiva: existe quanto o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** cit., p. 493).

²²⁸ “Em nenhum momento, mostra-se relevante para a aferição do dano saber se o agente poderia ou deveria ter se comportado de uma ou de outra forma. A culpabilidade não ingressa no juízo de verificação

2.2 Conduta

2.2.1 A conduta do terceiro e a exigência de conhecimento prévio acerca da existência do crédito

A conduta adotada pelo terceiro cúmplice consistirá na celebração de um contrato com o devedor do crédito violado. Há, portanto, duas relações jurídicas distintas neste cenário: de um lado, a relação obrigacional estabelecida entre devedor e credor – este último considerado vítima do evento lesivo perpetrado pelo terceiro. Do lado oposto, forma-se uma relação contratual entre aquele devedor e o terceiro cúmplice, cujo cumprimento deve revelar-se incompatível com a satisfação do crédito que, por isso mesmo, restará violado.

Nota-se, pois, que a conduta praticada pelo terceiro resume-se à celebração de um contrato com o devedor. Trata-se de uma conduta comissiva traduzida pela contratação entabulada entre o terceiro e o devedor²²⁹. Fala-se de uma conduta jurídica, já que o ato lesivo toma a forma de um negócio jurídico. A lesão ao crédito alheio decorre da fatal incongruência estabelecida entre o crédito e o novo contrato, impossibilitando que o devedor realize adequadamente o adimplemento da obrigação originária.

A conduta perpetrada pelo terceiro cúmplice exige uma qualificação específica, sem a qual não será possível se lhe imputar responsabilização. Cuida-se da necessidade de prévio conhecimento acerca da existência do crédito violado. Requer-se, pois, que o terceiro tenha ciência da existência do crédito alheio para que sua conduta possa ser considerada lesiva.

do dano. Para tanto, importa somente verificar se a conduta é objetivamente antijurídica – ou seja, coibida pela ordem jurídica por ser contrária a um dever normativo de comportamento -, a fim de se descartar o merecimento abstrato de tutela do interesse representado pela conduta, e, conseqüentemente, qualquer necessidade de ponderação entre interesses igualmente tutelados.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** cit., pp. 154-155).

²²⁹ “Além disso, o terceiro deve praticar um ato comissivo, isto é, auxiliar o devedor ou induzi-lo ao inadimplemento, celebrando com ele contrato incompatível com obrigação previamente assumida, não bastando que nada faça para impedir o devedor de violar o direito de crédito.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 115).

Este requisito de fulcral importância na composição da conduta do terceiro afigura-se como condição da oponibilidade do direito de crédito²³⁰. É certo que a oponibilidade professada enquanto elemento de proteção do direito subjetivo - qualquer que seja sua natureza – exige como condição de sua efetivação o conhecimento acerca do direito que se pretende reconhecer como violado. Neste diapasão, seria mesmo possível observar dois momentos distintos de manifestação da oponibilidade.

O dever geral de abstenção decorrente de um princípio de oponibilidade emergiria da própria natureza do direito subjetivo, conforme exposto anteriormente. A exclusão e exclusividade inerentes ao correto exercício do direito subjetivo demandariam a configuração de um princípio capaz de obliterar qualquer atuação impeditiva ou prejudicial ao exercício do direito subjetivo. Tal mister fora acometido ao princípio da oponibilidade.

Entretanto, este dever genérico supostamente imanente ao livre exercício do direito subjetivo marcaria uma oponibilidade meramente virtual. Isto porque tal dever de abstenção estaria direcionado à ampla coletividade, não sendo possível precisar a incidência específica do aludido dever. Trata-se de uma oponibilidade *in potentia*, característica pretensamente intrínseca ao direito subjetivo.

Nesta esteira, reconhecer-se-ia um momento de transição entre a estipulação de um dever geral concebido perante uma coletividade indeterminada e a concreção de um dever de abstenção imposto especificamente a um terceiro determinado. Este momento de concretização do dever de abstenção permite-nos reconhecer a oponibilidade *in actu* do direito subjetivo²³¹. Cumpre identificar o elemento de definição desta passagem do dever abstrato de respeito à específica imposição de abstenção a um terceiro determinado.

²³⁰ “Destarte, o conhecimento que tenha um terceiro do contrato alheio determina a sua oponibilidade. Fala-se em oponibilidade para se referir ao caso em que uma ou ambas partes negociais fundam no contrato uma pretensão dirigida contra um terceiro ou oponham a celebração do negócio à pretensão mantida pelo terceiro frente a elas.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. cit., p. 274).

²³¹ “Todo direito subjectivo, porque direito, postula, como dissemos, a sua oponibilidade a terceiros, a sua afirmação perante terceiros, em termos de a estes resultar – é o modo comum de ser ou de se traduzir essa oponibilidade – um dever geral de abstenção de interferir com o direito, sob pena de responsabilidade civil. Um dever geral, porque virtualmente, *in potentia*, impende sobre todos os terceiros, como dissemos. Mas, a própria contemplação da realidade das coisas demonstra que, inevitavelmente, não podemos bastar-nos com essa oponibilidade virtual. Algo há-de ocorrer que determine a concretização dessa oponibilidade virtual, sua passagem de oponibilidade *in potentia* a oponibilidade *in actu*, que determine, afinal, que aquele dever geral, que potencialmente, se estende a todos os terceiros, se concretize na esfera jurídica de certos terceiros, em termos de lhes resultar um dever específico ou concreto de absterem-se de interferir com o direito de que se trate.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 481).

Somente será admissível conceber a concretização de um dever de respeito ao exercício de um direito subjetivo se este gozar de algum mecanismo de publicidade que possibilite aos terceiros o conhecimento acerca da existência daquele direito que se pretende proteger²³². Noutras palavras, fundamental que o direito subjetivo seja revelável a terceiros para que a oponibilidade ganhe concretude.

Deste modo, a oponibilidade *in actu* exsurgerà da cognoscibilidade do direito subjetivo²³³. Noutras palavras, o dever de respeito ao direito subjetivo somente se manifestará diante da possibilidade de conhecimento acerca de sua existência, devendo-se averiguar o mecanismo de publicidade atribuído ao direito subjetivo capaz de determinar sua cognoscibilidade perante terceiros. Estes meios de publicidade designarão se o dever de abstenção se bastará diante do conhecimento presumido acerca da existência do direito subjetivo, ou se reclamará uma ciência efetiva e concreta.

Há direitos subjetivos que gozam de publicidade natural²³⁴, pois a sua existência manifesta-se de modo ostensivo e espontâneo²³⁵. É o que ocorre com os direitos da personalidade²³⁶. A pessoa é o próprio mecanismo de publicização dos direitos inerentes à sua condição humana²³⁷.

²³² É bem verdade que existem hipóteses excepcionais de proteção do crédito nas quais se afasta a exigência de prévio conhecimento sobre sua existência. É o que ocorre com a ação pauliana, pela qual o credor poderá postular a anulação de um negócio jurídico aviltante ao seu crédito sem que se exija que o terceiro-parte neste negócio tivesse ciência acerca da existência do crédito. Cuida-se, todavia, de hipótese que merece expressa previsão legal. Stj jr 482 “Às vezes, o fator externo que levará ao conhecimento do terceiro o direito de crédito, mais de forma presumida do que de forma real, é a própria lei. Com efeito, a ordem jurídica pode impor a oponibilidade eficiente do direito de crédito, mesmo que o direito oponível não seja de conhecimento do terceiro, com vistas a atender a um interesse geral. Esse é o caso da ação pauliana (art. 161 do CC/2002) e da oposição do direito de propriedade em face daquele que realizou negócio jurídico de compra e venda com o possuidor *a non domino*.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 205).

²³³ A cognoscibilidade opera como condição de concretização da oponibilidade: “Mas parece bem que, de facto, o conhecimento constitui a peça-mestra de que fala Duclos: ou, porque preferimos falar de cognoscibilidade e de conhecimento, em vez de conhecimento presumido e de conhecimento efectivo, em regra ou muitas vezes, a consideração, pela ordem jurídica, da cognoscibilidade do direito constitui a condição de concretização, na respectiva situação, da oponibilidade do direito, da sua passagem de oponibilidade *in potentia* a oponibilidade *in actu*; como, *noutros casos*, é a consideração do *conhecimento efectivo*, e só deste, que revela, para a ordem jurídica, como condição concretizadora da oponibilidade.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p.483).

²³⁴ Especificamente sobre direitos reais: “A publicidade espontânea é a que resulta do mero funcionamento social do direito real, nos termos do qual os membros da sociedade tomam naturalmente conhecimento da situação jurídica em causa.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 264).

²³⁵ “Com efeito, às vezes, quando uma determinada realidade fática se exhibe de modo ostensivo para o mundo, é impossível negá-la ou tentar desmenti-la. Assim, em alguns momentos, a revelação de determinados fatos se dará de modo tão óbvio e evidente que o conhecimento acerca dos mesmos será inevitável.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 213).

²³⁶ “Todos os sujeitos compreendidos na generalidade são destinatários das normas de direito objectivo das quais derivam os direitos da personalidade; e todos, igualmente, perante o pressuposto das mesmas

Na seara dos direitos reais, a publicidade recebe contornos de vital importância. Isto porque a publicidade atua na gênese do direito real, servindo de condição para a sua regular configuração, justamente para permitir o livre e desembaraçado exercício do direito real – afastando-se terceiros de qualquer ingerência gravosa ao exercício dos aludidos direitos²³⁸. Nesta esteira, tanto mecanismos de publicidade natural, quanto meios de publicidade organizada permitirão a cognoscibilidade dos direitos reais – elemento imprescindível à consolidação de sua oponibilidade.

Pode-se asseverar que a posse afigura-se como meio natural de publicidade²³⁹. O exercício ostensivo das faculdades atinentes ao domínio²⁴⁰ é capaz de externar a existência de um direito real sobre a coisa²⁴¹, incutindo nos terceiros o dever de respeito à situação jurídica apresentada, ainda que o exercício da posse não seja suficiente para indicar a natureza do vínculo jurídico que submete a coisa ao possuidor²⁴².

normas, isto é, perante a existência de um determinado sujeito, estão vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da personalidade de que o mesmo sujeito é titular. É assim que, ao lado dos outros direitos absolutos, os direitos da personalidade podem ser lesados por quem se encontre em conflito com a posição do titular.” (CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 30).

²³⁷ “Quanto aos direitos da personalidade, a pessoa transporta em si a publicidade dela mesma. É o comportamento ou mesmo só a existência dos indivíduos que revela aqui a realidade jurídica. A ignorância de direitos da personalidade é verdadeiramente inconcebível. Se conheço o meu direito à vida, à integridade moral e física, reconheço-o em quem quer que se me depare, nos outros. Devo, pois, respeitar os outros, ou o que é o mesmo, respeitar os seus direitos de personalidade.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 477).

²³⁸ “Se esta não é uma característica natural dos direitos reais, mas depende da prévia publicização do vínculo jurídico, é possível concluir que a diferença básica reside no fato de que enquanto a publicidade, na esfera dos direitos reais, é condição prévia para o seu nascimento, sendo, portanto, indispensável, esta será quase sempre facultativa quando estivermos diante de vínculos obrigacionais.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 208).

²³⁹ “De facto, a posse é como que uma imagem da propriedade, uma exteriorização natural dela, um meio natural ou espontâneo de publicidade, afinal, de um direito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 475).

²⁴⁰ “A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4, p. 22).

²⁴¹ “A publicidade dos direitos reais sobre móveis resulta do facto de o seu titular exercer uma actividade de índole não exclusivamente intelectual, não apenas no âmbito das criações espirituais, mas uma actividade que, *sendo dirigida a bens físicos, é exteriorizável*. Sendo assim, as pessoas que compõem o agregado social podem aperceber-se desse exercício: dá-se uma publicidade *automática espontânea*.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p.287).

²⁴² “Muito embora a posse, na qualidade de mecanismo natural de publicidade, seja capaz de dar ciência a terceiros da existência de um vínculo jurídico, não é possível, apenas por meio do seu exercício, conhecer a natureza do vínculo ou suas vicissitudes. Em outras palavras, se o exercício da posse é capaz de produzir em terceiros a consciência de que não podem violar os direitos que vinculam o bem a uma outra pessoa, a ignorância em relação à natureza destes direitos pode fazer, por exemplo, que alguém se sinta livre para adquirir um bem daquele que, na verdade, é apenas o seu detentor.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 219).

De outra banda, alguns direitos reais submetem-se a um regime de publicidade organizada, através da formatação de um sistema registral²⁴³. Diante da premente necessidade de publicização dos direitos reais – permitindo-se a adequada configuração de sua oponibilidade e conseqüente admissão de seu exercício pleno – instituiu-se um regime organizado de publicidade apto a consolidar a exteriorização das situações reais quando o mecanismo natural ou espontâneo não for suficiente para cumprir este papel²⁴⁴.

A instituição de um sistema de registros públicos concedeu maior largueza à oponibilidade dos direitos reais. Conforme exposto anteriormente, a oponibilidade não prescinde da cognoscibilidade acerca da existência do direito subjetivo, sendo a publicidade o instrumento através do qual se alcança tal cognoscibilidade. A publicidade organizada conferida a alguns direitos reais possibilita a admissão de um conhecimento reputado ou presumido. Noutras palavras, a estruturação de um sistema registral constitui um ônus de ciência sobre a situação real. Devidamente contemplado pelo sistema registral, o direito real será oponível a terceiros ainda que estes desconheçam sua existência²⁴⁵.

A utilização de um sistema de registros públicos confere ampla publicidade a certos direitos reais, admitindo que quaisquer interessados cientifiquem-se acerca da existência de direitos reais alheios. O mero desconhecimento sobre uma situação real não terá o condão de isentar o terceiro que nela interferir. Ou seja, a publicidade registral gera um dever de investigação por parte de terceiros que se imiscuem em

²⁴³ “A publicidade racionalizada deriva da intenção deliberada de dar a conhecer ao público determinada situação jurídica, sendo, normalmente, instituída ou imposta pelo Estado. Uma vez que este tipo de publicidade se consegue pela inscrição ou transcrição de determinadas ocorrências nos livros existentes em serviços especializados, a publicidade racionalizada é chamada, correntemente, publicidade registral.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 264).

²⁴⁴ “Por outro lado, se nos ativermos à publicidade registral atinente a factos de que resultem direitos sobre as coisas, então, estamos perante um meio racionalizado ou organizado de publicidade de certos direitos reais: os que incidem sobre prédios ou sobre certas coisas móveis. De facto, a publicidade registral veio complementar e corrigir algumas possíveis distorções da publicidade natural dos direitos reais, na medida em esta se afigurava insuficiente para garantir os efeitos de presunção e de boa fé requeridos pela comunidade jurídica.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 476).

²⁴⁵ “A diferença básica é que, enquanto o conhecimento reputado determina que o terceiro em face de quem se opõe o direito sabe ou *deveria saber* de sua existência, razão pela qual deveria abster-se de violá-lo, os mecanismos de publicidade que garantem o conhecimento efetivo impõem ao titular do direito oposto o ônus de provar que, em virtude do contato com informações de qualquer modo obtidas, o terceiro sabia da existência do direito que se dispôs a violar. Quando há conhecimento reputado, não é necessário provar que o terceiro conhecia o ato, fato ou direito a ele oposto, pois o registro do mesmo já é suficiente para gerar um ‘dever de conhecer’ a cargo de terceiros. Tal prova só será exigida do titular do direito oposto quando estivermos diante das hipóteses de conhecimento efetivo.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 212).

situações reais alheias, o que determina, por conseguinte, o surgimento de uma presunção de conhecimento acerca do direito real.

No entanto, bem diversa é a realidade dos direitos de crédito. Enquanto os direitos reais e os direitos da personalidade gozam de mecanismos de publicidade natural ou organizada, os direitos de crédito permanecem num estado oculto²⁴⁶, sem qualquer signo de revelação de sua existência aos terceiros estranhos à relação creditícia²⁴⁷. Atribui-se esta ausência de meios de publicidade dos créditos à sua transitoriedade e ao caráter amplamente criativo que a autonomia da vontade exerce no meio obrigacional. Considerando-se que tais situações jurídicas creditícias constituem-se nos mais variegados escaninhos do comércio jurídico, despidas de qualquer publicidade, a proteção ao crédito em face da atuação temerária de terceiros somente será condizente com o tráfego jurídico se tal terceiro tiver conhecimento efetivo acerca da existência do crédito. Reconhecer um dever geral de abstenção em relação a todos os créditos constituídos implicaria verdadeiro grilhão à atividade negocial²⁴⁸.

Nesta toada, a concretização da oponibilidade dos direitos subjetivos de crédito prescinde da mera cognoscibilidade, sendo indispensável o conhecimento real e efetivo sobre a sua existência²⁴⁹, conforme afirma Humberto Theodoro Neto:

“Como o terceiro não participou do acordo de vontades gerador do contrato e este não goza, em princípio, de um mecanismo de publicidade como o dos direitos reais imobiliários, para estender-lhe a oponibilidade da relação

²⁴⁶ “Nos direitos pessoais, deparamos com a afectação de uma prestação. Essa prestação implica uma obrigação por parte de uma pessoa. Concebe-se que, normalmente, a comunidade social possa não ter conhecimento dessa situação jurídica.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 298).

²⁴⁷ Há um regime diferenciado de publicidade no que concerne aos títulos de crédito. Isto porque o direito de crédito se corporifica na cártula. “Bem entendido, a regra de que os direitos de crédito não beneficiam de publicidade natural ou organizada não é absoluta. Existem, como se sabe, situações em que os direitos de crédito beneficiam de publicidade, mormente quando os próprios créditos se assumam como o objeto de operações jurídicas. É o que sucede com os créditos representados em títulos – títulos de crédito – que, no caso de títulos à ordem, beneficiam de uma publicidade integrada – como bem lhe chama José Duclos -, decorrente do endosso e *traditio* manual do título, e, no caso dos títulos nominativos, beneficiam de uma publicidade organizada, decorrente das formalidades centralizadoras – como o registro das transmissões levado a cabo pela sociedade emitente (v.g., transmissão de acções e obrigações nominativas).” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. nota 1.669 pp. 477-478).

²⁴⁸ “Ora, não seria razoável exigir de terceiros que conhecessem todos os contratos em vigor no mercado, o que significa impor-lhes um ônus demasiadamente pesado, além de representar entrave ao desenvolvimento da vida econômica.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p.115).

²⁴⁹ “A oponibilidade in potentia do contrato em análise resulta, como qualquer outro contrato, da própria existência deste enquanto situação jurídica validamente estabelecida. Contudo, para que seja concretamente oponível exige-se o conhecimento do terceiro da existência de um contrato anteriormente pactuado e incompatível com o vínculo contratual que se deseja estabelecer.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 148).

obrigacional e exigir que não a viole, sujeita-se à condição do seu conhecimento efetivo pelo terceiro²⁵⁰.”

A ausência de meios de publicidade repele a admissão de conhecimento reputado ou presumido na seara obrigacional²⁵¹. Noutras palavras, a oponibilidade dos direitos de crédito ganhará concretude apenas em face do efetivo conhecimento acerca de sua existência²⁵²; somente diante da concreta ciência do crédito será possível vislumbrar a oponibilidade *in actu*²⁵³.

O conhecimento acerca da existência do crédito deve ser efetivo e concreto²⁵⁴. O terceiro cúmplice deverá ter plena ciência sobre a constituição do crédito, não sendo aceitável qualquer expediente de presunção do conhecimento²⁵⁵. Neste diapasão, reclama-se que o terceiro tenha plena e efetiva notícia sobre a existência do crédito lesado e suas configurações gerais²⁵⁶. Não basta que apenas conheça a existência do crédito: exige-se-lhe, outrossim, que tenha ciência acerca dos elementos que compõem a relação obrigacional²⁵⁷. É bem verdade que o conhecimento sobre a existência do

²⁵⁰THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. cit., pp. 149-150.

²⁵¹ “Assim, a eficácia externa das obrigações pressupõe que o terceiro tenha efetivo conhecimento do crédito violado, eis que a aceitação de um conhecimento meramente presumido dos direitos de crédito acarretaria um ônus demasiado aos terceiros e um entrave à vida negocial, que sempre estaria sujeita à incerteza decorrente da constante indagação dos contratantes acerca da possível incompatibilidade de suas respectivas condutas em relação a um hipotético direito de crédito alheio.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 83).

²⁵² “No que tange aos direitos de crédito, não são os mesmos dotados de qualquer modo organizado que lhes confira qualquer publicidade, motivo pelo qual, para a sua oponibilidade concreta, deve ser exigido o conhecimento efetivo de sua existência por parte do terceiro.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 82)

²⁵³ “Mas essa suposição de conhecimento, esse conhecimento presumido assentaria naturalmente na possibilidade e mesmo na forte probabilidade de informação que assistiria à maioria dos direitos, reveláveis por um modo natural ou organizado. Em relação aos direitos de crédito, porém, dado que, normalmente, não são reveláveis nem de modo natural nem organizado, o conhecimento efetivo seria, em princípio condição mesma da sua oponibilidade efectiva.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 474).

²⁵⁴ “No que tange aos requisitos necessários à configuração do dever de reparar do terceiro cúmplice, para além dos requisitos do ilícito em geral, exige-se, em primeiro lugar, que o terceiro conheça o direito de crédito alheio, pois só então o dever geral de respeito às situações jurídicas preexistentes se concretizará em sua esfera jurídica, exigindo-se que se abstenha de nele interferir.” (BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice**. cit., p. 114).

²⁵⁵ “A forma normativa mais próxima do conhecimento psicológico é o conhecimento a que chamamos efectivo. Mas, porque não existe perfeita identidade, além de que não seria correcto definir um conceito jurídico em termos meramente psicológicos, parece-nos preferível delinear o conceito negativamente: ele opõe-se às presunções de conhecimento, no sentido de que a lei não faz derivar os seus efeitos da simples existência dum meio de conhecimento, antes exige um mínimo de realidade de representação do objeto.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Publicidade e teoria de registros**. Coimbra: Almedina, 1966, p. 19).

²⁵⁶ “Vale dizer: não basta que o terceiro saiba quem é o credor do devedor, mas conheça minimamente o regulamento contratual até por força do princípio da atipicidade dos créditos.” (BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice**. cit., p.115).

²⁵⁷ “Isso será assim, em relação aos direitos de crédito, não só como decorrência da exigência de conhecimento, em tanto que condição de efectivação da oponibilidade do crédito, como porque o conhecimento do crédito é o conhecimento dele na sua existência e na sua configurabilidade essencial.”

crédito pode até mesmo se confundir com o conhecimento sobre a prestação obrigacional, já que esta é o núcleo objetivo do crédito. De todo modo, imperioso destacar a necessidade de ciência acerca da titularidade do crédito e da prestação obrigacional²⁵⁸.

Ora, se a conduta do terceiro cúmplice deve ser incompatível com o crédito violado, evidente que o elemento cognitivo de sua conduta – o conhecimento – deve albergar os componentes essenciais do vínculo obrigacional devassado. O terceiro deve ter plena notícia sobre aqueles elementos fundamentais do contrato alheio que o tornam incompatível com a sua pretensão contratual. O interesse e os escopos designados pelo terceiro são de tal monta divergentes daqueles expressados pelo crédito alheio que a contratação do devedor pelo terceiro acarretará inexoravelmente a violação do crédito antecedente. Noutras palavras, o terceiro deve saber que a contratação intentada terá o condão de obliterar o cumprimento do crédito alheio, sendo-lhe atribuída responsabilidade pela transgressão do crédito apenas se conhecesse os elementos obrigacionais que o faziam inconciliáveis com suas próprias pretensões contratuais²⁵⁹.

Note-se, pois, que a abrangência do conhecimento do terceiro limita-se à existência do crédito e aos elementos de composição do vínculo obrigacional. Nesta toada, não se exige que o conhecimento seja alargado ou minucioso, sendo mesmo prescindível que a ciência do terceiro cúmplice alcance as configurações específicas da relação obrigacional²⁶⁰.

Entrementes, devemos asseverar que o conhecimento carece revolver aos elementos obrigacionais que sejam incompatíveis com os interesses perseguidos pelo

(SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 504-505).

²⁵⁸ “Em princípio, os terceiros não têm o dever de conhecer a existência do crédito alheio, mas quando o conhecem na sua existência e configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então a sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma condição de oponibilidade efetiva do direito de crédito a terceiros.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. cit., p. 54).

²⁵⁹ Este também parece ser o entendimento esposado por Teresa Negreiros: “Assim, mesmo se o intuito de prejudicar não fosse o único e específico propósito do contrato firmado entre o terceiro e o devedor, o fato é que, uma vez que se conhecia previamente a incompatibilidade entre os sucessivos ajustes, o segundo destes contratos estará em desacordo com a função social da liberdade de contratar.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: Novos paradigmas**. cit., p.255).

²⁶⁰ “Note-se, todavia, que a ciência acerca da relação contratual alheia não exige que o terceiro conheça, detalhadamente, todas as minúcias e especificidades das obrigações contraídas pelas partes, sendo suficiente que ele saiba que a obrigação que se pretende firmar com um dos contratantes é, de fato, substancialmente incompatível com os direitos oriundos do contrato antecedente e pode vir a causar prejuízo ao credor inocente.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. **A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos**. cit., p. 100).

terceiro cúmplice. Viu-se que a conduta do terceiro somente merecerá o repúdio do direito se for inconciliável com o crédito alheio. A violação do crédito alheio decorrerá da impossibilidade de satisfação simultânea dos interesses do terceiro e do credor lesado, mercê da incompatibilidade existente entre tais pretensões creditórias. Por esta razão, a ciência do terceiro deverá atingir o principal elemento de incongruência – a prestação – mas também deverá alcançar outros elementos acidentais que sejam determinantes para a aludida incompatibilidade.

É o caso de uma cláusula de exclusividade que restrinja a atuação do devedor. Estudaremos a cláusula de exclusividade no momento azado, cabendo-nos destacar desde logo que ela é um significativo elemento de incompatibilidade entre o crédito violado e os interesses do terceiro cúmplice. Deste modo, seria imprescindível que o terceiro obtivesse conhecimento acerca da existência de tal cláusula. Todavia, se a mera existência do crédito não se mostra revelável, menos ainda o regulamento contratual específico.

Nesta hipótese, parece-nos plausível admitir uma presunção de conhecimento acerca da cláusula de exclusividade, caso ela seja envergada por um contrato socialmente típico²⁶¹. Sabe-se que o legislador abriu ampla margem de atuação da autonomia da vontade na seara contratual, admitindo-se a formação de contratos despidos de regulamentação legal específica. Alguns destes contratos oriundos da autonomia negocial foram consagrados pelo corrente uso no tráfico jurídico, o que lhes conferiu uma tipicidade social, caracterizada pela reiterada utilização de um tipo contratual que não encontra respaldo legal.

Para além da tipicidade legal, a reiteração do uso de um determinado contrato atípico poderá ensejar o surgimento de uma qualificação contratual resultante das práticas comezinhas do comércio jurídico – uma tipicidade social²⁶². Se o crédito violado pelo terceiro cúmplice tiver sua gênese em um contrato socialmente típico, é de se presumir que o terceiro conheça as estruturas qualificadoras de tal contrato,

²⁶¹ “Entretanto, parece-nos que para que seja aplicável a tutela externa do crédito basta que o credor prejudicado demonstre que o terceiro tinha conhecimento efetivo acerca da relação contratual anterior, podendo-se, em circunstâncias especiais, admitir-se o estabelecimento de uma presunção relativa de conhecimento acerca de eventual cláusula de exclusividade que incide sobre o aludido contrato e que gera a incompatibilidade entre a conduta interferente e o respeito ao direito de crédito anteriormente constituído.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 84).

²⁶² “Entretanto, a tipicidade do contrato pode ser enfocada não apenas sob o prisma legal, mas também social. Desta maneira, um contrato será típico socialmente quando for usualmente pactuado com um conteúdo mínimo, conhecido pela coletividade ou ao menos por um determinado grupo, em decorrência dos objetivos econômicos que norteiam aquela determinada espécie contratual.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p., p. 85).

admitindo-se, por conseguinte, que o conhecimento acerca da existência da cláusula de exclusividade – inerente à configuração daquele tipo contratual socialmente consolidado – seja reputado ou presumido.

Portanto, o conhecimento sobre a cláusula de exclusividade será presumido se – e esta é uma condição elementar – o crédito violado decorrer de um contrato socialmente típico, em cujas estruturas esteja sempre presente a aludida cláusula. Repise-se que o conhecimento acerca da existência do crédito jamais será presumido. A presunção de conhecimento restringir-se-á tão somente aos elementos ancilares do contrato que denotem a incompatibilidade entre o crédito violado e os interesses do terceiro. Este mesmo raciocínio é expandido por Fabrício Carvalho:

“Assim, a noção de tipicidade social pode, em dadas circunstâncias, retirar do titular do direito de crédito violado o demasiado ônus de comprovar que o terceiro interferente, além de conhecer o contrato antes existente, saiba de eventual cláusula de exclusividade geradora da incompatibilidade com o contrato nascido da interferência indevida, desde que tal cláusula, apesar de não imposta em lei, seja consagrada na prática social, mormente se o terceiro é um concorrente dotado de experiência em relação ao objeto do contrato violado²⁶³.”

Pense-se no caso que envolveu duas cervejarias de renome e um cantor da música folclórica brasileira. Jessé Gomes da Silva Filho – conhecido pela alcunha de Zeca Pagodinho – fora contratado pela sociedade empresarial Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A., por intermédio de uma companhia de publicidade, para atuar em uma campanha publicitária instituída com o desiderato de promover a nova marca inserida pela cervejaria no mercado de produtos etílicos.

Porém, a Companhia de Bebidas das Américas – Ambev aliciou Jessé Gomes para que participasse de campanha publicitária de seus produtos. Ignorando a vigência do contrato estipulado com a Primo Schincariol, Jessé Gomes passou a figurar em propagandas dos produtos da Ambev, inclusive mediante alusões depreciativas e insinuações jocosas à marca concorrente. Irresignada com a conduta praticada pela cervejaria adversária, a Primo Schincariol colimou o ressarcimento dos prejuízos causados pela propaganda antagonista em face da cervejaria rival, por meio da adequada prestação jurisdicional. Postulou, outrossim, a instituição de multa processual diária com o desiderato de impedir a veiculação da aludida propaganda. O magistrado de piso deferiu pedido cautelar para obstar a referida publicidade através da instituição de *astreintes* com escoras no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação da Publicidade,

²⁶³ CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., pp. 87-88.

abstendo-se de qualquer ilação acerca da doutrina do terceiro cúmplice, sendo tal decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁶⁴. Não obstante, o juízo aludiu ao requisito específico de responsabilização do terceiro de que ora se trata, reconhecendo o imprescindível mister de verificação do conhecimento efetivo sobre a existência do crédito lesado pelo terceiro cúmplice. A questão de fundo tornou-se objeto de ulterior apelação, ocasião na qual o Tribunal de Justiça promoveu a condenação dos réus à reparação dos danos materiais decorrentes da intervenção. Tal querela fora submetida ao crivo jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no dia 03 de junho de 2014²⁶⁵. O Tribunal Superior identificou a possibilidade de responsabilização do terceiro cúmplice em decorrência da prática de atos de concorrência desleal – diante do permissivo insculpido no artigo 209 da Lei de Propriedade Industrial. A Corte aludiu, outrossim, à exigência de respeito ao crédito alheio promovida pelo princípio da boa-fé objetiva, admitindo a possibilidade de tutela externa do crédito²⁶⁶.

²⁶⁴ É o que se observa da decisão proferida no acórdão dos Agravos de Instrumento 346.328.4/5 e 346.344.4/8, julgados conjuntamente pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgados em 31 de março de 2004 pela relatoria do Desembargador Roberto Mortari.

²⁶⁵ Trata-se do Recurso Especial nº 1.316.149-SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça e Relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cuja ementa dispõe: “RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO EM CONTRATO ALHEIO. TERCEIRO OFENSOR. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO E CERCEAMENTO DE DEFESA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 571 DO CPC. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Ação de reparação de danos em que se pleiteia indenização por prejuízos materiais e morais decorrentes da contratação do protagonista de campanha publicitária da agência autora pela agência concorrente, para promover produto de empresa concorrente. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 3. Inviabilidade do conhecimento de matéria não devolvida ao Tribunal de origem, ainda que suscitada em embargos de declaração. Hipótese de “pós-questionamento”. Precedentes. 4. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da ilegitimidade passiva do sócio da agência de publicidade e da inocorrência de cerceamento de defesa, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Concorrência desleal caracterizada. 6. Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor. 7. Cabimento da liquidação do julgado segundo ambos os critérios previstos no art. 210, incisos I e II, da Lei de Propriedade Industrial, para assegurar ao credor a possibilidade de escolha do critério que lhe seja mais favorável. Vencido o relator. 8. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ). 9. Ocorrência de dano moral à pessoa jurídica no caso concreto. Vencido o relator. 10. Arbitramento de honorários advocatícios em percentual da condenação. 11. RECURSO ESPECIAL DE ÁFRICA SÃO PAULO PUBLICIDADE LTDA DESPROVIDO E RECURSO ESPECIAL DE FISCHER AMÉRICA COMUNICAÇÃO TOTAL LTDA E ALL-E ESPORTES E ENTRETENIMENTO LTDA PROVIDO, EM PARTE.”

²⁶⁶ Especificamente no que concerne ao princípio da boa-fé objetiva como fundamento da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, cumpre destacar o seguinte excerto do voto do Ministro relator: “De outra parte, ainda que abstraída a questão da concorrência desleal, a ilicitude do ato praticado pela agência ÁFRICA poderia ser verificada sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), dele extraindo-se um dever geral imposto a toda a

O caso sob exame esclarece as duas questões relativas ao conhecimento do crédito suscitadas até este momento. O terceiro cúmplice conhecia a existência do contrato firmado entre o cantor e a cervejaria concorrente, o que ficou sobejamente comprovado não apenas pela propaganda inicial ser fato público e notório, mas principalmente em razão de o terceiro ter se referido ao produto rival em sua propaganda.

Entretanto, não houve qualquer comprovação da ciência do terceiro acerca da existência de cláusula de exclusividade inserida no contrato entabulado entre o cantor e o credor lesado. A demonstração do efetivo conhecimento sobre a cláusula de exclusividade mostra-se despicienda por cuidar-se de contrato socialmente típico. Os contratos de publicidade comungam de cláusulas de exclusividade estabelecidas com o escopo de preservar a integridade da propaganda. Admitir-se que o personagem de campanha publicitária possa se vincular livremente a companhias rivais esvaziaria sobremaneira a utilidade da propaganda. Sendo a cláusula de exclusividade figura persistente nos contratos de publicidade, esculpidos pela tipicidade social, reputa-se que o terceiro a conhecia, ainda que de modo presumido²⁶⁷.

2.2.2 O elemento subjetivo da conduta do terceiro ofensor

Passa-se a analisar a repercussão causada pela exigência de efetivo conhecimento sobre a existência do crédito na configuração do elemento subjetivo da conduta do terceiro. Alguns juristas acreditam que a aludida necessidade de conhecimento implicará inarredavelmente numa conduta dolosa. Nesta esteira, não se concebe tal ciência desvinculada da atuação intencional do terceiro em promover a ofensa ao crédito alheio. Se o terceiro goza de pleno conhecimento acerca da existência do crédito e atua em contrariedade a tal situação jurídica, sua conduta, por via de consequência, deverá ser dolosa. É o que se colhe da lição de E. Santos Júnior:

coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes.”

²⁶⁷ “Desta maneira, em tese, a cervejaria concorrente induziu o aludido cantor ao inadimplemento contratual, nos parecendo que a primeira empresa precisaria apenas demonstrar que a concorrente sabia da existência do contrato anterior (o que, aliás, no caso ora ventilado, era fato público e notório, dispensando produção de provas) para legitimamente invocar a tutela aquiliana do seu crédito, presumindo-se o conhecimento acerca da cláusula de exclusividade em virtude da tipicidade social que envolve os contratos de publicidade.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 87)

“Conhecendo o crédito, o terceiro está, in concreto, adstrito ao dever de abster-se de com ele interferir. O que sucede é que, jurídica e praticamente, a lesão ilícito-culposa do direito de crédito, a inobservância ilícito-culposa daquele dever só na forma de dolo poderá relevar, em termos de responsabilidade civil, ao contrário do que sucede com outros direitos, como os direitos reais ou os direitos da personalidade, em que o conhecimento do direito não determina necessariamente que a acção lesiva seja dolosa, podendo ser negligente²⁶⁸.”

Se o terceiro conhece o crédito e sabe ser este incompatível com suas pretensões contratuais, não se poderia olvidar que sua conduta se reveste de um carácter doloso, seja pela intenção de violar o crédito alheio, seja pela mera consciência de que sua atuação poderá ocasionar uma lesão ao crédito²⁶⁹. Cuida-se de um raciocínio silogístico cuja conclusão sempre expressará uma conduta dolosa²⁷⁰. O terceiro que sabe da existência do crédito e promove uma conduta em contradição à satisfação daquele crédito revela, ainda que indiretamente, um desígnio prejudicial²⁷¹.

Exigir-se o dolo na configuração da responsabilidade civil do terceiro cúmplice minora os receios de que a tutela do crédito poderia ocasionar entraves ao comércio jurídico e desdouro à livre iniciativa²⁷². A restrição da responsabilização do terceiro

²⁶⁸SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p.504

²⁶⁹ “Somente conhecendo o crédito alheio, pode o terceiro conscientizar-se do dever de não prejudicá-lo. E se age, depois de conhecer a existência do crédito, e o danifica, seu comportamento somente pode qualificar-se como doloso, pois, assim agindo, irrecusável será que orientou sua vontade para o fim danoso que realmente provocou: quis prejudicar a relação de crédito ou teve consciência de que a prejudicava.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. cit., p. 175).

²⁷⁰ “L’osservazione conduce ad una conclusione di rilevante interesse: l’area dell’eventuale illiceità della condotta del terzo complice nell’inadempimento contrattuale è limitata alla sola ipotesi di dolo. Infatti, se per dolo si intende la coscienza e la volontà di cagionare l’evento dannoso, e se si ammette che questo non debba necessariamente costituire lo scopo specifico dell’atto, perchè è sufficiente che l’evento sia stato previsto e accettato dall’agente, si deve, a mio avviso, concludere che il terzo il quale consapevolmente concorra col debitore nell’inadempimento agisce dolosamente.” (DI MARTINO, Patrizia. **La responsabilità del terzo complice nell’inadempimento contrattuale**. cit., p. 1.395).

²⁷¹ “Conhecendo o crédito, o terceiro está, in concreto, adstrito ao dever de abster-se de com ele interferir. O que sucede é que, jurídica e praticamente, a lesão ilícito-culposa do direito de crédito, a inobservância ilícito-culposa daquele dever só na forma de dolo poderá relevar, em termos de responsabilidade civil, ao contrário do que sucede com outros direitos, como os direitos reais ou os direitos da personalidade, em que o conhecimento do direito não determina necessariamente que a acção lesiva seja dolosa, podendo ser negligente. Ou, pelo menos, é difícil ou raramente configurável uma situação em que a acção interferente de terceiro, que conheça o crédito, não se assuma como dolosa, configurando-se como meramente negligente.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 504).

²⁷² “Com o que fica dito, afasta-se, de todo, o receio de uma proliferação de acções de responsabilidade e o inerente receio de paralisação da iniciativa econômica. Primeiro e já o tínhamos notado, a efectivação da oponibilidade depende do conhecimento do direito de crédito. Qualquer interferência no crédito, mas no desconhecimento da sua existência, não será ilícita. Depois, conhecendo o crédito, o terceiro só será responsável verificados, ainda, os pressupostos, da responsabilidade civil: dada a natureza das situações envolvidas, o carácter ilícito-culposo da conduta só poderá verificar-se quando a actuação do terceiro seja dolosa.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 508-509).

apenas às hipóteses em que este tenha agido com intenção lesiva prestaria reverência aos espaços de livre iniciativa²⁷³. Nesta trilha, pode-se notar um duplo caráter na exigência do dolo na conduta do terceiro cúmplice: um caráter dogmático e outro ideológico. Diz-se uma exigência de índole dogmática por decorrer de uma inferência inescapável que assume como intencionalmente lesiva, porquanto consciente e dolosa, a conduta do terceiro adotada mesmo diante do conhecimento acerca do crédito incompatível. De outra banda, esta mesma prescrição assume um caráter ideológico ao ser instituída com o escopo de limitar as hipóteses de responsabilização do terceiro cúmplice e preservar os espaços de livre iniciativa.

Na banda oposta, reúnem-se autores que afastam a necessidade de averiguação do dolo na conduta do terceiro, bastando que tal atuação tenha ocorrido de maneira culposa. Suficiente a observância da culpa para a configuração do elemento subjetivo da conduta do ofensor, prescindindo-se de qualquer investigação acerca da intenção do agente em provocar o dano²⁷⁴.

A instituição do dolo como requisito fundamental da responsabilidade do terceiro consistiria movimento retrógrado, avesso às tendências hodiernas do direito civil, revolvendo à revelha função repressiva encarnada pela responsabilidade civil, olvidando-se o atual paradigma de reparação da vítima²⁷⁵. Não bastasse tal empeco, a exigência de dolo na conduta do terceiro cúmplice requer custosa demonstração da intenção lesiva do agente, importando na imposição de verdadeira *probatio diabolica*²⁷⁶.

²⁷³ “Seria necessário invocar e demonstrar uma actuação do terceiro destinada a provocar o dano. Se o terceiro se limitou a agir no espaço jurídico ao abrigo da sua liberdade de iniciativa económica, sem qualquer intenção de prejudicar o credor, não há facto. A mera contratação com devedores não pode ser ilícita: o próprio Direito não admitiria uma situação de ghetização em que, seja perante quem fosse, se organizasse um boicote de contratação.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Eficácia externa dos créditos e abuso do direito. In: **O Direito**. Ano 141°. Coimbra: Almedina, 2009, p. 106).

²⁷⁴ “Em que pesem as opiniões em contrário, consideramos que, ante a boa-fé objetiva – a exigir dos contratantes um padrão de comportamento objetivamente verificável -, a intenção de lesar o contratante não é elemento fundamental a fim de caracterizar a responsabilidade civil do terceiro, bastando para tal o mero conhecimento prévio do contrato. Admitir o contrário seria um retroceder na evolução da teoria contratual, significaria uma revalorização do voluntarismo e o conseqüente abandono da funcionalização da liberdade de contratar.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 140).

²⁷⁵ De mais a mais, adotar esta posição significaria se distanciar da tendência contemporânea de objetivação da culpa que, cada vez mais, se afasta do conceito subjetivo de previsibilidade do resultado danoso e caminha na direção da idéia de violação a parâmetros objetivos (standards) de conduta.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 116).

²⁷⁶ “Entretanto, tal entendimento não colhe por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque impõe à vítima prova diabólica no sentido de demonstrar a intenção de prejudicar do agente, o que equivaleria, na prática, à impunidade do terceiro cúmplice e a conseqüente irreparabilidade do dano em inúmeras situações.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 116).

Neste cenário, a exigência de conhecimento efetivo acerca da existência do crédito não se deve confundir com a imposição do dolo na conduta do terceiro, como se infere do escólio de Paula Greco Bandeira:

“Não se exige que o terceiro cúmplice aja com dolo, ou seja, com a intenção de prejudicar o credor, bastando apenas que conheça o crédito e a despeito disso, celebre com o devedor contrato incompatível com a obrigação por este previamente assumida²⁷⁷.”

Estas são as duas correntes encontradas na doutrina contemporânea que se debruçam sobre o elemento subjetivo da conduta do terceiro cúmplice. A aparente divergência entre as duas posições não nos parece suficiente para mascarar as fortes semelhanças que ambas comungam entre si. É a partir da análise de tal aproximação que pretendemos identificar o adequado parâmetro subjetivo de responsabilização do terceiro: se a culpa ou o dolo.

Pode-se perceber que os autores que erigem o dolo como único meio de reprovabilidade da conduta do terceiro, o fazem como forma de remarcar a exigência de conhecimento efetivo sobre a existência do crédito para que surja o dever de abstenção, mas prescindem da cabal demonstração do intento prejudicial²⁷⁸. A impossibilidade de revelação do propósito malicioso do terceiro não constituiria óbice à sua responsabilização, pois o efetivo conhecimento sobre o crédito pressuporia a simples assunção do risco de prejudicar o crédito alheio, e isto seria uma forma dolosa de atuação.

Na margem reversa, os juristas que descartam o dolo na configuração da conduta do terceiro, não afastam a imprescindível necessidade do conhecimento efetivo sobre o crédito, instituindo a culpa como elemento subjetivo da conduta para demover qualquer perquirição acerca da intenção do agente que o dolo pudesse determinar.

Afiguram-se manifestas as semelhanças que as duas posições doutrinárias assumem²⁷⁹. Ambas prescindem de uma averiguação acerca do íntimo desígnio

²⁷⁷BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 116.

²⁷⁸ “De facto, se consideramos a interferência jurídica, constata-se que, pela sua natureza, apenas enquanto dolosa (em qualquer das formas que o dolo assuma) é susceptível de gerar responsabilidade ao terceiro interferente. Seja o caso de o terceiro colaborar com o devedor no incumprimento ou no contrato gerador da impossibilidade de cumprimento – pois, se o terceiro conhece o crédito, ou seja, se o conhece, na sua existência e configuração mínima essencial, não se vê como tal colaboração possa ser assumida senão com dolo -, seja o caso de o terceiro, tomando ele a iniciativa, induzir o devedor à lesão do direito de crédito, normalmente, como meio ou em resultado de lhe propor e com ele celebrar um contrato incompatível, que acarrete o incumprimento ou a impossibilidade de cumprimento da prestação a que o devedor estava adstrito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 505).

²⁷⁹ Crucial que se esclareça uma orientação adotada no texto: Definimos a existência de fortes semelhanças entre as correntes doutrinárias que estudam o elemento subjetivo da conduta do terceiro

prejudicial do agente, bem como prescrevem categoricamente o conhecimento efetivo sobre a existência do crédito. A partir desta constatação poderemos desvendar o adequado elemento subjetivo da conduta do terceiro cúmplice.

Mesmo podendo incorrer em enfado, devemos retomar o estudo da exigência de conhecimento sobre a existência do crédito, agora através de uma perspectiva diversa. Viu-se que os direitos de crédito não gozam de qualquer mecanismo de publicidade, razão pela qual o dever de abstenção somente ganha concreção diante do conhecimento efetivo. Nesta esteira, não há a configuração da oponibilidade *in actu* do crédito se o terceiro desconhecia sua existência²⁸⁰. O terceiro que adota uma conduta contrária ao crédito alheio sem saber de sua existência está abrigado pela inoponibilidade. Esta situação de ignorância configura um estado de boa-fé do agente, compreendida em seu sentido subjetivo²⁸¹. Enquanto houver ignorância legítima – decorrente da ausência de publicidade – o terceiro de boa-fé não será responsabilizado pela violação ao crédito alheio²⁸², funcionando a boa-fé subjetiva como limite da oponibilidade, conforme assevera Roberta Mauro Medina Maia:

“Assim é porque enquanto o dever genérico de abstenção independe do prévio conhecimento, a oponibilidade não poderá alcançar as hipóteses em que o terceiro era incapaz de saber da existência do direito alheio. Tal estado de ignorância – que define, justamente, a boa-fé subjetiva – é o limite no qual esbarra a ideia de oponibilidade. Em virtude de tal óbice, qualquer direito só se tornará oponível quando à sua existência for dada a devida publicidade, sendo este um ônus que recai sobre o seu titular. A oponibilidade de um

cúmplice com base no que consideramos os entendimentos de maior expressão na doutrina. Não olvidamos a existência de autores que erigem o dolo como elemento imprescindível da conduta do terceiro e, com isso, também afirmam indispensável o caráter intencional e manifestamente prejudicial de tal conduta – como destacou-se do ensinamento esposado por Menezes Cordeiro na nota tal. Do mesmo modo, há autores que caracterizam o elemento subjetivo da conduta do terceiro pela culpa e admitem plenamente a presunção de conhecimento sobre a existência do crédito, sendo mesmo desnecessária a comprovação do conhecimento concreto e efetivo – posição que ficará melhor elucidada no texto. Note-se, portanto, que a aproximação entre as duas posições somente concerne ao que consideramos serem os expoentes mais significativos de tais posições, ignorando, quanto a este aspecto específico, a existência de dissidências internas a cada corrente.

²⁸⁰ “Cette exigence de la connaissance par le tiers des droits existants est tout aussi constante lorsqu’il ne borne pas à se rendre complice de la violation d’une obligation contractuelle, mais acquiert lui-même des droits concurrents à ceux possédés par autrui. Pour régler ce conflit de droits personnels, les juges recourent à l’appréciation de la bonne foi du second titulaire.” (VIRASSAMY, Georges. La connaissance et l’opposabilité. In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques (Orgs.). **Les effets du contrat à l’égard des tiers: comparaisons franco-belges**. Paris: LGDJ, 1992, p. 137).

²⁸¹ “Por este motivo, o terceiro de boa-fé, que desconhece o vínculo obrigacional alheio, não pode ser responsabilizado por eventual prejuízo sofrido pela parte de uma relação contratual que não o vincula, ainda que sejam inteiramente incompatíveis as obrigações contraídas.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p. 100).

²⁸² “In proposito una prima regola si può considerare sicura: il terzo di buona fede non può in nessun caso incorrere in responsabilità per la stipulazione di un contratto incompatibile con un persistente impegno della sua controparte.” (TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito. cit., p. 218).

direito em face de terceiros, portanto, não prevalecerá naquelas hipóteses em que estes desconheciam sua existência e, em razão de tal ignorância, adotaram conduta com ele incompatível. Desse modo, onde há boa-fé subjetiva, não há espaço para a aplicação prática do conceito de oponibilidade²⁸³.”

Nesta toada, o terceiro de boa-fé – em um estado de ignorância legítima²⁸⁴ – não se submeterá à oponibilidade do crédito, e sua conduta não poderá ser considerada lesiva²⁸⁵. Tratando-se de oponibilidade dos direitos de crédito, bastará que o terceiro desconhecesse a existência do crédito para que se lhe reconheça um estado de ignorância que reclame a proteção do direito. Não há que se cogitar de um dever de conhecimento sobre os créditos alheios, o que afasta decisivamente a instituição de um conhecimento reputado ou presumido, o qual somente grassa na seara dos direitos reais²⁸⁶. O dever imposto ao terceiro de questionar a existência de direitos que possam ser violados pela sua conduta somente se constituirá diante de um sistema de publicidade²⁸⁷. Portanto, apenas perante mecanismos seguros e organizados de publicidade será possível inculpir um dever de indagação acerca de direitos alheios, cuja violação permitirá uma presunção de conhecimento, impedindo-se a formação de um estado de ignorância desculpável.

Se os direitos de crédito não gozam de qualquer mecanismo de publicidade, e sequer se submetem ao regime registral obrigatório, não se poderá jamais concluir que

²⁸³MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 193.

²⁸⁴ “A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à literalidade do pactuado.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. cit., pp.411-412).

²⁸⁵ “A diferença que podemos observar, em matéria de oponibilidade, entre os direitos reais e os direitos de crédito, advém, precisamente, da interligação oponibilidade-boa fé. Não pode estar de má fé quem ignore a existência do direito que está lesando, desde que não tivesse qualquer obrigação de o conhecer.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p. 314).

²⁸⁶ “Assim, enquanto o conhecimento em relação aos direitos reais será presumido – quando sujeitar-se à obrigatoriedade do registro – ou decorrerá de fatos ostensivos – como a posse exercida sobre bens móveis – o titular do direito de crédito violado por terceiros deverá empenhar-se para comprovar o conhecimento efetivo destes em relação ao seu direito.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 256).

²⁸⁷ “A presunção de conhecimento, não custa repetir, é uma peculiaridade dos registros obrigatórios, sendo que apenas estes conferem conhecimento reputado.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 238).

haja um suposto dever de conhecer os créditos alheios²⁸⁸, afastando-se qualquer possibilidade de presunção de conhecimento acerca da existência de créditos²⁸⁹.

Não obstante esta incisiva afirmação, alguns autores admitem a instituição de uma presunção de conhecimento dos direitos de crédito²⁹⁰, quando as específicas circunstâncias do cenário no qual o crédito fora concebido permitam a instituição de um dever de diligência imposto àqueles que atuem naquela senda do comércio jurídico²⁹¹. Busca-se impor aos terceiros um dever de investigação sobre a existência dos créditos²⁹², conferindo à boa-fé objetiva um papel surreal²⁹³. De fato, o princípio da boa-fé objetiva fundamenta e lapida o dever de abstenção, o que não significa que ele terá o

²⁸⁸ “Ora os direitos de crédito não estão sujeitos a publicidade: daí que os terceiros possam, com grande grau de probabilidade, desconhecer, por boa fé, a eminência de violação. Assim, sendo, não são responsáveis, nem o crédito lhes é oponível. Pelo contrário, a publicidade existente nos direitos reais reduz, consideravelmente, a boa fé de terceiros: todos podem e devem conhecer da existência dos direitos reais.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. cit., p.315).

²⁸⁹ “Para os direitos de crédito, a publicidade será, na maior parte das hipóteses, facultativa, razão pela qual não será imposto a terceiros ‘o dever de indagar’ da existência dos mesmos.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 262).

²⁹⁰ “Assim, via de regra, oponibilidade *in concreto* dependeria de um conhecimento efetivo do direito de crédito. Contudo, em determinadas circunstâncias específicas, por exemplo, no caso da celebração de um contrato socialmente típico, ou seja, aquele que tem prática constante e reiterada pela coletividade, seu conhecimento é presumido, cabendo aos terceiros o dever de se informar.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 134).

²⁹¹ “Além disso, se tanto o contrato original quanto o subsequente, firmado este pelo terceiro estranho ao primeiro acordo, foram celebrados entre agentes de um mesmo ramo de atividade, cujos usos e costumes são por demais conhecidos por todos os interessados, é possível, em hipóteses excepcionais, estabelecer-se o conhecimento presumido do contrato primitivo.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p. 100).

²⁹² “Para que a oponibilidade seja exercida em face de terceiros é necessário que estes tenham conhecimento do direito subjetivo ou, pelo menos, a possibilidade de o tê-lo (cognoscibilidade). Nesse passo, o fator publicidade é que efetivamente torna os direitos oponíveis, que passam de uma oponibilidade *in potentia* à oponibilidade *in actu*.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 202); “Com base nesses subsídios, pode-se afirmar a necessária comprovação de que o terceiro sabia da existência do contrato a que ajudou a inviabilizar, ou, em casos extremos, tinha possibilidade de sabê-lo, ante sua notoriedade e publicidade.” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 821, p. 80-98, 2004, p. 96).

²⁹³ “Entendemos, contudo, que admitir a responsabilidade do terceiro apenas nos casos em que ele tenha conhecimento efetivo do contrato, é ir contra toda a transformação que vimos acontecer no Direito contratual, em que a cooperação e solidariedade presentes na função social do contrato e na boa-fé objetiva devem prevalecer e limitar o exacerbamento da autonomia privada. Assim, compartilhamos a opinião de Antônio Junqueira de Azevedo de que ‘se o terceiro não sabe, mas deveria saber, com um mínimo de diligência, da existência da obrigação do devedor, para cujo inadimplemento está colaborando, deve responder’. Ou seja, o terceiro deve responder ainda que por simples culpa. Ora, é isso que impõe os deveres de conduta da boa-fé objetiva. Efetivamente, no desenvolvimento de certas atividades empresariais, por exemplo, o que se espera de um empresário probo é que se informe sobre o mercado em que atua ou pretenda atuar, verifique como funciona a lógica contratual no ramo de atuação e quem são seus principais parceiros ou concorrentes e pautar sua conduta cumprindo seus deveres de lealdade e confiança.” (MARTINS, Camila Rezende. O princípio da relatividade dos contratos a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. 2011. Dissertação de mestrado em direito civil. Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 156).

condão de exigir que terceiros averiguem a existência de créditos que não se expõem ao público, permanecendo segregados de qualquer visibilidade. Nem mesmo o princípio da boa-fé objetiva – de contornos cada vez mais alargados – poderia impor um dever desconectado da realidade, uma diligência clarividente de descobrir a existência daquilo que não se divulga nem goza de publicidade²⁹⁴.

Por tudo que já foi exposto, tornamos a frisar que o conhecimento **efetivo** acerca da existência do crédito é condição *sine qua non* do surgimento do dever de abstenção²⁹⁵. Assim, o terceiro que ignora a existência do crédito encontra-se em um estado subjetivo de boa-fé. De outra banda, o terceiro que demonstra conhecer efetivamente o crédito alheio não merece, em princípio, a tutela dos seus interesses, configurando-se um estado de má-fé²⁹⁶. A consciência de que o crédito alheio é incompatível com as pretensões contratuais do terceiro reclama o regime de má-fé²⁹⁷.

Podemos concluir que a hipótese de responsabilização do terceiro cúmplice que tratamos neste trabalho sempre exigirá do agente uma conduta imbuída pela má-fé²⁹⁸, compreendida como consciência de atuação em contrariedade a outro direito²⁹⁹. Apesar da proximidade, a má-fé não se confunde com o dolo, pois este implica uma consciência qualificada pela intenção solerte de prejudicar através da adoção de uma conduta

²⁹⁴ A única remota e excepcional hipótese que podemos vislumbrar de conhecimento presumido quanto a direitos de crédito: registro facultativo de contratos como costume no ramo jurídico específico.

²⁹⁵ “Tenons donc pour acquis que la connaissance, qu’elle résulte d’une publicité organisée, ou de la connaissance effective que pouvait avoir le tiers des droits personnels ou des conventions leur ayant donné naissance, est une condition de leur opposabilité.” (VIRASSAMY, Georges. La connaissance et l’opposabilité. cit., p. 139).

²⁹⁶ “Concluindo: a ideia de boa-fé, enquanto estado de erro ou ignorância, é sempre incompatível com a culpa; pode haver pois desconhecimento e não haver boa-fé. A ideia de má fé significa, regra geral, a ausência de boa fé, pelo que pode coexistir com um estado de ignorância, ou erro, havendo culpa; mas quando a lei pressupõe, em tal estado, uma intenção específica de prejudicar ou enganar exige também um estado de conhecimento efectivo.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Publicidade e teoria de registros**. Coimbra: Almedina, 1966, p. 28).

²⁹⁷ “Sendo a oponibilidade a regra geral, aquele que adota conduta capaz de violar direitos alheios estando de má-fé – ou seja, estando consciente ou tendo ao menos a impressão de que os direitos de terceiros podem servir de óbice à sua conduta – deverá submeter-se à imposição do direito alheio na sua esfera jurídica, pois se aplica, aos que atuam de má-fé, o regime geral da oponibilidade.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 194).

²⁹⁸ “Sembra tuttavia essere un elemento comune alle diverse fattispecie. Si tratta infatti di ipotesi in cui la responsabilità del terzo può essere affermata solo in caso di sua malafede. Una regola la dottrina sembra infatti desumere con sicurezza: il terzo in buona fede non può incorrere in responsabilità per la conclusione di un contratto incompatibile con un precedente impegno della controparte.” (FERRANDO, Gilda. La lesione del diritto di credito da parte di terzi. **Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale**. Parte II, 1985, p. 334).

²⁹⁹ “Diante de tais considerações, é correto afirmar que a má-fé consiste na consciência de que o resultado pretendido é contrário ao Direito ou na convicção da incompatibilidade existente entre o seu agir e o respeito devido aos direitos alheios. A simples dúvida em relação à legitimidade da própria conduta basta para que alguém se aproxime mais da má-fé que da boa-fé.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., p. 245).

manifestamente contrária à norma jurídica³⁰⁰, enquanto a má-fé constitui apenas uma consciência simplificada, traduzida mesmo pela ausência de boa-fé, como novamente se infere da lição de Roberta Mauro Medina Maia:

“Além disso, não importa se a atuação incompatível com os direitos alheios foi motivada por dolo ou culpa: quem os conhece e ainda assim age de modo a violá-los estará de má-fé, seja a sua conduta intencional ou não. Ainda que a má-fé implique, habitualmente, uma intenção maléfica e consciente de enganar – aproximando-se, portanto, das condutas dolosas – o seu conceito é obtido de modo residual: se não há boa-fé, haverá má-fé. Dada a incompatibilidade entre os conceitos de culpa e boa-fé, portanto, também as condutas culposas serão atraídas para o regime aplicável à má-fé³⁰¹.”

Diante de tal cenário, pode-se dizer que a exigência de conhecimento efetivo sobre a existência do crédito cria, invariavelmente, um ambiente de má-fé, considerado assim diante da ausência de um estado de ignorância desculpável³⁰². Desta feita, não há como definir previamente o elemento subjetivo da conduta do terceiro, pois a constatação de um âmbito de má-fé não se deve confundir com uma conduta dolosa, nem mesmo com uma conduta culposa³⁰³. Nesta ordem de ideias, pode-se concluir que a exigência inafastável de conhecimento efetivo sobre o crédito não goza de uma correlação intrínseca com o dolo ou a culpa. Tal exigência apenas determina um estado de má-fé, mas nem por isso condiciona o elemento subjetivo da conduta.

Nesta esteira, a consagração da culpa na conduta do terceiro não se confundiria com uma eventual possibilidade de presunção sobre a existência do crédito. Isto porque, poder-se-ia aventar que a admissão de culpa na responsabilidade do terceiro cúmplice consistiria no reconhecimento de que este terceiro estaria adstrito a um dever de indagar sobre a existência de créditos incompatíveis com suas pretensões³⁰⁴. Entretanto, já

³⁰⁰ “No Direito civil, dolo é uma expressão plurisignificativa. Traduz, na responsabilidade, a situação do agente que, directa, necessária ou eventualmente, dirige o seu comportamento contra uma norma jurídica.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 720).

³⁰¹ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. cit., pp. 245-246.

³⁰² “Entendendo-se, dentro da opção ética tida por consagrada no Direito vigente, que a boa fé subjectiva traduz, da parte do sujeito, uma ignorância desculpável de, na situação em que se encontra, lesar posições alheias, logo surge, no seio deste próprio núcleo conceitual, uma referência à culpa. Tal referência ganha corpo quando se analise a ausência da boa fé – portanto a má fé – concretizada numa de duas ocorrências: quando o sujeito, conhecendo a posição alheia, a prejudique, ou quando o faça por desconhecimento culposos.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 1226).

³⁰³ “Esta diferenciação conceitual acentua-se no plano das funções dos dois institutos: a culpa visa tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, de modo a desencadear os esquemas da responsabilidade civil destinada à reparação de danos; a boa/má fé pretende seja a proteção da confiança, seja a das situações materiais afectadas pelo sujeito, mas sem recorrer, em si, ao esquema típico do dever de indemnizar.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 1227).

³⁰⁴ “Desse modo, diante dos imperativos de sociabilidade que atualmente permeiam o Direito contratual, não podemos excluir da responsabilidade civil do terceiro cúmplice os casos em que ele age com culpa. Esta afirmação, contudo, não significa que agora, antes de contratar, os terceiros devam indagar sobre a

destacamos exaustivamente que não se pode estabelecer tal presunção, sendo certo que a consagração da culpa como elemento subjetivo da responsabilidade do terceiro não terá o condão de estabelecer um conhecimento reputado sobre a existência do crédito. Este raciocínio ganha maior robustez ao constataremos que o conhecimento concreto do crédito é pressuposto indispensável para o surgimento do dever de abstenção. Optou-se por estudar a exigência do conhecimento efetivo no âmbito da conduta do agente por comodidade metodológica, mercê do estado de consciência acerca da existência de um crédito alheio relacionar-se visceralmente à atuação adotada pelo terceiro. Entrementes, cabe sublinhar e repisar que a exigência do conhecimento efetivo é um requisito indispensável ao surgimento do dever de abstenção, enquanto a investigação acerca da culpa do terceiro restringe-se ao exame de compatibilidade da conduta concretamente adotada com o padrão objetivamente estabelecido na seara de ocorrência do dano. Somente será admissível falar-se em conduta descompassada com os parâmetros de atuação designados pela boa-fé objetiva caso o terceiro tivesse efetivo conhecimento acerca da existência do crédito alheio.

2.2.3 A abusividade da conduta adotada pelo terceiro e a marca da antijuridicidade

No entanto, esta hipótese tão peculiar de responsabilidade civil a exigir do intérprete um exordial esforço ponderativo para delimitar o interesse merecedor de tutela acaba por revolver a um único momento hermenêutico consubstanciado em uma portentosa miríade de juízos sobre o dano e a conduta: o juízo objetivo de antijuridicidade, o juízo subjetivo de imputação e o juízo de merecimento de tutela. A averiguação da preponderância do interesse creditório em face do interesse do terceiro, mediante as pautas paramétricas da boa-fé objetiva confundir-se-á mesmo com a instituição do propalado dever de abstenção, cuja violação caracterizará uma conduta dissonante dos padrões objetivos designados pelas circunstâncias concretas que subsidiaram aquela aludida investigação. Desta narrativa pode-se perceber um

existência de um direito de crédito. Contudo, devem, levando em conta o tipo de contrato que será firmado, bem como o domínio em que se insere, atuar com a diligência de um homem médio, para que não prejudiquem o direito de crédito alheio. caracterizado o ato ilícito consistente na violação pelo terceiro de um contrato que ele sabe ou deveria saber existir, evidentemente que para que surja o dever de indenizar, indispensável que a conduta do terceiro cause um dano ao credor do primeiro contrato.” (MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual.** cit., p. 157).

amálgama interpretativo que determinará, a um só tempo a preponderância do interesse creditório – mercê do juízo de merecimento de tutela – permitindo-se concluir pela carência de legitimidade do interesse lesivo desgraçado pelo ordenamento – conforme o juízo objetivo de antijuridicidade – para culminar-se com o reconhecimento de um desvio de conduta imputável ao terceiro – em um último juízo subjetivo de imputabilidade.

Neste diapasão, nota-se que a conduta adotada pelo terceiro consistirá em transgressão ao dever de abstenção que lhe fora imposto de acordo com os parâmetros exarados pela boa-fé objetiva, o que determina um desvio ao padrão objetivo de conduta determinado pelo contexto jurídico-social no qual se insere a hipótese de responsabilidade civil, inferência que permite concluir pela presença da culpa na conduta do terceiro³⁰⁵. Revolve-se a uma concepção normativa da culpa³⁰⁶, inculpada na transgressão de um dever de cuidado instituído por um padrão objetivo de conduta³⁰⁷.

³⁰⁵Nesta toada, colhemos o ensinamento de Marcelo Calixto, o qual permite compreender a culpa através de um viés objetivo: “Dito isto, é possível formular o conceito de culpa nos seguintes termos: erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31), para concluir que: “Este cuidado é determinado socialmente, isto é, toma-se o padrão de conduta que determinada sociedade, em certo tempo, espera do ser humano prudente, e não do homem médio ou do bom pai de família, expressões dotadas de alguma vaguidade e de certo preconceito, podendo, igualmente, importar em uma redução no patamar de cuidado esperado do agente.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: Estrutura e função**. cit., p. 32). O aludido autor conclui que o estabelecimento do padrão de conduta deve tomar em conta as circunstâncias que perfazem o caso concreto, não sendo concebível uma determinação abstrata e absoluta de um dever genérico de cuidado: “Assim, o standard de conduta é contextualizado, relativizado, não sendo, em outras palavras, absoluto, atemporal ou universal.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: Estrutura e função**. cit., p. 32).

³⁰⁶ Assim conclui Maria Celina Bodin de Moraes: “Outra concepção, dita normativa, elaborada no início do século XX, baseia-se na idéia do erro de conduta, entendendo que, quando não há norma específica, legal ou contratual, há um dever jurídico genérico, proveniente do *neminem laedere*, denominado dever geral de não lesar ninguém ou, ao contrário, princípio geral de Direito que manda respeitar as pessoas e bens. Para esta corrente, a culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias.”. Prosseguindo em tal raciocínio, a autora remata: “A noção normativa de culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substituiu a noção psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (standard) objetivo de adequação, sem que se dê relevância à sua boa ou má intenção.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. cit., pp. 211-212).

³⁰⁷ Remarque-se, outrossim, que esta trilha desenhada rumo à objetivação da culpa perpassa pela crescente preocupação revelada pelo legislador constitucional em promover-se a adequada reparação da vítima, não já a repressão da conduta do ofensor: “A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.” (MORAES, Maria

O papel atribuído ao princípio da boa-fé objetiva de instituir deveres de conduta orientados pelas diretrizes de cooperação e lealdade revela uma necessária integração com a identificação da culpa normativa. Assim é que se considerará culposa a conduta adotada em desvio ou confronto àqueles ditames comportamentais exarados pela boa-fé objetiva. De fato, a averiguação da culpa consiste mesmo no reconhecimento de uma conduta em desconformidade com os padrões instituídos pelo princípio da boa-fé objetiva, exigindo-se uma compreensão sistemática dos dois institutos, como se infere do ensinamento de Anderson Schreiber:

“Se é certo que culpa e boa-fé objetiva podem – e, para muitos, devem – ser compreendidas de forma sistemática, exercendo esta última o papel de fonte criadora de deveres de conduta leal cuja violação implica, em sentido técnico, culpa (desnível de comportamento) para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, não é menos verdadeiro que, em um tal sistema, a culpa acaba por desempenhar um papel meramente formal como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra cláusula geral³⁰⁸.”

Cumprido observar que a transgressão ao ditame imposto pela boa-fé objetiva na específica hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice ocorrerá mediante o exercício abusivo da liberdade contratual do terceiro, conclusão que se alinha sobremaneira às premissas dogmáticas atinentes ao mecanismo ponderativo de averiguação da injustiça do dano. Convém lembrar que o exercício da liberdade contratual observado por uma perspectiva apriorística e meramente estrutural diz com o exercício de um direito cujas raízes encontram-se bem assentadas no ordenamento. Todavia, a análise do contexto do exercício de tal direito pode revelar um descompasso funcional remetente às raias da abusividade³⁰⁹. Assim é que a legalidade constitucional determina o recolhimento dos direitos a um exercício condizente com os demais interesses merecedores de tutela, não sendo suficiente a mera observância dos perfis estruturais do exercício do direito³¹⁰.

Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 392).

³⁰⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. cit., p.46.

³⁰⁹ “O acto abusivo é, pois, o acto contrário ao espírito ou finalidade da instituição, ou seja, a actuação intrinsecamente anti-social e anti-funcional por ao exercício do direito ter sido imprimida uma direcção contrária ou disforme com a função e o espírito desse direito.” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 412).

³¹⁰ “Ora, o abuso do direito é, precisamente, o fenómeno revelador que de o direito subjectivo não pode ser abstractamente encarado como meros termos conceitualistas, que o mesmo é dizer formalistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjectivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjectivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o

O desvio funcional do direito permitirá o reconhecimento de sua abusividade, mercê do malbaratamento de situações jurídicas subjetivas a exigir a tutela do ordenamento³¹¹. A figura do abuso amolda-se à hipótese de responsabilidade civil do terceiro ofensor porquanto permite considerar a abusividade do exercício de um direito que pretenda promover uma interferência ilegítima na esfera jurídica alheia – nomeadamente no crédito alheio³¹². O resultado do sopesamento desfavorável ao titular do direito indica que o seu exercício implicará em lesão ilegítima ao direito alheio, razão pela qual se caracterizará a abusividade em tal exercício³¹³.

Este exercício disfuncional característico do abuso do direito encontra sua justificação na transgressão ao dever imposto pelo princípio da boa-fé objetiva³¹⁴. De fato, para que se considere a abusividade no exercício de algum direito deve-se remeter a uma pauta axiológica capaz de designar os limites materiais de tal exercício³¹⁵. O

preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne, a essência do abuso do direito.” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. cit., p. 456); “Enquanto o ilícito decorre de direta desobediência à estrutura das situações jurídicas (não há direito), o abuso se afere em um segundo degrau do controle dessas situações: ocorre se, embora obedecida a estrutura (o titular não excede as prerrogativas que se lhe conferem), a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquela que justifica sua existência.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. **Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela**. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-92, 2012, p. 72).

³¹¹ “Numa perspectiva civil-constitucional, limitam o exercício do direito todos os interesses merecedores de tutela em jogo, numa determinada situação jurídica, na qual o direito se insere, conforme a estipulação valorativa do legislador, máxime do constituinte.” (CARDOSO, Vladimir Mucury. **O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 87).

³¹² Na doutrina lusitana, Ferrer Correia assevera que o fundamento da responsabilidade civil do terceiro cúmplice encontra-se respaldado no abuso do direito: “Enquanto a nós, essa responsabilidade deverá reconhecer-se pelo facto de o terceiro ter contratado conhecendo a obrigação, que impendia sobre a contraparte, de dar preferência a outra pessoa. Tal responsabilidade decorre, em nosso modo de ver, do princípio do abuso de direito.” (CORREIA, António Ferrer. **Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência**. In: **Estudos de Direito Civil e Comercial e Criminal**, 2. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 49).

³¹³ “O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas se relaciona à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. Portanto, é possível apresentar uma variedade de comportamentos de abuso em relação a cada situação e à sua concreta função. A sua valoração é complexa porque postula a verificação da existência de contra-interesses juridicamente relevantes, que devem ser considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. cit., pp.683-684).

³¹⁴ “O abuso do direito surge, nessa perspectiva, quando há violação da cláusula geral de boa-fé, na medida em que o princípio em si representa importante dado valorativo elevado à categoria de pilar da sociedade que se pretende construir, baseada na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na cidadania, na justiça social, na igualdade material, na solidariedade e na erradicação da pobreza e da marginalização. Este é, ao menos, o plano estabelecido na Constituição Federal de 1988, a que o jurista não pode permanecer indiferente.” (CARDOSO, Vladimir Mucury. **O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional**. cit., p. 94).

³¹⁵ “O fundamento axiológico constitui o limite ao exercício do direito subjetivo, além do qual o titular ingressará no plano da antijuridicidade. No abuso, o comportamento do sujeito só aparentemente constitui

abuso do direito é instituto que carece de conteúdo axiológico-material, o qual será proporcionado pela boa-fé objetiva no caso específico da tutela externa do crédito³¹⁶. São os postulados axiológicos da boa-fé objetiva – exaustivamente estudados na sede apropriada – que atuarão como paradigma de legitimidade do exercício do direito³¹⁷. O eventual desdouro às pautas normativas decorrentes da boa-fé objetiva através do exercício de algum direito implicará a tutela do ordenamento que proscreverá o exercício disfuncional do direito através do reconhecimento de sua abusividade³¹⁸.

Neste diapasão, admite-se a configuração de responsabilidade civil do terceiro pela interferência no crédito alheio diante da transgressão aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva ocorrida mediante a abusividade do exercício da liberdade contratual³¹⁹.

exercício do direito, ultrapassando-o exatamente por violar seu sentido e seu fundamento objetivo. A qualificação do comportamento não prescinde do fundamento próprio desse direito. O critério a adotar para a identificação da essência do abuso do direito é, permita-se repetir, interno e estrutural, e será dado pelo confronto entre a direção do ato de exercício e o sentido que ao exercício do direito subjetivo é determinado pelo valor que lhe é inerente. Tal valor, pelo qual o comportamento do sujeito se orienta, permitirá aferir abusividade da mesma conduta.” (CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73).

³¹⁶“Quando se fala em dever de respeito ao conteúdo do contrato, está-se a falar, por um lado, em dever de observar direitos relativos, mas em sentido especial, ou seja, de não exercer a liberdade de atuação no cenário jurídico, que pode ser vista como uma faculdade em sentido próprio e, portanto, como posição jurídica reconduzível à noção de direito subjetivo. Nota-se, então, algo muito próximo ao *neminem laedere*, mas concretizado e dirigido ao ato de autonomia privada. Não se pode exercitá-la lesando direitos constituídos previamente. Nesse sentido, o titular de uma faculdade que o faça comete o ilícito por abuso de direito do art. 187. Excede os limites impostos pela boa-fé.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. cit., p. 200).

³¹⁷ “A boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõem.” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143).

³¹⁸ “Diante de um direito positivo assim estruturado, faz-se necessário cotejar as noções de boa-fé e de abuso do direito, que, ao invés de se anularem, devem coexistir. E, de fato, não pode haver dúvida, ao menos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que a boa-fé funciona como um dos critérios axiológico-materiais para a verificação do abuso do direito. Em outras palavras, o exercício de um direito será considerado abusivo, e portanto vedado, quando se verificar ser contrário à boa-fé objetiva.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. cit., pp. 117-118).

³¹⁹Esta é o escólio de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Luiza Bianchini, com o qual se concorda: “Assim, se a autonomia contratual é exercida pelo terceiro de modo contrário à boa-fé, a conduta se revela abusiva, admitindo-se, portanto, que o terceiro seja responsabilizado civilmente pelos danos que provocou ao credor.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. **Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito)**. cit., p. 464). Diverso, porém, é o entendimento propugnado por Paula Greco Bandeira, ao aduzir que o abuso de direito não se coaduna à disciplina externa do crédito, uma vez que os deveres de abstenção estipulados pela boa-fé objetiva necessariamente implicariam na ilicitude do ato contratual, em oposição ao abuso de direito que estaria concentrado apenas na esfera de condutas antijurídicas, o que prescindiria da averiguação do aspecto subjetivo da conduta: “Assim sendo, o abuso de direito configura ato lícito, ganhando autonomia na ciência jurídica do ato ilícito – o qual pressupõe a violação de um dever legal e, portanto, culpa -, de modo a alcançar inúmeras situações que, justamente por não se enquadrarem no

Entretanto, a conclusão pelo recurso ao abuso do direito não pode conduzir à dispensa da culpabilidade do agente. Muito se discute acerca do enquadramento normativo conferido ao abuso do direito pelo legislador pátrio, mormente no que concerne à caracterização do abuso como ato ilícito³²⁰. Há uma vigorosa tendência doutrinária que vislumbra no abuso do direito uma hipótese de responsabilidade civil objetiva, prescindindo-se da perquirição da culpa na conduta adotada pelo agente³²¹. De fato, não

ilícito, exigem valoração funcional quanto ao seu exercício.”(BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p.102).

³²⁰ Deveras, o abuso do direito fora inserido no Digesto Civil sob a rubrica dos atos ilícitos. No entanto, reconhece-se que a contrariedade à ordem jurídica determinada pelo abuso não se confunde com aquela ocasionada pelo ato ilícito em sentido estrito, recorrendo-se à antijuridicidade que, de envergadura mais dilatada, abrangeria tanto o ato ilícito como o ato abusivo. A antijuridicidade manifestaria o repúdio objetivo que o ordenamento jurídico realiza a determinadas condutas. A mera discordância com o ordenamento jurídico já seria capaz de tornar determinada conduta antijurídica, figura que abarcaria o abuso do direito: “Quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, mas não necessariamente ilícita.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. cit., p. 392). De outra banda, a configuração do ato ilícito exigiria que se verificasse também a culpabilidade do agente. Nesta toada, alguns autores prezam pela consideração de uma ilicitude objetiva que, desvinculada do elemento subjetivo da conduta, reconduziria a uma nova hipótese de ilicitude: “No direito civil contemporâneo, pois, ilicitude e culpa não mais se identificam. A noção de delito civil, tal qual herdada do direito civil clássico cede espaço para uma dupla possibilidade de ilicitude, que abandona a antiga concentração na noção de culpa e passa a concentrar-se na violação do dever legal. Daí a perfeita adequação da ilicitude objetiva, sem culpa, como uma segunda cláusula geral de ilicitude no Código Civil de 2002.” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. cit., p. 124). Outros pugnam por um elastecimento do fenômeno da ilicitude, o qual conglobaria o abuso e o ilícito estritamente considerado: “O ato abusivo, permita-se frisar, está situado no plano da ilicitude mas com o ato ilícito não se confunde, eis que diversas são as respectivas violações, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.” (CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. cit., p. 60). Outros ainda vislumbram no abuso uma terceira via imbrincada entre a licitude e a ilicitude: “Conforme se depreende do breve histórico traçado da evolução do conceito de abuso, o reconhecimento de autonomia dogmática ao instituto implicou, em última análise, sua afirmação como tertius genus entre o ato lícito e o ilícito. Trata-se, com efeito, de verdade evidente: tanto o exercício disfuncional quanto o ato ilícito ferem a ordem jurídica e são, neste ponto, não lícitos; tal aspecto comum, porém, não permite concluir que o ato ilícito abarcaria também o abusivo.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. **Abuso do direito**: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. cit., pp. 66-67). Esta complicada discussão – que certamente não se resume aos estreitos contornos desenhados nesta singela nota – não traduz maior relevância para o que se pretende alinhar no texto. Incumbe-nos apenas frisar que abuso, assim como o ilícito, ensejam a repulsa do ordenamento, mas por motivos de ordem diversa, razão pela qual não há distanciamento material entre abusividade e ilicitude: “Há o dever de evitar o abuso nos mesmos termos e pelas mesmas razões por que há o dever de não praticar o ilícito; sob este aspecto não há nenhuma diferença material ou de substância entre a antijuridicidade específica do abuso do direito e a que é própria da ilicitude (formal).” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. cit., p. 641). Enquanto o ilícito decorre da desconformidade formal à ordem jurídica, o abuso recolhe-se a uma disparidade axiológica: “Tanto no ato ilícito como no abusivo atua-se fora do direito, sem direito, porque ultrapassados os limites que a ordem jurídica impõe àquele. No primeiro caso, trata-se de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. A antijuridicidade pode resultar tanto da violação da forma como do sentido valorativo dos direitos.” (CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. cit., p. 58).

³²¹ A repulsa pelo ato emulativo e a necessidade de dissociação do ato abusivo em relação ao ato ilícito culminou com a instituição de um regime objetivo de responsabilidade civil pelos atos abusivos. Pelo menos esta parece ser a tendência hodierna da doutrina nacional, conforme resta consubstanciado no enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-

se deve restringir a incidência do abuso do direito às vetustas hipóteses de atos emulativos, nos quais se exigia vivamente a intencionalidade prejudicial no exercício do direito. De certo que a desnecessidade de investigação acerca do intuito psicológico do agente concedeu ao abuso uma conotação objetivada, mas nem por isso tornou-a hipótese de responsabilidade civil sem culpa³²². Sendo o exercício abusivo decorrente da contrariedade às pautas axiológicas designadas pela boa-fé, haverá uma sensível aproximação do abuso à culpa normativa³²³. Forma-se um triângulo normativo cujos vértices – culpa normativa, abuso do direito e boa-fé objetiva – apontam para um baricentro comum: a responsabilidade civil subjetiva³²⁴.

2.3 Nexo causal

Requisito de vital importância na responsabilidade civil, o nexos de causalidade deve ser adequadamente estabelecido entre a conduta praticada pelo terceiro e o dano suportado pelo credor para que se possa imputar àquele o dever de indenizar³²⁵.

finalístico.” Assim, passa-se a prescindir de qualquer elemento subjetivo na conduta abusiva para que se estabeleça a responsabilidade civil do agente. Comentando o aludido enunciado, Bruno Miragem conclui que: “Ou seja, reconhece-se o abuso como fundamento de responsabilidade objetiva, e de modo reflexo, a possibilidade de ilicitude objetiva, sem culpa, tal qual estabelecida na segunda cláusula geral de ilicitude presente no novo Código Civil.” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. cit., p. 125).

³²² “Certamente, a verificação do abuso não pode mais levar em conta a intenção psicológica de prejudicar – fala-se, neste aspecto, de uma investigação objetiva. Não se pode inferir, porém, dessa assertiva que o codificador teria afastado a responsabilidade subjetiva (que preservou para os atos ilícitos) e adotado a responsabilidade objetiva para os danos decorrentes do abuso do direito.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. **Abuso do direito**: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. cit., p. 74).

³²³ “Resta evidente a convergência entre os padrões de comportamento sobre os quais se baseia a noção de culpa normativa e aqueles levados em conta na aferição do abuso. Assim, se boa parte da doutrina afirma que a responsabilidade pelos danos em ato abusivo objetivou-se, forçoso compreender que se trata de responsabilidade subjetiva por culpa normativa, não já de responsabilidade objetiva, no que o abuso não difere, afinal, fundamentalmente do próprio ato ilícito.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. **Abuso do direito**: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. cit., pp. 77-78).

³²⁴ “A indicação de que o elemento objetivo da verificação do abuso reside nos padrões axiológicos da situação jurídica subjetiva acaba por remeter o intérprete ao conceito de culpa normativa. A tradicional noção de culpa, dita culpa psicológica, associava-se à violação de dever específico preexistente, na formulação clássica de Planiol, e vinculava-se à consciência do procedimento e à previsibilidade do resultado. Já a culpa normativa, elaborada no início do século XX, baseia-se no descumprimento do dever geral de não lesar ninguém.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. **Abuso do direito**: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. cit., p. 77).

³²⁵ Não pretendemos realizar um estudo pormenorizado acerca das variegadas teorias existentes sobre o nexos causal na responsabilidade civil, até mesmo em função de uma necessária delimitação metodológica. Por tal razão, trataremos no corpo do texto apenas da teoria da causa direta e imediata, adotada pelo legislador e pelos tribunais. No entanto, cumpre destacar que mesmo diante da teoria da equivalência causal, a conduta do terceiro poderia ser considerada como apta para ocasionar o evento lesivo, inequivocamente considerada como conduta eficiente à produção do dano. Sobre a aludida teoria causal

Imprescindível, portanto, que haja um liame de causalidade entre a conduta adotada e a produção do dano, sendo tal conduta a causa necessária para a configuração do evento danoso.

Somente diante da inequívoca constatação de que a violação ao crédito alheio fora determinada pelo ímpeto contratual do terceiro é que se lhe poderá atribuir responsabilidade. Diante da teoria causal eleita pelo legislador e insculpida no artigo 403 da Lei Civil³²⁶, exige-se que o dano guarde uma correlação consequencial direta e imediata com a conduta do agente³²⁷. Noutras palavras, faz-se mister que o dano seja

de grande prestígio, cabe destacar os seguintes ensinamentos: “De acordo com essa teoria, quando houver pluralidade de causas, todas devem ser consideradas eficientes na produção do dano. Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausa, daí a denominação teoria da equivalência dos antecedentes causais.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39); “Chama-se esta formulação de teoria da equivalência das condições justamente porque são consideradas todas as condições que levaram ao dano como causa dele, significando dizer que elas têm o mesmo peso causal na cadeia de acontecimentos que geraram o resultado. Isto se sustenta através da justificativa de que se apenas uma destas condições desaparecesse o efeito danoso não ocorreria da forma como se deu. As condições estão tão intimamente ligadas, que retirar do desenvolvimento causal apenas uma delas levaria a uma consequência possivelmente diferente da que foi originalmente causada.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 40). Também no que concerne à teoria da causalidade adequada, seria possível vislumbrar o liame de causalidade entre o dano suportado pelo credor e a conduta interferente do terceiro, pois esta assumiria o papel de causa adequada ao surgimento do dano, conforme se infere das seguintes lições: “A teoria da causalidade adequada examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. cit., p. 64), para concluir que: “Nesse sentido, o processo hipotético de eliminação não é suficiente para que se determine a existência de uma relação de causalidade. É necessário que o julgador, em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se esta era ou não adequada para produzir o dano. Realiza-se, assim, uma prognose póstuma, já que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. cit., p. 67); “Segundo esta teoria, a causa será individualizada sempre que, em circunstâncias idênticas, um determinado comportamento ou atividade for gerador de dado efeito. Em outras palavras, quando analisada a cadeia causal em abstrato, é possível identificar que uma determinada situação gerará um efeito específico todas as vezes que se apresentar. A causa será, assim, adequada para a produção do dano.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. cit., p. 150); “Em resumo, para que se verifique o nexa de causalidade são necessários dois requisitos: primeiro, deve-se verificar que é suficiente que haja uma séria possibilidade do dano ocorrer; segundo, deve ser também evidenciado que este dano não é originado por circunstâncias extraordinárias e improváveis, pois se assim o for, estaremos diante de uma outra causa de dano que não se relaciona com os efeitos razoavelmente esperados da conduta ou atividade original. Esta outra causa, ou causa nova, rompe com a cadeia causal anterior, erigindo-se em única causa do resultado danoso.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. cit., p. 160).

³²⁶ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

³²⁷ “Assim, embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em uma relação de necessidade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A teoria do dano direto e imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada

resultado da conduta do agente, sem a qual não se poderia vislumbrar a configuração do evento lesivo³²⁸, constatando-se uma verdadeira relação de necessidade entre dano e conduta³²⁹.

O estabelecimento de tal vínculo causal pode ser observado pela incompatibilidade existente entre a satisfação do crédito violado e a pretensão contratual do terceiro. O agente lesivo estabelece uma nova relação contratual que somente prosperará diante da ruína do crédito alheio, o que torna sua conduta decisiva para o inadimplemento do crédito. Nesta trilha, estabelecido o dever de abstenção, sua inobservância através da conduta contratual do terceiro determinará a violação do crédito alheio³³⁰. Note-se que não haveria qualquer desdouro ao crédito alheio se o terceiro permanecesse inerte. No entanto, a conduta do terceiro revelou-se como causa necessária para o inadimplemento – estabelecendo-se o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

A violação ao crédito alheio ocorrerá diante do descumprimento da prestação pelo devedor. Conforme destacado alhures, o dano suportado pelo credor consiste no inadimplemento da obrigação, a qual apenas está vinculado o devedor. Portanto, a causa direta do dano será o descumprimento da prestação por parte do devedor. Entretanto, a existência desta causa imediata não afasta a incidência decisiva da atuação do terceiro, vez que sua conduta, apesar de indireta, afigura-se como necessária ao inadimplemento.

à categoria de causa necessária do dano.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. cit., p. 102).

³²⁸ “A investigação do nexo de causalidade por esta teoria dar-se-á através da análise concreta da cadeia causal. Não se trata de analisar a cadeia causal com base num arquétipo de probabilidade abstratamente considerado, mas de verificar, no caso concreto, se uma determinada conduta ou atividade é a causa necessária do dano. Desta conclusão retira-se que o dano, para ser indenizado, deve ser o resultado que, no caso concreto, é consequência direta e imediata da conduta ou atividade realizadas.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. cit., p. 173).

³²⁹ “Diante de tal dificuldade, formulou-se construção evolutiva da teoria da relação causal imediata, denominada de subteoria da necessidade da causa, que considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a ideia da necessidade do liame entre causa e efeito. Em outros termos, o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Pode-se identificar, assim, na mesma série causal, danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência direta (o adjetivo pode ser aqui empregado), porque necessária, de um ato ilícito ou atividade objetivamente considerada.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 69).

³³⁰ “Conhecendo o terceiro o direito de crédito, tendo o dever de abster-se e agindo dolosamente – porque conhece o crédito e age com intenção ou consciência de com ele interferir (sendo esse o seu fim directo ou um fim que aceita como consequência necessária ou eventual da sua conduta) – a causalidade da sua acção na produção do dano, aferindo-se nos termos gerais, apurar-se-á com a maior facilidade que resulta dessa acção ser norteada pela predisposição ou pela aceitação da disposição de meios em relação a esse fim, a interferência lesiva do crédito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 508).

Nesta ordem de ideias, a conduta do terceiro é causa imprescindível e necessária para a configuração do dano, como afirma Fabrício Carvalho:

“Nestes termos, ainda que se entenda serem indiretos ou reflexos os danos suportados pelo credor em virtude da conduta interferente do terceiro que atua sobre a pessoa do devedor, sobre o objeto da prestação ou que celebra conscientemente com o devedor contrato incompatível com o direito de crédito anteriormente constituído, configurar-se-á o nexó de causalidade necessário ao surgimento da responsabilidade civil do terceiro se os danos causados ao credor não decorrerem de concausa superveniente, mas necessariamente da conduta do terceiro³³¹.”

Note-se que não haveria qualquer mácula ao crédito alheio se o terceiro permanecesse inerte. No entanto, a conduta do terceiro revelou-se como causa necessária para o inadimplemento – estabelecendo-se o nexó de causalidade entre o dano e a sua conduta³³².

Neste diapasão, observa-se que dois agentes diversos dão causa ao mesmo evento lesivo: o devedor ocasiona o dano por deixar de cumprir a prestação, e o terceiro proporciona o inadimplemento por celebrar com o devedor um contrato incompatível com o crédito violado³³³. Havendo um concurso subjetivo de condutas para um mesmo evento danoso, o regime de responsabilização será o da solidariedade entre os agentes³³⁴, conforme se deduz da legislação civil³³⁵. É certo que, quando um dano é provocado através de um concurso subjetivo, todos aqueles que contribuíram para a

³³¹ CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 91.

³³² “No caso do terceiro que viola o direito de crédito, dúvidas não há de que existe um liame causal entre a conduta do terceiro que instiga o devedor a descumprir o contrato e os prejuízos acarretados ao direito do credor em virtude do comportamento daquele.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., pp. 225-226).

³³³ “Há, pois, dois responsáveis perante o credor, a títulos diferentes, mas ambos responsáveis: responsáveis, um, é certo, por não realizar a prestação. O outro por instigar ou auxiliar o devedor a não cumprir, normalmente celebrando com ele um contrato incompatível com a satisfação do crédito anterior, mas, também assim, participe no mesmo acto lesivo, responsáveis, finalmente, pela mesma lesão, a lesão do crédito.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 555).

³³⁴ Tratando sobre o caso das distribuidoras, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, Antonio Junqueira de Azevedo afirma que: “As distribuidoras que vendem combustíveis a postos ‘Oil’, quebrando a exclusividade contratualmente assegurada, estão, pois, a cometer *ato ilícito* (art. 159 do Código Civil); são elas *solidariamente* responsáveis pelas consequências do inadimplemento contratual praticado pelos postos ‘Oil’. Essa solidariedade está expressa na parte final do art. 1.518 do Código Civil: ‘Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão *solidariamente*’.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. cit., p. 119).

³³⁵ “**Art. 942.** Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão *solidariamente* pela reparação. **Parágrafo único.** São *solidariamente* responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

lesão deverão arcar com a reparação de modo solidário³³⁶, prestigiando-se a integral proteção aos interesses lesados³³⁷.

A instituição do regime de solidariedade pretende assegurar maior proteção à vítima, cabendo-lhe exigir de quaisquer autores do dano a reparação integral³³⁸. Considerando-se que a lesão suportada pelo credor é fruto de um conluio entre terceiro e devedor³³⁹, estes deverão responder conjuntamente pela indenização do dano causado³⁴⁰. A instituição da solidariedade na responsabilidade de terceiro e devedor atende não apenas ao escopo fundamental da responsabilidade civil para a reparação integral dos danos suportados pela vítima, como também presta obediência à necessidade de imputação do dever reparatório a todos àqueles que deram causa ao mesmo dano, em obediência à disciplina legal instituída para a causação conjunta de danos³⁴¹.

2.4 Critérios específicos

³³⁶ “Portanto, os danos que forem imediatamente causados pela atitude de deslealdade do devedor induzida pelo terceiro devem ser indenizados por estes solidariamente.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 226).

³³⁷ “Estamos, pois, seguramente perante um concurso subjectivo e real (não aparente) de imputações de responsabilidade, perante uma complexidade subjectiva, que necessariamente cabe ser resolvida, pois o credor não pode ser duplamente ressarcido pelo mesmo dano, não lhe sendo possível exigir reparação a um dos responsáveis, se o outro houver reparado integralmente o dano, nada havendo então que indemnizar.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. cit., p. 555).

³³⁸ “A solidariedade estabelecida pelo Código para os co-autores tem a finalidade de garantir maior proteção à vítima do dano. Abre-se àquele que sofreu o prejuízo a possibilidade de obter indenização integral de qualquer dos co-responsáveis, em geral daquele que tiver maior condição econômica de suportar o encargo indenizatório. Assim, o Código evita também discussões acerca da parcela e da intensidade da responsabilidade de cada um do co-autores do dano, instituindo um nexo de causalidade plúrimo frente à vítima.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 855).

³³⁹ “Fala-se também que, em homenagem aos princípios éticos, não se deve tolerar o conluio entre o contratante e o terceiro quando realizam negócio intencionalmente voltado para frustrar o direito de outro contratante. Dito terceiro, quando nada, teria praticado ato ilícito doloso, e assim deveria ficar solidariamente responsável pela reparação dos danos correspondentes ao inadimplemento do contratante faltoso.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. cit., p. 31).

³⁴⁰ “Sendo assim, devedor e terceiro serão ambos responsáveis pela lesão do crédito, daí decorrendo obrigação subjetivamente complexa de reparar os prejuízos causados ao credor. Dito diversamente, o devedor será autor e o terceiro co-autor da lesão do direito de crédito alheio, respondendo solidariamente pelos danos provocados ao credor, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 942 do Código Civil.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 114).

³⁴¹ “Note-se, por fim, que, sendo aquiliana a responsabilidade pela interferência contratual, são solidariamente responsáveis o terceiro e o contratante inadimplente perante a parte inocente, em razão da regra do art. 942 do Código Civil.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p. 106).

Longe de ser uma hipótese ordinária de responsabilidade civil, a tutela externa do crédito propugna uma análise pormenorizada da *comunhão axiológica* estabelecida entre a solidariedade social e a liberdade de iniciativa. Residente na transgressão a um dever de abstenção especialmente talhado pelo princípio da boa-fé objetiva, a responsabilidade civil do terceiro interferente transcende o mero exame dos elementos tradicionais de responsabilização e exige a averiguação cautelosa dos elementos de concretização daquele dever de respeito.

Neste diapasão, surgem três critérios capazes de orientar o intérprete no momento de configuração do dever de respeito³⁴². Note-se que o elenco de tais critérios dá-se de acordo com considerações de caráter abstrato, levando-se em conta as especificidades que a interação axiológica entre os aludidos postulados constitucionais apresenta. Trata-se de critérios que podem ser dessumidos apenas *in thesi*, diante de uma análise apriorística das exigências valorativas impostas pela solidariedade social e pela livre iniciativa e que procura encontrar os precisos contornos de legítima atuação do terceiro num ambiente influenciado por ambos os princípios. São critérios capazes de auxiliar o hermeneuta a conduzir-se pelo caminho da boa-fé objetiva e identificar adequadamente as circunstâncias ensejadoras do surgimento do dever de abstenção.

No entanto, já asseveramos que o surgimento do dever de abstenção depende de uma conjuntura específica que polarize em uma única toada os postulados constitucionais de solidariedade e liberdade de iniciativa. Somente poderemos conceber um dever de abstenção imposto a terceiros se as circunstâncias do caso concreto apontarem para a necessidade de uma tutela específica e externa do crédito – pela qual se resguardará a higidez do crédito e a estabilidade das relações negociais que compõem o extrato mercadológico analisado³⁴³. A constituição de critérios apenas oferece ao

³⁴²Cumpram-se destacar que no Direito norte-americano, o Restatement of Torts dispõe alguns critérios utilizados para a identificação da responsabilidade do terceiro interferente: “To determine whether an interference is improper, the Restatement (Second) instructs courts to balance seven factors: the actor’s conduct, the actor’s motive, the interest interfered with, the interest advanced by the actor, society’s interests, the proximity of the actor’s conduct to the interference, and the parties’ relations.” (PERLMAN, Harvey S. Interference with contract and other economic expectancies: A clash of tort and contract doctrine. In: **The University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 49, n. 1, p. 61-129, 1982, pp. 67-68); Para uma compreensão mais alargada dos requisitos estipulados pelo Restatement, recomenda-se a leitura de: TEDESCHI, Bianca Gardella. **L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um’indagine comparatística. cit., especialmente páginas 96-190.

³⁴³ Os critérios adotados neste trabalho já foram aventados pela doutrina nacional: “A boa-fé objetiva serve, portanto, como um filtro para selecionar as hipóteses em que o comportamento do terceiro é ilegítimo, ensejando a sua responsabilidade civil. Embora o contrato, como fato social, seja oponível a toda a coletividade, a responsabilidade civil do terceiro apenas surge quando há violação à boa-fé objetiva e consequente abuso do direito. Tal situação não acontece quando (a) o terceiro não tem conhecimento efetivo do contrato preexistente, (b) o contrato tem duração indeterminada, caso em que pode ser

jurista mecanismos hábeis à identificação da exigência de constituição do dever de respeito ao crédito, mas somente as vicissitudes do caso concreto fornecerão os elementos imprescindíveis à configuração do aludido dever. Isto significa que certas hipóteses fáticas podem mesmo prescindir da observância de alguns dos critérios a seguir aventados. Não são requisitos indispensáveis à instituição do dever de respeito, mas apenas vetores indicativos da potencial necessidade de reconhecimento do dever de abstenção e conseqüente tutela externa do crédito.

2.4.1 Exclusividade e Concorrência

A existência da cláusula de exclusividade ou de cláusula de não-concorrência no contrato violado é critério de grande robustez na caracterização do dever de abstenção e marca portentosa da comunhão estabelecida entre a solidariedade social e a livre iniciativa, conforme se pretende demonstrar nas próximas linhas. Estas cláusulas são mecanismos contratuais estabelecidos com o espoco de preservar os interesses econômicos dos contratantes em um ambiente negocial no qual a concorrência perpetrada por seus adversários manifeste potencial lesivo aos objetivos perseguidos pelo contrato, bem como à salubridade do extrato mercadológico³⁴⁴.

É certo que existem setores do mercado nos quais grassa ampla concorrência entre os agentes que neles atuam, sendo comum a contratação de produtos ou serviços em caráter exclusivista, com o intuito de promover uma vantagem legítima sobre os rivais. A cláusula de exclusividade e a cláusula de não-concorrência proporcionam ao agente de um mercado competitivo a possibilidade de se fortalecer frente aos adversários e incrementar o jogo concorrencial mediante o gozo exclusivo de determinado produto ou serviço, ou impedindo que um adversário promova negócios que o prejudiquem.

livremente denunciável, e (c) não está em jogo um dever de exclusividade, seja ele explícito ou não.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). cit., p. 468).

³⁴⁴ “O estado da economia, portanto, responsável pelo engendramento nas relações jurídicas negociais, justifica o surgimento do fenômeno da exclusividade, instrumentalizado em uma cláusula do contrato que, muitas vezes, decorre da própria estrutura da negociação, convencionada em um sistema de transferência e distribuição de bens e serviços.” (SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 13, v. 4, p. 250-263, 2003, p. 250).

Encarada pelo prisma obrigacional, a cláusula de exclusividade é instituída para impedir que o devedor firme contrato semelhante com os rivais de seu credor. A possibilidade de o adversário do credor valer-se do mesmo expediente que este para promover seus interesses negociais – através da contratação do devedor para lhe entregar prestação idêntica – esvaziaria sobremodo o resultado útil programado pelo credor original³⁴⁵. Nesta esteira, a cláusula de exclusividade permite que somente o credor tenha acesso ao objeto mediato da prestação oferecida pelo devedor, proporcionando-lhe uma vantagem na exploração do mercado no qual se insere, ao impedir que o devedor realize prestações similares aos adversários do credor, impedindo-lhes de fruir dos mesmos proveitos proporcionados pelo devedor³⁴⁶.

A cláusula de exclusividade não é estranha ao ordenamento civilístico brasileiro, conforme se observa da disciplina conferida pelo Código Civil de 2002 ao contrato de agência, especificamente do disposto no artigo 711 do referido Diploma³⁴⁷. Admite-se que a aludida cláusula seja estipulada tanto em favor do proponente quanto em benefício do agente, sem que sua inserção no regramento contratual seja elemento imprescindível à qualificação do contrato de agência³⁴⁸.

Em banda similar, a cláusula de não-concorrência institui-se para que o devedor se abstenha de praticar atividades que possam comprometer a utilidade econômica de um negócio jurídico anteriormente realizado³⁴⁹. A cláusula de não-concorrência

³⁴⁵ “Temos então a cláusula de exclusividade como a obrigação assumida por uma parte de contrair exclusivamente com outra a prestação de um bem ou serviço determinado, ou também a exclusividade quanto ao território de atuação. É apontada pela doutrina como pacto necessariamente vinculado a um ajuste principal, nele inserindo elemento novo sem, contudo, alterar a disciplina típica do contrato. É um pacto acessório de um contrato que envolva colaboração econômica, considerado, também, pacto de exclusividade como um aspecto particular do fenômeno de integração econômica.” (SIQUEIRA, Tânia. *A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais*. cit., p. 252).

³⁴⁶ “Come è noto la clausola d’esclusiva – considerata in sè e cioè prescindendo dal riferimento ad uno specifico negozio giuridico in cui essa sia stata inserita – consiste in una pattuazione contrattuale attraverso la quale uno dei contraenti (od entrambi, uno verso l’altro) si assoggetta all’obbligo di non contrarre con altri, ad eccezione della controparte, in relazione ad una determinata cosa o servizio.” (GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Limiti negoziali della concorrenza*. cit., p. 285).

³⁴⁷ “**Art. 711.** Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.”

³⁴⁸ “A prerrogativa de exclusividade, tanto do agente como do proponente, não configura elemento essencial à relação de agência, pelo que pode existir ou não, sem que, contudo, seja alterada a figura contratual típica. Assim, admite-se que o proponente se valha de mais de um agente em uma mesma zona para promover o mesmo negócio, e igualmente admite-se o oposto, ou seja, que o agente, na mesma zona, promova negócios para diversos proponentes. A cláusula de exclusividade pressupõe a total identidade dos negócios agenciados.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. cit., p. 493).

³⁴⁹ “O direito brasileiro admite que pessoas ajustem livremente obrigações de não fazer, nas quais uma delas se compromete a privar-se de realizar certa atividade. A rigor, desde que o objeto da obrigação de não fazer seja lícito e não contrarie a moral e os bons costumes, qualquer estipulação deve ser respeitada.”

encontra previsão legal na regulamentação do contrato de *trespasse*³⁵⁰. A proibição de concorrência na alienação do estabelecimento comercial tem por escopo evitar a cooptação da clientela, possibilitando que o adquirente desenvolva a mercancia sem a concorrência do alienante. Esta concorrência afigurar-se-ia desleal na medida em que o alienante já goza de prestígio perante o mercado consumidor e possui uma carteira de clientes estruturada e estabilizada. A promoção de um empreendimento mercantil pelo alienante da *azienda* no mesmo espectro de atuação do adquirente certamente promoveria o esvaziamento da utilidade econômica da alienação entabulada³⁵¹. Cuida-se de verdadeiro ato de desvio de clientela realizado com o fito de demarcar com vivas cores a posição dominante do alienante no mercado em detrimento do fracasso do adquirente do estabelecimento comercial. Para evitar este ato de concorrência desleal, o legislador admitiu a instituição de uma cláusula de não-concorrência estipulada para permitir o adequado desenvolvimento comercial do adquirente do estabelecimento, impedindo o alienante de com ele constituir competição e preservando a clientela do adquirente³⁵².

Percebe-se que a cláusula de não-concorrência inserta no contrato de *trespasse* é estipulada com o escopo de impedir que um rival direto do credor promova-lhe competição. Importa-nos para o estudo da responsabilidade civil do terceiro ofensor outra espécie de cláusula de não-concorrência: falamos daquela cláusula instituída com o desiderato de impossibilitar que o devedor utilize-se de mecanismos ou conhecimentos hauridos durante o cumprimento da prestação originária para servi-los ao adversário de seu credor. Esta cláusula colima impedir a eventual transferência de expertise ou de quaisquer outras informações relevantes a um rival³⁵³. Neste diapasão, a

(NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, p. 205-218, 2002, p. 206).

³⁵⁰ “**Art. 1.147.** Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.”

³⁵¹ “Assim, resta evidenciada a intenção do legislador de proteger os legítimos interesses negociais da empresa adquirente do estabelecimento, ou seja, a devida transferência dos bens materiais e imateriais, inclusive o direito à clientela, que é um dos seus elementos essenciais. A proibição da concorrência passou a ser legalmente reconhecida como inerente à transferência do estabelecimento empresarial. Tal proibição consiste em uma obrigação de não fazer imposta ao transmitente: mais especificamente, não fazer concorrência ao novo titular do estabelecimento empresarial.” (FIEDRA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência**: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. cit., p. 80).

³⁵² “A verdade, porém, é que a repressão da concorrência desleal visa a proteger a clientela contra a ação usurpadora e denegridora de um concorrente. É preciso que se compreenda que, quando se fala em defesa da clientela, não se alude ao direito da clientela como consumidor, da clientela em si, mas da clientela como um fato do aviamento ou do fundo de comércio; ou, mais claramente, a clientela do empresário.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 410).

³⁵³ “Razoável, então, que os comerciantes, principalmente as grandes empresas, busquem proteção contra a possibilidade de um ex-funcionário ou qualquer outra pessoa que tenha acesso a importantes

concorrência deletéria à atividade do credor será perpetrada pela conduta interferente do adversário que seduzir o devedor a lhe revelar informações sensíveis acerca do credor.

Pode-se rematar asseverando que a cláusula de exclusividade e a cláusula de não-concorrência têm como desiderato essencial – considerando-se uma relevante aproximação ontológica entre as duas cláusulas – a preservação do conteúdo econômico do contrato, assegurando ao seu beneficiário uma posição de vantagem legítima em um ambiente concorrencial por gozar exclusivamente de uma prestação que não estará ao alcance de seus concorrentes – pelo menos não pelas mãos do mesmo devedor – ou impedindo diretamente que um de seus rivais promova concorrência capaz de cooptar sua clientela. Uma vez incorporada ao regramento contratual, a cláusula de exclusividade provoca uma remodelação na programação do resultado pretendido com o adimplemento. Isto é, a utilidade proporcionada ao credor – beneficiário da cláusula de exclusividade – não reside apenas no cumprimento da prestação principal, mas também na perspectiva de que seus adversários não poderão fruir de prestação idêntica. O mesmo pode-se dizer da cláusula de não-concorrência instituída para resguardar os mecanismos de atuação mercantil do credor.

Note-se que a cláusula de exclusividade prescreve um dever contratual ao devedor, impedindo-o de contratar com terceiros componentes do mesmo ramo de atividades de seu credor, assim como a cláusula de não-concorrência recebe contornos similares, vedando-se que o devedor propicie concorrência diacrônica entre seu credor e um terceiro rival. Todavia, as referidas cláusulas não cominam qualquer restrição à conduta de terceiros – até mesmo em virtude do macróbio princípio da relatividade que limita o alcance subjetivo dos efeitos contratuais. Quer-se destacar que não serão as aludidas cláusulas que determinarão o surgimento do dever de abstenção imposto aos terceiros. Sua cogência reduz-se às partes da relação contratual, impedindo que o devedor celebre contrato similar com os adversários de seu credor, sem que tais restrições extrapolem os contornos do contrato e venham se impor também aos terceiros.

Importa-nos investigar o descumprimento das cláusulas determinado pelo conluio mendaz entre devedor e um terceiro competidor. Deveras, o incumprimento das referidas cláusulas apenas por impulso do devedor não nos traz grandes perplexidade,

informações de seu negócio, ou mesmo cuja imagem esteja associada ao seu produto ou a ela própria, que venha a trabalhar para um rival. Em última análise, protege-se o fundo de comércio da empresa.” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. cit., p. 205).

sendo mesmo um problema de responsabilidade contratual e inadimplemento. Entrementes, cumpre-nos indagar acerca da possibilidade de imputação de responsabilidade pelo inadimplemento ao terceiro concorrente caso ele tenha induzido o devedor a desobedecer a exclusividade ou a não-concorrência pactuadas, não sem antes compreender a razão pela qual erigimos a existência destas cláusulas como critério para o surgimento do dever de abstenção.

A cláusula de exclusividade e a cláusula de não-concorrência funcionam como mecanismos restritivos da competição negocial, encontrando-se em um limiar muito tênue entre a livre concorrência e a concorrência desleal. A utilização abusiva das referidas cláusulas pode significar um óbice relevante na conjuntura mercadológica, furtando a oportunidade de rivais mais frágeis promoverem seus interesses e estimularem a maturação do mercado no qual atuam³⁵⁴. Estas cláusulas podem mesmo assumir um caráter predatório de ilegítima restrição do mercado. Na banda reversa, o apropriado emprego das aludidas cláusulas – quando em consonância com as práticas adotadas na específica seara do mercado analisado – poderá representar a existência de um mercado mais restrito, no qual se espera maior pudicícia na conduta de seus agentes e no qual não haja a expectativa de que estes agentes possam aliciar os devedores de seus concorrentes.

Examinando-se o postulado acima indicado pelo viés reverso, a prática de contratações despidas de exclusividade pressupõe – ao menos em uma análise apriorística – um mercado aberto e mais competitivo, ampliando-se o espectro de atuação de seus agentes inclusive mediante a admissão de interferências legítimas nas operações mercantis de seus oponentes. É possível conceber um rincão de atividades negociais no qual os agentes operem de maneira audaz e esta concorrência mais ávida componha o padrão de conduta daquele mercado. Num mercado que ostente tais características, não seria possível admitir que o terceiro adversário fosse responsabilizado civilmente pela indução ao inadimplemento de um crédito de seu rival, já que esta conduta representaria uma concorrência tenaz – porquanto revele maior ousadia nas negociações – que seja permitida e praticada pelo mercado analisado³⁵⁵. A

³⁵⁴ Este é um problema de direito econômico que não nos interessa neste trabalho. Se a cláusula de exclusividade ou a cláusula de não-concorrência representarem prática vertical de concentração de mercados, reclamar-se-á a disciplina do Estado regulador – do direito econômico e administrativo – não sendo afeto à responsabilidade civil ou à compensação de danos – indicativos da disciplina do direito civil.

³⁵⁵ “Certo é que abusos praticados pelos contratantes devem ser punidos; certo é que o contrato de exclusividade deve ser respeitado pelas partes contratantes, atendidos todos os princípios legais

conduta interferente do terceiro não é repudiada pelos seus pares, pois o cotejo das circunstâncias fáticas que qualificam o mercado indica que este tipo de atitude faz parte do espectro de atuação dos seus agentes. Isto significa dizer que tal prática não é proscrita pelo princípio da boa-fé objetiva, já que ela compõe o padrão de conduta desenhado pelos agentes do mercado. Noutras palavras, não haverá ensejo para a responsabilização do terceiro interferente pois a conduta por ele adotada, diante das vicissitudes do mercado no qual se insere, fomenta a concorrência e se encontra adequada à bitola de lealdade praticada naquele mercado. O repúdio à possibilidade de responsabilização do terceiro nesta hipótese de ausência de cláusula de exclusividade ou de não-concorrência não significa o completo desamparo ao credor, não sendo possível olvidar que o devedor permanece vinculado ao cumprimento da prestação e à consecução do resultado útil pretendido, recaindo apenas sobre ele a responsabilidade pelo inadimplemento³⁵⁶.

Passa-se a considerar um cenário mercantil no qual a estipulação da cláusula de exclusividade e da cláusula de não-concorrência seja parte da praxe negocial. Esta hipótese pressupõe um mercado cerrado e pouco infenso a arroubos concorrenciais. O ajuste destas cláusulas pretende preservar os interesses do credor, impedindo que seu devedor também se vincule aos rivais. Cuida-se mesmo de um privilégio pelo qual o credor limita o âmbito de atuação de seu devedor, obstando-o de oferecer as mesmas vantagens fruídas pelo credor aos seus concorrentes. Estas observações nos levam a crer que a existência da exclusividade – seja expressamente consignada por meio de cláusula, seja decorrente da própria natureza do contrato – demonstra uma aversão ou mesmo uma intolerância à prática de condutas interferentes. Trata-se de um indicativo do padrão de conduta adotado no mercado capaz de mensurar a intensidade do jogo concorrencial.

A escorreita análise das circunstâncias e vicissitudes do caso concreto aliada ao exame das práticas adotadas pelo mercado fornecerão o subsídio fático necessário à

aplicáveis; mas também é certo que a justa concorrência deve prevalecer e que não se mostra possível reconhecer a validade e o acerto de práticas de terceiros estranhos ao ajuste que tenham por finalidade aproveitar deslealmente dos meios utilizados pelas empresas e comerciantes, como, por exemplo, a técnica de desenvolvimento de seus negócios, os quais têm o direito de usufruir as vantagens que a exclusividade vier a proporcionar-lhes.” (SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. cit., p. 261).

³⁵⁶ “Impor a observância à cláusula de exclusividade ao terceiro que se aproveita, parasitariamente, do mercado conquistado às custas do trabalho e investimento do distribuidor, não se mostra possível. Essa situação pode, contudo, ser resolvida por meio de indenização, uma vez caracterizado ato de concorrência desleal.” (SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. cit., p. 261).

concreção normativa da cláusula geral do boa-fé objetiva. A utilização de cláusulas de exclusividade ou de não-concorrência em determinado extrato mercadológico permite que se presuma que o modelo de conduta e lealdade adotado por seus agentes não se coaduna com práticas mais agressivas de concorrência. A interferência do terceiro no crédito alheio significaria, nesta toada, uma conduta desleal e dissonante das bitolas éticas assumidas pelo mercado³⁵⁷. Neste diapasão, cumpre destacar que a responsabilização do terceiro cúmplice expressa simultaneamente a verve axiológicos princípios de boa-fé objetiva e de livre concorrência: proporciona a tutela do crédito mediante o reestabelecimento da lealdade e da cooperação nas relações interprivadas, bem como através da preservação da higidez do mercado em repúdio às condutas de concorrência desleal. A atuação interferente do terceiro adversário neste cenário poderá constituir uma medida de concorrência desleal, pois este se utiliza de sua teia de influência econômica para aliciar o devedor de seu rival, prejudicando o desenrolar da concorrência pela ampliação desmesurada de seu poderio no mercado, em detrimento da fragilidade de seus competidores. Neste diapasão, há uma verdadeira comunhão valorativa entre os dois postulados constitucionais, posto que o surgimento do dever de abstenção ocorre com o fito de repelir a prática de condutas descompassadas com os parâmetros de conduta e que também impliquem em restrição do mercado.

Consideremos o exemplo das distribuidoras de combustíveis propalado por Antonio Junqueira de Azevedo³⁵⁸. A companhia distribuidora de combustíveis *Oilmantina* contratos de exclusividade com alguns postos revendedores responsáveis pela comercialização de seus produtos ao mercado consumidor³⁵⁹. Os aludidos postos

³⁵⁷ “Além disso, não se pode perder de vista o dever de boa-fé geral de qualquer contratante, a ponto de gerar deveres entre eles. O terceiro, ao ficar ciente da existência de relação entre o ex-empregado e seu antigo empregador, que impediria o contrato que ele pretende firmar, deve abster-se de efetuar o acordo, sob pena de agir de forma contrária aos deveres de boa-fé.” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. cit., p. 215).

³⁵⁸ Para uma análise mais detida do caso, recomenda-se a leitura do parecer exarada por Antonio Junqueira de Azevedo e publicado em periódico forense: AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. cit., pp. 113-120.

³⁵⁹ Especificamente no que concerne aos contratos de distribuição de combustíveis, a cláusula de exclusividade encontra guarida no artigo 11 da Portaria nº 116 de 2000 da Agência Nacional do Petróleo. Comentando a instituição regulamentar da cláusula de exclusividade, Diogo Oliveira e Vinícius Maia afirmam que: “A razão de ser da cláusula de exclusividade é, em primeira análise, instrumento próprio da regulação do mercado, haja vista que garante ao consumidor a informação precisa da origem do combustível adquirido, podendo demandar da distribuidora que comercializou o combustível, como também é instrumento de controle da agência reguladora sobre os combustíveis fornecidos, sua quantidade e por quem, o que auxilia ainda na gestão tributária do Estado. Sob outra ótica, a cláusula de exclusividade funciona como um instrumento de controle por parte da distribuidora sobre o andamento da parceria com o revendedor e o retorno do investimento, haja vista que com a exclusividade geralmente

revendedores eram identificados ostensivamente pela marca da distribuidora de combustíveis *Oil* e encontravam-se limitados contratualmente à exclusiva comercialização de seus produtos. Havia relações contratuais entre a companhia *Oil* e os postos revendedores pelas quais se estipulava o fornecimento dos produtos combustíveis sob cláusula de exclusividade imposta aos revendedores. Noutras palavras, os postos revendedores somente poderiam comercializar os produtos oriundos da companhia *Oil*.

Todavia, distribuidores concorrentes da *Oil* aliciaram alguns daqueles postos revendedores, culminando-se com o descumprimento da aludida cláusula de exclusividade. Os postos revendedores passaram a comercializar, sob a bandeira da distribuidora *Oil*, combustíveis e produtos provenientes de suas adversárias. A atuação das distribuidoras atravessadoras contribui decisivamente para o inadimplemento – determinando a lesão ao crédito alheio – assim como configura mecanismo temerário à livre concorrência. Cuida-se verdadeiramente de um artifício solerte de competição, prejudicando não apenas a participação de seus adversários no livre jogo concorrencial, como também acarreta atroz desrespeito ao mercado consumidor.

A despeito da imprescindível necessidade de consideração dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência para a configuração do dever de abstenção, cabe-nos destacar que a responsabilidade civil do terceiro cúmplice tem por desiderato fundamental promover a tutela do crédito e possibilitar o integral ressarcimento dos danos sofridos pelo credor com o inadimplemento decorrente da conduta antijurídica adotada pelo terceiro. O repúdio aos atos de concorrência desleal incumbe ao Estado regulador, nos domínios do direito econômico³⁶⁰. Apenas a reparação do dano

são contratadas metas de aquisição de determinada quantidade de combustíveis.” (OLIVEIRA, Diogo Pignatário de; MAIA, Vinícius Fernandes Costa. Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 259, p. 123-147, 2012, p. 138).

³⁶⁰ É certo que as hipóteses de tutela externa do crédito poderão revelar uma intensa zona de confluência com o direito concorrencial. No entanto, cumpre destacar que o direito econômico dispõe de modos de atuação específicos capazes de repelir os desdouros à livre concorrência através de mecanismos mais adequados para tal. A responsabilidade civil não prescindirá do imperioso cotejo dos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência e promoverá a tutela do crédito em conformidade com tais princípios. Todavia, a responsabilidade civil cumprirá apenas resguardar os interesses do credor mediante a tutela do crédito. A adequada e apropriada tutela do mercado e da livre concorrência – até mesmo através de instrumentos sancionatórios – somente poderá ser fornecida pelo direito econômico, cujos parâmetros de atuação são diversos da responsabilidade civil e não cabem neste estudo: “Note-se, todavia, que a interferência ilícita do terceiro nas relações concorrenciais exige mais do que a simples ciência acerca da existência de um contrato antecedente ou mesmo da intenção de causar prejuízos ao concorrente. Conforme se pode ver de algumas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, faz-se necessário que, além do aliciamento da clientela alheia, o terceiro ostente posição dominante no mercado; que a conduta tenha por consequência a eliminação da concorrência, o aumento

ocasionado pelo inadimplemento será objeto de responsabilidade do terceiro. O ordenamento jurídico nacional acolheu a hipótese de ressarcimento civil decorrente de condutas caracterizadas pela concorrência desleal, tanto da lei de regência da propriedade industrial³⁶¹, como na novel lei de defesa da concorrência³⁶², revolvendo ao direito civil tão somente o mister de compensação dos danos, sendo-lhe mesmo estranha qualquer função punitiva ou pedagógica atinente à proscrição de atos de concorrência desleal.

Sendo a cláusula de exclusividade e a cláusula de não-concorrência critérios relevantes para o surgimento do dever de abstenção, deve-se perquirir a abrangência e os limites de aplicação de tais cláusulas. É possível que o estabelecimento das aludidas cláusulas revele-se excessivamente limitativo em relação ao espectro de atuação do devedor. A legitimidade de tais cláusulas pressupõe uma adequação às finalidades e ao resultado útil pretendido pelo contrato. Nesta trilha, podemos reconhecer três limites capazes de estabelecer contornos mais nítidos à legitimidade da cláusula de exclusividade e da cláusula de não-concorrência.

Estes limites são habitualmente estudados na regulamentação do contrato de *trespasse*. No entanto, uma cláusula irrestrita e ilimitada de proibição da concorrência poderia revestir-se de abusividade, conduzindo o alienante ao ostracismo comercial e impondo-lhe restrição dissonante dos vetores constitucionais de livre iniciativa³⁶³. Neste

arbitrário de lucros ou a dominação de mercados; ou que tenha impacto sobre o abastecimento.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., pp. 107-108); “Dessa forma, os acordos entre empresas são vedados na medida em que configuram um entrave à livre iniciativa ou à livre concorrência. Ou seja, é no prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concentrada. (...) Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva. O mesmo ocorre em relação à tentativa de monopólio e ao abuso de posição dominante, como passamos a demonstrar.” (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 275).

³⁶¹ Lei 9.279/96: “**Art. 209.** Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.”

³⁶² Lei nº 12.529/11: “**Art. 47.** Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

³⁶³ “No entanto, essa obrigação de não fazer concorrência, ou seja, de não se estabelecer novamente com o mesmo ramo do negócio cedido, para ter validade, deve estar limitada ao menos no tempo, senão também no espaço e no objeto.” (CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 343-344).

diapensão, erigiram-se três limites de aplicação da obrigação de não-concorrência capazes de proporcionar simultaneamente a preservação do conteúdo econômico do *trespasse* – promovendo um ambiente de livre concorrência – e o resguardo à liberdade de iniciativa do alienante – proscria tão somente seu exercício abusivo em concorrência desleal com o adquirente do estabelecimento³⁶⁴.

Os limites estabelecidos para a instituição da cláusula de não-concorrência também merecem ser utilizados para o controle de legitimidade da cláusula de exclusividade. É que o uso abusivo da cláusula de exclusividade pode constituir um grave entrave ao desenvolvimento do mercado e da livre concorrência, restringindo-se sobremaneira a liberdade de iniciativa do devedor que poderia ficar aprisionado em uma única relação obrigacional. Diante da similaridade que os excessos que a obrigação de não-concorrência e a cláusula de exclusividade podem ocasionar, acreditamos que os parâmetros erigidos para o controle de legitimidade da obrigação de não-concorrência – consagrados pela doutrina especializada e incorporados ao ordenamento por arte do legislador – também podem ser utilizados como critérios de aferição de legitimidade da cláusula de exclusividade. Apenas uma cláusula de exclusividade instituída em acordo com tais limites poderá ser considerada um mecanismo legítimo de restrição da atuação do devedor, o que a habilitará como critério de determinação da responsabilidade do terceiro cúmplice. Noutras palavras, o dever de abstenção imposto ao terceiro competidor somente considerará como critério a existência de cláusula de exclusividade se esta impuser uma limitação razoável e legítima à atuação do devedor. O dever de respeito incumbido ao terceiro apenas se caracterizará se o credor utilizar-se de mecanismos legítimos para preservar seus interesses. Uma cláusula de exclusividade que restrinja demasiadamente a liberdade de iniciativa do devedor transcende o mero escopo de proteção do resultado útil do contrato para constituir verdadeiro óbice ao desenvolvimento do mercado e à livre concorrência. Passemos ao estudo dos aludidos limites utilizados para o controle de legitimidade da cláusula de exclusividade.

³⁶⁴ Referindo-se à lição de Georges Ripert, Rubens Requião alude aos três limites impostos à cláusula de não-concorrência: “A cláusula não pode impor uma proibição perpétua. Pode ser restringida a um certo número de anos. Deve-se dar, efetivamente, um certo tempo para que o novo empresário possa fixar a clientela. Como explica aquele mestre, depois de certo tempo a clientela muda e o novo competidor não poderá já fazer sua a antiga clientela de outro estabelecimento comercial. No caso de contrato de trabalho, a limitação deve ser de poucos anos, pois, do contrário, se tornaria inconstitucional, afetando a liberdade de trabalho. A clientela é, geralmente, local. Na venda de estabelecimento comercial, nenhum prejuízo sofreria o adquirente se o vendedor fosse estabelecer-se em outra cidade, fora do âmbito de influência do estabelecimento vendido. A restrição há sempre de se referir ao estabelecimento do mesmo ramo de comércio e não de outro diferente.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**.v. 1, cit., p. 421).

O primeiro deles é o limite relativo ao período de vigência da cláusula³⁶⁵. O lapso temporal estipulado promoverá uma restrição às atividades do devedor, o qual não poderá constituir clausura à sua liberdade negocial³⁶⁶. O período de vigência da cláusula deve guardar completa coerência com os objetivos perseguidos pelo contrato, não podendo revestir instrumento de limitação exagerada da autonomia do devedor³⁶⁷.

O segundo limite é de natureza geográfica³⁶⁸. A cláusula de exclusividade pretende preservar os interesses econômicos do credor apenas na área territorial de sua atuação e de estabelecimento de seu mercado consumidor³⁶⁹. Pense-se no já relatado caso de publicidade envolvendo uma personalidade da música brasileira e duas cervejarias. A cláusula de exclusividade transbordaria os contornos de legitimidade caso fosse instituída em caráter global, impedindo-se que o cantor realizasse qualquer outra publicidade para cervejarias do mundo inteiro. Deve-se averiguar o mercado de atuação do credor para definir estes contornos geográficos. Se a cervejaria credora somente atua em âmbito nacional, restringindo a comercialização de seus produtos ao mercado brasileiro, não haveria qualquer desdouro à higidez econômica do contrato – e à utilidade da propaganda – se o cantor se prestasse à publicidade de uma cerveja belga apenas revendida para o mercado europeu.

O último limite reconhecido à cláusula de exclusividade tem caráter substancial e se relaciona ao ramo de atividades do credor³⁷⁰. A restrição imposta ao devedor pela

³⁶⁵ “Seguindo a orientação estrangeira, não se admite que a cláusula de não concorrer seja eterna. Ela deve ser fixada por prazo razoável, que faça com que a mudança do profissional para a empresa rival não seja danosa, colocando em risco o fundo de comércio da ex-empregadora.” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. cit., p. 210).

³⁶⁶ “Ritengo dia ver così dimostrato che l’esistenza di una limitazione temporale costituisce una conditio sine qua non per la validità di ogni clausola di concorrenza, avvertendo tuttavia che non occorre l’espressa pattuizione della medesima, dal momento che, in caso di sua mancanza, provvede il legislatore a stabilirla con una norma imperativa.” (GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Limiti negoziali della concorrenza**. cit., p. 157).

³⁶⁷ “O limite temporal de grande duração representa excessiva proteção ao estabelecimento, o que poderá configurar infração aos princípios constitucionais da livre concorrência, do livre exercício da atividade empresarial e da livre iniciativa.” (FIEDRA, Geisy. **Obrigações de não-concorrência**: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. cit., p. 126).

³⁶⁸ “Semelhantemente, a cláusula deve indicar qual a área física na qual o contratado está proibido de trabalhar.” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. cit., p. 211).

³⁶⁹ “A proibição da concorrência é restrita, também, no espaço. É limitada geograficamente à área na qual possa haver o desvio pelo transmitente da clientela do adquirente. Não há como estabelecer premissas gerais para a abrangência do espaço no qual o transmitente é impedido de formar ou adquirir estabelecimento para exploração de mesma atividade empresarial, visto que dependerá do tipo de negócio realizado. A extensão do limite geográfico está vinculada à possibilidade de atrair a clientela que compõe o estabelecimento objeto da transferência.” (FIEDRA, Geisy. **Obrigações de não-concorrência**: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. cit., p. 117).

³⁷⁰ “Da mesma forma, a vedação precisa limitar o ramo de atividade do contratado. Será necessário demarcar precisamente a proibição. Não será lícito, por exemplo, impedir que uma pessoa faça qualquer

aludida cláusula tem por escopo, conforme reiteradamente asseverado, proteger a finalidade econômica do contrato e preservar os interesses do credor. Se o credor atua em um mercado delimitado, não se pode esperar que a limitação impingida ao devedor o proscruva de atuar em outros mercados³⁷¹. Revolva-se à hipótese da publicidade de produtos étlicos. Não haverá qualquer abalo aos interesses mercantis da cervejaria – nem mesmo ao resultado útil pretendido pela propaganda – caso o cantor participasse da campanha de publicidade de um produto cosmético.

Feitas estas considerações, podemos concluir que a existência de cláusula de exclusividade ou da cláusula de não-concorrência no contrato entabulado entre credor e devedor reveste-se como importante critério para a atribuição de responsabilidade ao terceiro cúmplice pela lesão ao crédito alheio. Este critério encontra-se presente na interpretação doutrinária conferida a uma hipótese de tutela externa do crédito disciplinada pelo Digesto Civil³⁷². O legislador admitiu expressamente a possibilidade de responsabilização de um terceiro pelo aliciamento do prestador de serviços, incumbindo àquele indenizar o tomador pelos prejuízos advenientes de sua conduta³⁷³. Cuida-se de uma hipótese restrita à seara dos contratos de prestação de serviço, mas que revela a preocupação solidarista do legislador com a tutela do crédito³⁷⁴.

trabalho. Naturalmente, deve haver um motivo, uma razão para a existência da cláusula limitativa.” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. cit., p. 210).

³⁷¹ “A regra da abstenção da concorrência não incide sobre qualquer atividade empresarial, mas apenas a idêntico ou semelhante ramo praticado pelo estabelecimento transferido. Assim, para determinar o limite substancial, é necessário identificar a especialidade da atividade.” (FIEDRA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência**: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. cit., p. 127).

³⁷² É o que se extrai do artigo 608 do Diploma Civilístico: “**Art. 608.** Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos.”

³⁷³ “E, justamente em manifestação da tutela externa do crédito, dispôs, no art. 608, sobre o dever indenizatório de quem alicie pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviços a outrem, cujo ressarcimento se calcula de acordo com a remuneração cabente, por dois anos, ao prestador de serviços.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151).

³⁷⁴ Em posição bastante restritiva, com a qual não se concorda, Teresa Negreiros reduz as hipóteses de tutela externa do crédito apenas às circunstâncias previamente disciplinadas pelo legislador, como a do dispositivo comentado no texto: “O citado art. 608 – consagrando uma hipótese típica de interferência de terceiro na quebra de contrato – tanto pode ser invocado como prova de que o Direito brasileiro reconhece a chamada tutela externa do crédito, como para demonstrar que tal tutela não é reconhecida em termos gerais, mas apenas nas hipóteses (como a do art. 608) em que a lei o expressamente determinar.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. cit., p. 246, nota 394). Por tudo o que já havíamos defendido neste trabalho, não podemos comungar de tal posição, mormente em virtude do mister constitucional de se promover a guarda de interesses reputados dignos de tutela em face de situações específicas nas quais os princípios de solidariedade social e da boa-fé objetiva exijam de terceiros o respeito ao crédito alheio, independentemente de qualquer previsão legislativa específica neste sentido. Nesta esteira, Otávio Luiz Rodrigues Júnior também se manifesta: “Invocando os princípios contratuais da função social, e da boa-fé objetiva, admitidos no Código Civil de 2002, pode-se admitir a incidência da doutrina do terceiro cúmplice a casos outros que os textualmente contidos no mencionado

O objetivo propugnado por tal regra não é estranho ao ordenamento jurídico nacional, tendo em vista a existência pretérita de normas similares que proscreviam a atuação interferente do terceiro em créditos alheios³⁷⁵. O legislador admitiu que o terceiro que alicie o prestador de serviços responda pelos prejuízos que sua interferência causar ao tomador dos serviços³⁷⁶. O terceiro que induzir o prestador de serviços a descumprir o contrato original será chamado a responder pelos danos advenientes de sua conduta³⁷⁷. O dispositivo exige que o contrato de prestação de serviços violado seja escrito. Tal exigência instituiu-se para que o contrato violado seja cognoscível ao terceiro, atendendo-se aquele requisito elementar da responsabilização do terceiro ofensor consistente na imperiosa necessidade de prévio conhecimento acerca da

art. 608 ou no revelho art. 500 do Código de Comércio. A doutrina do terceiro cúmplice funda-se num preceito ético de inegável alcance solidário. A violação ao direito das partes pela interferência indevida do terceiro pode e deve ser reparada.” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. cit., p. 95).

³⁷⁵ Desde o Código Comercial de 1850 há previsão legislativa impondo dever de ressarcimento ao terceiro que promovesse a lesão ao crédito alheio através do aliciamento do devedor, conforme se infere do artigo 244 do aludido Diploma: “**Art. 244.** O comerciante empresário de fábrica, seus administradores, diretores e mestres, que por si ou por interposta pessoa aliciem empregados, artífices ou operários de outras fábricas que se acharem contratados por escrito, serão multados no valor do jornal dos aliciados, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a benefício da outra fábrica.”. O mesmo Código também estipulava dever semelhante para as hipóteses de aliciamento de marinheiros, especificamente no que concerne à prestação de serviços em embarcações, conforme se depreende do disposto no artigo 500 do Código Comercial, que por disciplinar direito marítimo, permanece em vigor: “**Art. 500.** O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora.”. A disciplina do contrato de prestação de serviços no antigo Código Civil de 1916 contava com prescrição normativa do mesmo quilate, a qual serviu de inspiração para o atual artigo 608: “**Art. 1.235.** Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outros por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos.”. Comentando esta evolução legislativa, Otávio Rodrigues Júnior aduz que: “No direito brasileiro, é possível identificar rudimentos da doutrina do terceiro cúmplice no art. 500 do CCo de 1850, que permanecerá em vigor após o novo Código Civil, quando este prescreve punições ao capitão de navio que seduzir grumete de outra embarcação a fim de tomá-lo a seu serviço, o que efetivamente traduz a imissão imprópria de terceiro em contrato alheio, observando-se que, ao tempo da norma, 1850, inexistiam relações trabalhistas e, por assim, tais contratos eram regidos por aquele corpo normativo.” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. cit., p. 94).

³⁷⁶ “Esse artigo trata da hipótese de que determinada pessoa atraia ou recrute outras, já comprometidas por um contrato, para a realização de serviços a ela, afastando os prestadores de serviço da função contratada originalmente. Trata-se de responsabilizar terceiro pela interferência indevida em contrato anteriormente concluído. Também se pode dizer que se trata de uma forma de defesa e proteção concorrential.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2, cit., p. 339).

³⁷⁷ “O Código Civil brasileiro positivou, em seu art. 608, hipótese específica de atuação do terceiro cúmplice que induz o devedor a inadimplir o contrato de prestação de serviços celebrado com o credor-locador para com ele firmar negócio semelhante, incompatível, por isso mesmo, com a obrigação previamente assumida pelo devedor.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 118).

existência do crédito lesionado³⁷⁸. Cuida-se apenas de um requisito específico elaborado com o escopo de certificar a imprescindível ciência do terceiro acerca da existência do crédito, não se confundindo tal requisito com alguma exigência particular em relação ao elemento subjetivo da conduta do ofensor³⁷⁹.

Por derradeiro, impende destacar que não como reconhecer uma disciplina dilatada ao artigo 608 para abranger quaisquer hipóteses de prestação de serviços. No que concerne a esta hipótese específica de responsabilização do terceiro cúmplice, alguns autores asseveram que a existência de um caráter exclusivista no contrato original afigura-se critério determinante para o surgimento do dever de abstenção imposto ao terceiro³⁸⁰. De fato, a exclusividade na prestação do serviço atua como

³⁷⁸ “Como se vê, ao lado dos requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil em geral e, em específico, do terceiro cúmplice, exige-se que o contrato de prestação de serviços entre o locador (credor) e o locatário de serviços (devedor) seja escrito, de modo a constituir prova incontroversa do prévio vínculo contratual.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 119). Cumpre destacar, no entanto, que alguns autores acreditam que a exigência de que o contrato violado adote a forma escrita poderá impedir a adequada tutela d crédito, afirmando-se que deve-se apenas exigir que o terceiro conhecesse previamente o contrato violado. É o que se infere do escólio de Hugo Urbano: “É razoável imaginar que tal exigência seja para facilitar a possibilidade de o terceiro ter conhecimento da existência da relação jurídica ou, ainda, facilitar a produção de prova, por parte do credor prejudicado, de que este mantinha uma relação jurídica contratual prévia com o prestador de serviço que foi aliciado. Entende-se, no entanto, que esse requisito legal é desnecessário e até mesmo perigoso para o desenvolvimento do tráfico jurídico negocial.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 209). O autor remara ao consignar que mesmo contratos verbais poderão reclamar a disciplina do artigo 608: “Dessa forma, conclui-se que pouco importa a forma do contrato (escrito ou verbal); caso se comprove que o terceiro tinha conhecimento deste, o direito de crédito lhe é oponível concretamente, podendo o credor valer-se de medidas judiciais preventivas ou buscar a sua reparação, se a violação tiver se consumado.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 210).

³⁷⁹ Especificamente no que concerne à exigência de dolo na conduta do terceiro que alicia o prestador de serviços, não há consenso doutrinário. Alguns juristas afirmam que o tipo inscrito no artigo 608 exige uma atuação dolosa do terceiro, o que restaria insito ao fenômeno do aliciamento: “A conduta típica prevista na norma consiste em um comportamento que visa a seduzir, instigar ou incitar o prestador do serviço para que este deixe de cumprir as obrigações previstas em contrato anterior, em detrimento da parte que se vê injustamente privada de um serviço que lhe é essencial. O aliciamento, portanto, exige mais do que a mera ciência acerca da existência de um contrato de prestação de serviços, sendo necessário que o novo ajuste decorra de uma conduta dolosa do terceiro ou da intenção deste de causar prejuízo ao contratante inocente.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p. 106); De outra banda, há autores que vislumbram a possibilidade de configuração da responsabilidade civil do terceiro cúmplice nos contratos de prestação de serviços mediante a adoção de uma conduta culposa pelo terceiro: “A responsabilidade de terceiro que provoca a resolução do contrato de serviços por aliciar o prestador de trabalho decorre de dano patrimonial originado de infração a dever extracontratual específico, fixado pelo art. 608 do Código Civil, cuja especialidade permite apurar a responsabilidade do infrator não apenas por dolo, mas também por culpa.” (DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: Responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. cit., pp. 34-35).

³⁸⁰ “Essa violação de exclusividade e a responsabilização do terceiro coadjuvante poderiam ocorrer em qualquer contrato que comporte uma cláusula dessa natureza, e não somente nos contratos de venda de produtos, obviamente. Poderia acontecer em contrato de prestação de serviço ou de cessão de direitos de imagem, por exemplo, no que incidiria a regra já transcrita do art. 608 do CC.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato:** Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros.

critério par definir a inadmissibilidade de atuação interferente do terceiro em contratos de prestação de serviços³⁸¹.

2.4.2 A livre denunciabilidade do contrato lesionado

Passamos a questionar a possibilidade de imputação ao terceiro cúmplice do dever de reparar o dano causado ao credor quando o crédito lesado seja decorrente de um contrato livremente denunciável³⁸². A hipótese de responsabilização do terceiro face a contratos precários ganha contornos elegantes e merece análise detida.

A dissolução do vínculo contratual opera-se por variegadas formas, dentre as quais destaca-se a rescisão unilateral. Há contratos que relem ao alvedrio de apenas uma das partes a possibilidade de determinar sua extinção³⁸³. A despeito de se encontrar atada aos deveres contratuais, uma das partes contratantes poderá designar o término da relação contratual por imposição unilateral, dispensando-se a anuência da parte adversa³⁸⁴.

cit., p. 180); “Se não há cláusula de exclusividade e o profissional atende vários clientes ao mesmo tempo, não há como se falar em aliciamento e dever de indenizar.” (LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial: Das várias espécies de contratos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 240).

³⁸¹ “Em regra, para que se configure o aliciamento será necessário que o contrato tenha sido celebrado em caráter de exclusividade, pois, se o serviço é prestado indiscriminadamente a diversas pessoas, não há motivo para que o terceiro se veja impedido de contratar. No entanto, essa responsabilidade pode surgir, a despeito de não existir exclusividade, se a prestação era, para a parte inocente, de tal forma essencial para a continuidade dos seus negócios que a sua interrupção imediata venha a lhe causar prejuízos.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., pp. 106-107).

³⁸² Tal critério encontra-se albergado pelo direito norte-americano, caso a livre denunciabilidade demonstre um ambiente concorrencial que não esteja propenso a responsabilizar o terceiro interferente. É o que se infere da lição de Bianca: “Il terzo è quindi responsabile se interferisce con questi contratti. Il Restatement aggiunge però che dalla loro particolarità potrà tenersi conto nella determinazione del danno súbito. Se, invece, il contesto in cui si muove il terzo e le parti è quello della concorrenza tra imprenditori, la regola scelta dal Restatement è diferente. In questi casi, i contratti terminabile at will sono assimilati alle prospective relations, ed il concorrente è responsabile solo se la sua condotta è autonomamente illecita.” (TEDESCHI, Bianca Gardella. **L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um’indagine comparatística. cit., p. 172).

³⁸³ “A denúncia é a denominação que se dá ao exercício do direito formativo-extintivo de desfazimento das obrigações duradouras, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos na lei ou no contrato.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: Resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 69-70).

³⁸⁴ Caio mario chega a atribuir um caráter excepcional à rescisão unilateral, compreendendo-a como uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade dos contratos: “Rescisão unilateral tem caráter de exceção. Um dos efeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 3, pp. 152-153).

A admissão de resilição unilateral em certos contratos pretende minorar a densidade restritiva que tais acordos podem alcançar. É o que ocorre com os contratos de trato sucessivo estipulados por prazo indeterminado, os quais poderiam representar severa restrição à liberdade contratual da parte que se encontra vinculada ao cumprimento da prestação por duração desconhecida. Com o intuito de evitar um aprisionamento *ad aeternitatem*, o legislador ampliou a margem de liberdade das partes nestes contratos, autorizando o desligamento unilateral e a consequente extinção da relação contratual³⁸⁵.

A possibilidade de resilição unilateral atribuída a uma das partes confere-lhe o poder de dissolver a relação contratual *ad nutum*, prescindindo-se da anuência da parte contrária, bem como dispensada a apresentação de justificativa para o exercício de tal prerrogativa³⁸⁶. Caberá à parte denunciar o contrato através de declaração unilateral receptícia de vontade³⁸⁷, repise-se, despicienda a concordância da outra parte. Cuida-se, portanto, de um direito potestativo, posto que seu exercício determina a sujeição da parte contrária à dissolução contratual³⁸⁸, não havendo esta como se desvencilhar do término do contrato, restando-lhe apenas prestar obediência à declaração unilateral extintiva veiculada pela denúncia³⁸⁹.

Não se deve olvidar que o contrato livremente denunciável somente perderá sua eficácia diante da denúncia realizada pelo devedor: enquanto não exercido o direito potestativo de resilição unilateral, o contrato permanece em pleno vigor, esperando-se do devedor o integral cumprimento da prestação. No entanto, poderá o devedor

³⁸⁵ “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressamente ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

³⁸⁶ “Sendo assim, a denúncia, pelo fato de ser um meio lícito para pôr fim a contratos desse tipo, em geral, não precisa ser justificada. Sabem as partes que os contratos por tempo indeterminado podem ser desfeitos, em qualquer momento, mediante simples declaração unilateral de vontade.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2, cit., p. 116).

³⁸⁷ “As declarações de vontade dizem-se receptícias quando se dirigem a destinatários especiais, que dela devem ter ciência, sob pena de ineficácia do ato.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 397).

³⁸⁸ “Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. cit., pp. 200-201).

³⁸⁹ “A natureza da denúncia é negocial ou, consoante o entendimento mais vulgar, declaração unilateral de vontade.” (ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por incumprimento**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 83).

desprender-se do liame contratual através do exercício da denúncia, o que confere ao contrato um caráter precário, mercê da possibilidade de sua dissolução a qualquer tempo³⁹⁰. É o que se infere da lição de E. Santos Júnior:

“Só que, no contrato livremente denunciável, o devedor tem o dever de o cumprir, enquanto ele estiver em vigor. Mas tem o direito de o denunciar a todo o tempo. O credor, por sua vez, tem o direito ao cumprimento, mas não tem direito à não denunciabilidade a todo o tempo do contrato, por parte do devedor. Em relação a ele, e em face deste direito de denúncia do devedor, pode dizer-se que o contrato juridicamente é precário³⁹¹.”

Note-se que enquanto a denúncia não for devidamente realizada ao credor, o contrato permanecerá produzindo seus efeitos regulares e o devedor continuará adstrito ao cumprimento da prestação, não havendo razão para se afastar o dever de abstenção imposto a terceiros. Não basta que o contrato admita a rescisão unilateral para que o dever de abstenção perca seu substrato. Exige-se que o devedor efetivamente exercite o direito potestativo de rescisão, determinando a dissolução da relação contratual para que seja possível eximir o terceiro da responsabilidade civil³⁹². Isto porque, como já asseverado anteriormente, o contrato livremente denunciável ainda em curso produz efeitos regularmente, não havendo razão para que o crédito dele oriundo receba tutela capenga³⁹³.

Todavia, não há que se cogitar de repúdio à conduta interferente do terceiro se o contrato lesado já houver alcançado seu término pela manifestação exclusiva e unilateral do devedor. O credor conhece a instabilidade do contrato e sabe que o devedor poderá extingui-lo a qualquer tempo. O credor não guarda legítima expectativa quanto à continuidade da relação contratual, pois esta fora marcada em sua gênese pela

³⁹⁰ “Em tais casos, o devedor se encontra adstrito ao cumprimento da obrigação apenas e tão somente enquanto o contrato estiver em vigor, tendo a prerrogativa de denunciá-lo a qualquer tempo. O credor, por sua vez, tem direito ao crédito oriundo da relação contratual enquanto esta não for extinta pela vontade do devedor, haja vista que tais contratos são juridicamente precários.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 109)

³⁹¹SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 491.

³⁹² “Por outro lado, se o terceiro e o devedor celebram e começam a executar um contrato incompatível com aquele livremente denunciável, antes que este último tenha sido extinto pela iniciativa do devedor o terceiro incorrerá em responsabilidade civil por lesão ao direito de crédito, eis que em tal caso o contrato livremente denunciável ainda era plenamente eficaz entre as partes à época da conduta interferente, motivo pelo qual aquele era dotado de plena oponibilidade.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 110)

³⁹³ “Com efeito, o devedor teria que respeitar o prazo de produção dos efeitos da denúncia estabelecido entre as partes ou decorrente da lei, antes de celebrar um contrato com o terceiro que fosse incompatível com o contrato anterior. O prazo de denúncia integra o conteúdo do contrato, e o desrespeito a ele constitui descumprimento contratual. Assim, dentro do interregno estabelecido entre a denúncia e o momento em que ela produz seus efeitos, a tutela aquiliana do crédito pode ser exercida frente a terceiros. Produzidos os efeitos da extinção, porém, não poderá mais exercê-la.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., p. 221).

precariedade. O livre exercício da resilição unilateral impede o surgimento da expectativa de que o devedor dará cumprimento infundável ao contrato. A satisfação do credor encontra-se limitada ao cumprimento parcelar do contrato, não havendo mácula aos interesses creditícios em virtude da ruptura denunciada do contrato. Noutras palavras, os interesses do credor foram lapidados em conformidade à precariedade do contrato.

Nesta ordem de ideias, será lícito ao terceiro incitar o devedor a exercer o direito potestativo de resilição unilateral. A conduta do terceiro que convence o devedor a promover a resilição unilateral do contrato encontra-se resguardada pela livre concorrência³⁹⁴. Conforme constatou-se no capítulo inicial, o princípio da boa-fé objetiva somente promoverá a tutela do crédito contra a atuação lesiva de terceiros caso ela se revele manifestamente contrária aos postulados de livre iniciativa e solidariedade social. A instigação para que o devedor resolva o contrato é apenas um mecanismo legítimo que o terceiro ostenta para celebrar novo contrato com aquele devedor³⁹⁵. Diz-se legítimo porque a possibilidade de resilição do contrato impedia constantemente sobre o negócio, infirmando-lhe a precariedade³⁹⁶. A resilição mediante instigação do terceiro não difere de qualquer outra hipótese de exercício deste direito potestativo, considerando-se que o credor forjou o crédito em atenção à possibilidade iminente de dissolução contratual.

Portanto, uma vez extinto o contrato em razão da denúncia unilateral perpetrada pelo devedor, não mais impenderá sobre o terceiro qualquer dever de abstenção. Entrementes, tal dever de abstenção exigirá observância do terceiro enquanto o contrato

³⁹⁴ “De resto, a solução preconizada para os contratos livremente denunciáveis é a que se coaduna com os interesses do mercado, segundo os princípios de livre concorrência e de eficiência econômica. Podemos, pois, concluir: enquanto em vigor, o contrato livremente denunciável é oponível a terceiros. Mas o terceiro, que persuada ou induza o devedor a denunciar o contrato, nos termos legal ou contratualmente previstos, para, nomeadamente, celebrar com ele um contrato incompatível, não incorre em responsabilidade perante o credor, pois a este, no que respeita à denúncia do contrato, não assiste qualquer direito, antes estando sujeito ao exercício do direito de denúncia pela contraparte. Entretanto, se o contrato for apenas denunciável pelo credor, então o contrato deve, para o efeito aqui considerado, ser assimilado aos contratos não precários.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 493).

³⁹⁵ “Há que se destacar que a possibilidade do terceiro convencer o devedor a extinguir o contrato livremente denunciável com o intuito de, apenas após a ruptura daquele, vir a firmar outro contrato incompatível, se harmoniza com o princípio da livre concorrência, que tem o condão de afastar a responsabilidade civil do terceiro por lesão ao direito de crédito em decorrência da precariedade da relação contratual finda pela via prevista legal ou contratualmente.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 111).

³⁹⁶ “Nesses casos, não se deve restringir a liberdade de iniciativa do terceiro e da própria parte que desfaz o contrato para tutelar o direito de crédito do outro contratante, que, pela sua própria natureza, sempre se sujeitou à resilição.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 105).

encontrar-se vigente. A conduta do terceiro consistente na celebração de contrato com o devedor ainda durante a vigência do contrato original – logo, antes que a denúncia tenha sido exercida pelo devedor – deverá ser considerada ilícita, pois em cabal violação do dever de abstenção, conforme exposto em linhas transatas.

Por derradeiro, cumpre-nos destacar que alguns autores asseveram que o exercício do direito potestativo de rescisão unilateral pode ser considerado abusivo diante de específicas circunstâncias. Considera-se que determinadas condições podem gerar no credor uma expectativa de não-exercício de tal direito, configurando-se confiança legítima que merece a tutela do ordenamento³⁹⁷. Trata-se da incidência de instituto corolário da boa-fé objetiva: *suppressio*³⁹⁸.

Se a inércia do devedor for determinada por alguma circunstância que admita inferir de seu comportamento o não-exercício do direito de rescisão, estará configurada a legítima expectativa do credor na manutenção do contrato. O exercício da rescisão, nestas condições, torna-se abusivo, pois disruptor da confiança do credor³⁹⁹ – confiança esta que fora proporcionada por um comportamento adotado pelo próprio devedor⁴⁰⁰. É o que se infere da lição de E. Santos Júnior:

“Havendo que ressaltar, no entanto – independentemente do cumprimento do prazo de pré-aviso – que, na hipótese de, em face das particulares circunstâncias do caso, se pode considerar abusivo, por parte do devedor, o exercício do seu direito de denunciar o contrato, o terceiro, se houver contribuído para essa actuação do devedor, poderá ser responsabilizado perante o credor, nos termos da responsabilidade civil de terceiro⁴⁰¹.”

³⁹⁷ “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, no tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p. 797).

³⁹⁸ “Tal figura, portanto, funda-se no valor da confiança, visto que, em certos casos, o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante certo lapso por seu titular, desde que tal inércia tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não mais seria usado.” (MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (*suppressio*). In: **Civilística**: Revista eletrônica de direito civil. n. 4, p. 1-27, 2013, pp. 1-2).

³⁹⁹ “A menos que um dos contratantes tenha incutido na sua contraparte a confiança de que o negócio permaneceria sendo executado – a despeito do poder de rescisão unilateral – o que configuraria afronta ao princípio da boa-fé objetiva, não se poderá responsabilizar o terceiro pela celebração do negócio jurídico posterior se o contrato precedente tiver sido validamente extinto.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p. 105).

⁴⁰⁰ “Na *Verwirkung*, a inadmissibilidade do exercício do direito vem como consequência de ter a conduta omissiva – a inatividade, o retardamento – do titular deste direito gerado em outrem a confiança de que aquele direito não seria mais exercido. O que se tutela é também, na versão hoje mais aceita da *Verwirkung*, a confiança no comportamento coerente daquele que se retardou em fazer valer o seu direito.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: Tutela da confiança e venire contra factum proprium. cit., pp. 188-189).

⁴⁰¹ SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 491, nota 1690.

2.4.3 A validade do contrato lesionado

Passamos ao estudo do derradeiro critério para a configuração da responsabilidade civil do terceiro, cujas raízes fundam-se no plano da validade do contrato que gerou o crédito violado. Passa-se a cogitar sobre a possibilidade de surgimento do dever de abstenção perante um crédito originado por um contrato inválido⁴⁰².

Se o contrato estabelecido entre credor e devedor padecer de qualquer vício que lhe inquine nulidade absoluta, a ordem jurídica lhe proscreverá a produção de quaisquer efeitos⁴⁰³. A pena de nulidade absoluta atribuída aos contratos maculados retira-lhes a validade e os impede de produzir efeitos, mercê da gravidade da nódoa que o fulmina⁴⁰⁴. Caso o contrato apresente algum vício de nulidade absoluta, o devedor se desincumbirá de qualquer vínculo obrigacional relativo ao negócio maculado, já que a nulidade absoluta impede que o contrato produza seus regulares efeitos. O crédito sequer se forma, não havendo que se falar em um dever de abstenção de terceiros⁴⁰⁵.

O contrato nulo, portanto, não tem o condão de formar uma relação obrigacional escorreita, sendo mesmo inconcebível que o devedor esteja adstrito ao cumprimento da prestação⁴⁰⁶. Ineficaz entre as próprias partes, não será admissível vislumbrar dever de abstenção decorrente do contrato⁴⁰⁷, ausente qualquer ideia de oponibilidade⁴⁰⁸.

⁴⁰² Este critério também encontra-se presente no direito estadunidense, conforme se infere da lição de Bianca Tedeschi: “Perché il terzo sai responsabile, il contratto con cui interferisce deve essere valido, non essere in restraint of trade, né contrario all’ordine pubblico. Queste limitazioni si comprendono facilmente: così come il contratto non riceve tutela dall’ordinamento, così puré non riceve tutela contro l’interferenza dei terzi.” (TEDESCHI, Bianca Gardella. **L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um’indagine comparatistica. cit., p. 168).

⁴⁰³ “A nulidade é a sanção legal para os atos praticados sem os necessários requisitos, do que resulta a inidoneidade do ato para a produção de efeitos que lhe são próprios.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. cit., p. 515).

⁴⁰⁴ “É nulo o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 632).

⁴⁰⁵ “O dever de terceiros respeitarem o acordo de vontades dependerá da sua validade. O contrato nulo, por não produzir efeitos, é ineficaz entre as partes e, portanto, não oponível a terceiros.” (FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Dissertação de mestrado em direito civil. 2008. 167 f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008, p. 88).

⁴⁰⁶ “Observe-se que, no caso do negócio jurídico nulo, este, teoricamente, não produz nenhum efeito desde sua origem, portanto o devedor não se encontra obrigado a cumpri-lo.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 221).

⁴⁰⁷ “A tutela aquiliana do direito de crédito não poderia ser invocada, nessas circunstâncias, pois o direito de crédito não seria oponível. A validade do contrato é pressuposto, para que ele produza seus efeitos

Tratando-se de vício que merece o contundente repúdio do ordenamento, até mesmo o terceiro – interessado em reconhecer a nulidade do negócio – poderá alegá-lo⁴⁰⁹, conforme conclui Gustavo Fernandes de Andrade:

“Pela sistemática do Código Civil, cujo art. 168 permite a qualquer interessado arguir a nulidade do negócio jurídico e confere ao magistrado o poder de decretar, de ofício, essa nulidade, não se poderá cogitar da responsabilidade do terceiro se o contrato for nulo – obviamente, o terceiro, que tenha celebrado um contrato incompatível com outro anterior, possuirá inegável interesse jurídico em apontar a nulidade da avença para afastar a sua eventual responsabilidade. Por ser a oponibilidade uma técnica de proteção de direitos subjetivos, não se poderá invocá-la se o suposto direito violado não for apto a produzir, em razão da nulidade absoluta, efeitos válidos⁴¹⁰.”

Nesta toada, o contrato nulo não produzirá quaisquer efeitos, impedindo-se o surgimento do dever de abstenção. Noutras palavras, somente será possível vislumbrar a responsabilidade do terceiro cúmplice diante de um contrato válido e apto para produzir seus regulares efeitos, sendo a nulidade do contrato um verdadeiro elemento impeditivo para a responsabilização do terceiro. Presente qualquer mácula invalidante, o negócio não produzirá efeitos nem será oponível a terceiros, impedindo qualquer hipótese de responsabilidade civil⁴¹¹.

Cumprido observar se tal impedimento também se erige em contratos anuláveis. Anulabilidade e nulidade absoluta diferem em razão dos interesses que buscam resguardar. Enquanto a nulidade absoluta intenta proteger interesses de caráter público, a anulabilidade pretende preservar interesses particulares afetos apenas às partes do negócio maculado⁴¹². O ordenamento jurídico demonstra maior tolerância para com os

essenciais e, portanto, seja eficaz em relação ao devedor e a terceiros.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., p. 220).

⁴⁰⁸ “O contrato nulo, não produzindo efeitos, é ineficaz entre as partes e inoponível a terceiros.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 489).

⁴⁰⁹ “Ademais, há que se compreender que os vícios que inquinam o contrato de nulidade absoluta colidem com o interesse público, motivo pelo qual a ordem jurídica confere a quaisquer interessados, dentre os quais se insere o terceiro interferente, a possibilidade de invocar a invalidade do contrato.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 105); “A nulidade poderia ser invocada, a qualquer momento e por qualquer interessado (art. 168 do CC/2002), o que inclui o terceiro contra o qual a tutela aquiliana do contrato poderia ser eventualmente exercida.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., p. 221).

⁴¹⁰ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 104.

⁴¹¹ “Assim, não tendo o contrato nulo qualquer aptidão para a produção de efeitos, há que se considera-lo ineficaz entre as partes e inoponível em face de terceiros, ressalvada, excepcionalmente, a possibilidade do negócio jurídico nulo ser convertido, hipótese em que o novo negócio jurídico poderá ser objeto de interferência.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 105).

⁴¹² “Não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento a anulabilidade do negócio jurídico. Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v 1, cit., p. 639).

negócios anuláveis, oferecendo à parte prejudicada a chance de conservar o negócio viciado⁴¹³, de acordo com a promoção de seus interesses particulares⁴¹⁴.

Nesta esteira, a anulabilidade confere à parte prejudicada o direito potestativo de se insurgir contra a validade do negócio dentro de um lapso decadencial, cujo transcurso culminará com a convalescença do negócio. Por evidente que apenas nos interessa o momento anterior ao exercício de tal direito potestativo, pois se ele já houver sido exercido, o contrato será considerado inválido e seguirá o mesmo destino do negócio nulo⁴¹⁵, deixando de produzir quaisquer efeitos⁴¹⁶ e, portanto, incapaz de determinar um dever de abstenção. Na banda oposta, se o contrato tiver sido confirmado, seja pelo decurso do prazo decadencial, seja pela manifestação das partes no sentido da manutenção do negócio jurídico, haverá ensejo para o surgimento do dever de abstenção.

Cabendo ao credor o exercício do direito potestativo, não há como vislumbrar o afastamento do dever de abstenção, mormente em virtude da capacidade que o negócio jurídico ainda ostenta para produzir efeitos⁴¹⁷ e, conseqüentemente, ser oponível.

⁴¹³ “O ato é imperfeito, mas não tão grave nem profundamente defeituoso, como nos casos de nulidade, razão pela qual a lei oferece ao interessado a alternativa de pleitear a obtenção de sua ineficácia, ou deixar que os seus efeitos decorram normalmente, como se não houvesse irregularidade, o que se reflete no problema dos efeitos.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, cit., pp. 639-640).

⁴¹⁴ “Anulabilidade é a sanção prevista para os atos e negócios jurídicos praticados por agente relativamente incapaz ou em que exista vício de vontade, resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Sua razão de ser está na proteção que o direito dispensa aos interesses particulares.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. cit., p. 528).

⁴¹⁵ A despeito de a manualística tradicional afirmar que o negócio anulável preservará os efeitos já produzidos, reconhecido por sentença constitutiva de eficácia prospectiva, alinhamo-nos à doutrina contemporânea que reconhece na decretação da anulabilidade a capacidade de extirpar todos os efeitos produzidos pelo negócio maculado, mediante sentença de eficácia retrospectiva, na mesma esteira de Leonardo Mattietto: “Logo, é equivocada a afirmação, tão comum, de que a sentença que declara que um ato é nulo produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a sentença que decreta a anulação de um ato jurídico produz efeitos *ex nunc*. Ambas, na realidade, produzem efeitos *ex tunc*, pois, como prevê a lei civil, devem as partes retornar ao estado anterior. A eventual proteção de terceiros de boa-fé, diante dos efeitos da anulação, não infirma este raciocínio, nem obsta o reconhecimento da invalidade.” (MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do código civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 344-345).

⁴¹⁶ “Com efeito, a declaração de nulidade e a decretação da anulação se submetem ao mesmo regime no que toca à retroatividade dos efeitos da sentença. Uma vez pronunciada a decisão que retira do mundo jurídico o negócio nulo ou anulado, a sentença produz o efeito de determinar que as partes retornem ao estado anteriormente existente, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da realização do ato ou até o momento da prática do negócio.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 328).

⁴¹⁷ “Daí dizer Ruggiero que o negócio jurídico anulável tem eficácia plena, e produz os resultados queridos, condicionados ao não-exercício do direito à invocação de sua ineficácia.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, cit., pp. 644-645).

Enquanto não arguida a invalidade e adequadamente decretada mediante decisão judicial⁴¹⁸, o negócio produzirá todos os efeitos que dele se espera⁴¹⁹.

Resposta semelhante recebe a situação na qual caiba ao devedor o exercício do direito potestativo de anulação. Entrementes, nada impede que o terceiro induza o devedor a exercer o direito potestativo e buscar a anulação do contrato primitivo. É possível, então, que o próprio terceiro promova a ruína do dever de abstenção, mediante o convencimento do devedor para exercer o direito de anulação do negócio. Esta atuação parece-nos legítima, considerando-se que o contrato padecia de um vício genético, atribuindo ao devedor a prerrogativa de promover a sua dissolução invalidante⁴²⁰.

Aliás, aqui ocorre situação de todo análoga àquela analisada alhures concernente ao exercício do direito potestativo de rescisão unilateral do contrato. Isto porque, mesmo que o direito potestativo de anulação do contrato caiba exclusivamente ao devedor, enquanto tal prerrogativa não for devidamente exercida, o contrato será reputado idôneo para produzir efeitos, inclusive inculcando em terceiros o dever de abstenção.

A dissipação do dever de abstenção somente ocorrerá diante do efetivo exercício do direito potestativo de anulação do contrato. Decretada a invalidade do contrato, não haverá qualquer dever de abstenção imposto ao terceiro, o qual poderá livremente contratar o devedor. Devemos distinguir duas condutas que podem ser adotadas pelo terceiro: de um lado a instigação do devedor para anular o contrato, atuação que deve ser reputada como lícita. O terceiro apenas induzirá o devedor a promover a anulação de um contrato que possuía um vício desde sua origem, não sendo mesmo possível considerar sua conduta como lesiva ao crédito alheio.

A dissolução do contrato dá-se em virtude do vício que lhe acometia, não já pela conduta do terceiro, que se limita a estimular o devedor a exercer um direito que lhe fora atribuído pelo ordenamento jurídico. A expectativa de satisfação dos interesses do

⁴¹⁸ É o que se infere do disposto no artigo 177 do Código Civil: “**Art. 177.** A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

⁴¹⁹ “Contudo, se julgar conveniente, o titular de tal direito pode não o exercer e optar pela execução do negócio jurídico. Em virtude disso, o ato anulável produz os seus efeitos jurídicos enquanto não for anulado por sentença.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v.1, cit., p. 323).

⁴²⁰ “Mas, se o contrato for anulável, o dever, por parte de terceiro, de respeitar o contrato alheio e o direito de crédito dele resultante não permanecerá se o devedor, a quem assista o direito de anular o contrato, se prevaleça desse direito.” (FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. cit., p. 88).

credor é seriamente abalada quando o crédito de sua titularidade resulta de um contrato inquinado de mácula que lhe determine a anulabilidade, eis que conhece a possibilidade de o devedor ocasionar unilateralmente a dissolução do vínculo obrigacional⁴²¹.

Na outra margem, há a conduta adotada pelo terceiro que consiste na celebração de um contrato com o devedor. Esta conduta somente ensejará a responsabilização do terceiro caso o contrato ainda não tenha sido devidamente anulado. Se o devedor não exerceu o direito potestativo de anulação do contrato, o terceiro permanece submetido ao dever de abstenção, já que o contrato perdura produzindo efeitos, como se válido fosse⁴²².

Aqui talvez não caiba cogitarmos de configuração de legítima expectativa do credor no não-exercício do direito potestativo de anulação do contrato pelo devedor. Diversamente do que consignamos em relação ao direito de rescisão unilateral do contrato, o exercício do direito de invalidar o contrato encontra limite temporal bem delimitado pela ordem civil. Nesta trilha, parece-nos que o não-exercício deste direito pelo devedor não terá o condão de configurar uma expectativa legítima no credor⁴²³, concernente à manutenção do contrato, considerando-se que diante da precisa limitação decadencial de tal direito, a *suppressio* não granjearia qualquer espaço⁴²⁴.

⁴²¹ “Quanto ao contrato anulável, o hipotético dever, por parte de terceiro, de respeitar o contrato alheio e o direito de crédito dele resultante não tem apoio no correlativo dever de o devedor o cumprir, quando a este assista o direito de anular o contrato e se prevaleça desse direito: a interferência de terceiro – mormente a que se traduza na celebração com o devedor de um contrato incompatível com o contrato inválido – mais não será, então, de que o convencimento do devedor a prevalecer-se de um direito que lhe assiste.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 489).

⁴²² “Assim, entendemos que se o terceiro induz o devedor ao descumprimento de contrato anulável, mas ainda eficaz entre as partes e dotado de oponibilidade por ausência de invocação do vício pelo devedor, este se eximirá de qualquer responsabilidade contratual perante o credor por inadimplemento na hipótese de se valer do direito potestativo de suscitar a anulabilidade dentro do prazo decadencial previsto em lei, que lhe confere explicitamente tal prerrogativa. Entretanto, por não ter o reconhecimento da anulabilidade efeito retroativo, entendemos que aquele não afastará a responsabilidade civil do terceiro por lesão ao direito de crédito constituído por relação contratual firmada anteriormente, desde que reste configurado que o devedor suscitou a anulabilidade em decorrência da conduta interferente do terceiro.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 107)

⁴²³ “A verdade é que, ao menos em uma primeira análise, não pode ser considerada inteiramente *legítima* a confiança despertada em outrem com relação ao não-exercício do direito sujeito a prazo fixo em lei. Isto porque, conhecendo ou devendo conhecer o prazo legal para o exercício, o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo do direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não-exercício por período inferior a este mesmo prazo.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. cit., pp. 191-192).

⁴²⁴ “No que toca ao seu relacionamento com outros remédios jurídicos, a *suppressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. Tem, pois, natureza subsidiária.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. cit., p.812).

3 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE

3.1 O inadimplemento absoluto e as perdas e danos incumbidas ao terceiro

Este derradeiro capítulo destina-se à análise das consequências advenientes da responsabilidade civil do terceiro por lesão ao crédito alheio. De certo que se trata de uma hipótese bem peculiar de responsabilidade civil a exigir do jurista uma investigação mais pormenorizada da extensão do dever de indenizar incumbido ao terceiro. Isto porque a conduta lesiva adotada pelo terceiro ofensor implicará o inadimplemento de uma obrigação na qual a vítima do evento danoso figura como credora. A contratação entabulada entre terceiro e devedor acarretará a impossibilidade de cumprimento da prestação devida ao credor – culminando-se com o incumprimento da obrigação. Por conseguinte, o exame das diretrizes ressarcitórias decorrentes da responsabilização do terceiro perpassa pelo inadimplemento da obrigação. A singularidade presente nesta hipótese de responsabilidade civil consiste exatamente na possibilidade de imputação dos danos oriundos do inadimplemento a alguém estranho à relação contratual. A despeito de tratar-se de responsabilidade aquiliana, não se prescinde de uma minuciosa análise do inadimplemento obrigacional, porquanto imperiosa à esmerada delimitação da extensão do dano a ser ressarcido e das demais consequências que se podem extrair desta insólita hipótese de responsabilidade civil.

Não estaremos diante de grandes dificuldades doutrinárias caso a responsabilidade civil do terceiro reporte-se ao inadimplemento absoluto da obrigação lesionada. É que o inadimplemento absoluto sempre revolverá ao completo perecimento da utilidade da prestação, aniquilando o conteúdo fundamental da relação obrigacional⁴²⁵. O inadimplemento absoluto determina o óbito patológico da obrigação⁴²⁶, seja pela superveniente impossibilidade de cumprimento objetivo da prestação⁴²⁷, seja pela perda da utilidade de tal prestação, mesmo quando esta ainda

⁴²⁵ “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7).

⁴²⁶ “O inadimplemento absoluto se caracteriza quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo. Nele existe uma inatuação importante – a falta atribuível ao devedor – irrecuperável.” (ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por incumprimento**. cit., p. 102).

⁴²⁷ “O não cumprimento definitivo da obrigação pode, com efeito, provir da impossibilidade da prestação (impossibilidade fortuita ou causal, imputável ao devedor ou imputável ao credor) ou da falta irreversível

possa ser cumprida pelo devedor⁴²⁸. Ambos os casos impedem a devida satisfação dos interesses do credor, importando em um intransponível óbice ao cumprimento do resultado útil programado⁴²⁹. Diz-se absoluto por traduzir uma inescapável falha do cumprimento da prestação que jamais recuperará a capacidade de entregar ao credor a utilidade pretendida – frustrando-lhe a apropriada satisfação de seus interesses.

Do prisma estritamente obrigacional, o inadimplemento absoluto importa apenas o dever indenizatório incumbido ao devedor. De fato, a decrepitude da utilidade da prestação retira-lhe qualquer possibilidade de satisfazer os interesses do credor – restando como única solução a reparação das perdas e danos⁴³⁰. Noutras palavras, diante da absoluta e definitiva ausência de utilidade no cumprimento da prestação, somente restará ao credor exigir o montante indenizatório correspondente às perdas e danos ocasionados pelo inadimplemento⁴³¹.

Do mais lato espectro contratual, abrem-se ao credor duas alternativas frente ao inadimplemento absoluto, dentre as quais não figura a possibilidade de exigir o cumprimento da prestação, pois esta fora sepultada pelo esvaimento de sua utilidade para o credor. Sendo bilateral o contrato no bojo do qual surgiu a obrigação descumprida, poderá o credor postular a resolução da relação contratual, determinando-se a restituição ao *status quo ante* e promovendo a indenização em face do devedor pelo interesse contratual negativo – valor do prejuízo caso o contrato não houvesse sido celebrado⁴³². Também poderá o credor preferir a manutenção da relação contratual,

de cumprimento, em alguns casos equiparada por lei à impossibilidade (art. 808º, 1).” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, v. 2, p. 64).

⁴²⁸ “Será absoluto se tiver faltado completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo a que o devedor se obrigou, seja a coisa, ou o fato, ou a abstenção, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2, p. 324).

⁴²⁹ “Como a utilidade deriva da capacidade de a coisa ou o ato satisfazer o interesse do credor, considera-se inútil a prestação quando o atraso ou as imperfeições ofendam substancialmente a obrigação, a provocar o desaparecimento do interesse do credor. Nota-se, portanto, que a utilidade da prestação acaba por se confundir com o próprio interesse do credor na prestação.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. cit., pp. 98-99).

⁴³⁰ “O não cumprimento (inadimplemento ou inadimplência do devedor) da obrigação tem, assim, como principal consequência, abstraindo da realização coactiva da prestação, nos casos em que ela é viável (art. 817º), o nascimento de um dever secundário de prestar que tem por objeto, já não a prestação devida inicial, mas a reparação dos danos causados ao credor.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 2, cit., p. 93).

⁴³¹ “Nesses casos, o prejuízo pode ser tanto danos emergentes quanto lucro cessantes, e o terceiro e o devedor passam a responder solidariamente pela sua reparação, na medida de sua extensão (valor da prestação devida, mais os eventuais danos, ou apenas os danos decorrentes da mora, quando a obrigação ainda seja possível de ser cumprida).” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 225).

⁴³² Cuidando de um exemplo no qual o credor ainda não cumpriu sua prestação – de entregar ações – e a prestação de seu devedor tornou-se impossível por culpa dele – devedor – tendo o credor escolhido a

exigindo do devedor a execução pelo equivalente cumulada com a indenização pelos interesses positivos⁴³³.

Com o inadimplemento absoluto, haverá o credor o direito correspondente ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes do incumprimento da prestação, competindo ao devedor que deixou de realizar a prestação o dever de reparar o dano causado⁴³⁴. O inadimplemento poderá acarretar o surgimento de prejuízos de ordem patrimonial ao credor, cabendo-lhe postular em face do devedor a compensação pelas perdas e danos⁴³⁵. Havendo a prova do dano ocasionado pelo incumprimento, exsurgerà uma obrigação consistente na reparação do prejuízo suportado pelo credor. Deverá o credor ser ressarcido não apenas pela efetiva redução patrimonial que o inadimplemento lhe acarretou, como também por aquilo que razoavelmente deixou de ganhar. A obrigação reparatória incumbida ao devedor abrangerá o dano emergente do inadimplemento, bem como o lucro cessante⁴³⁶. Estas rasas observações acerca das consequências do inadimplemento mostram-se imprescindíveis para a exata averiguação da extensão da responsabilidade do terceiro cúmplice.

É preciso repisar que o evento danoso decorre da conduta conjunta entre devedor e terceiro, pois ambos atuam em consórcio para o inadimplemento. A tutela externa do

resolução do contrato, Antunes Varela explica que: “Assim, se o credor ainda não tiver entregue as acções e quiser resolver o contrato, ele ficará desonerado da sua prestação; mas a indemnização, a que a lei se refere, terá por medida o valor do prejuízo que o credor não teria tido, se não fosse a celebração do contrato (interesse negativo, e não positivo).” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 2, cit., pp.111-112).

⁴³³ Depois de cuidar das hipóteses de inadimplemento absoluto decorrentes da impossibilidade da prestação e da perda da utilidade desta para o credor, Aline Terra informa que: “Em ambas as situações, pode o credor optar entre manter o contrato, promover a execução específica ou pelo equivalente – conforme o caso – e pedir perdas e danos, ou requerer a resolução cumulada com perdas e danos. Note-se que as consequências de uma ou outra opção são consideravelmente diversas. Neste último caso, o devedor deve restituir tudo o que eventualmente tenha obtido em razão da relação contratual e pagar perdas e danos; as partes devem voltar ao status quo ante. Já na primeira hipótese, o devedor mantém consigo os proveitos que obteve do credor, e lhe entrega a prestação ou o equivalente, acrescido das perdas e danos.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. cit., p. 78).

⁴³⁴ “A consequência, pois, do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de satisfazer o dano.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. cit., p.170).

⁴³⁵ “São perdas e danos, portanto, o equivalente do prejuízo que o credor suportou, em razão de ter o devedor faltado, total ou parcialmente, ou de maneira absoluta ou relativa, ao cumprimento do obrigado. Hão de expressar-se em uma soma de dinheiro, porque este é o denominador comum dos valores, e é nesta espécie que se estima o desequilíbrio sofrido pelo lesado.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 2, cit., p. 336).

⁴³⁶ Referindo-se à possibilidade de reparação do lucro cessante, ainda que consistente num dano futuro e potencial, Agostinho Alvim afirma que: “É uma questão de ângulo: se nos colocarmos no momento do pedido de indenização por prejuízo já consumado, podemos nos referir, com efeito, aos lucros que deixamos de ter. Mas, se nos colocarmos no momento do fato causador do dano, então, sim, os lucros cessantes são propriamente potenciais: a sua extensão depende ainda do desenrolar dos acontecimentos. Aqui eles representam ou podem representar um prejuízo futuro, que, não obstante, autoriza condenação atual, porque vem a ser a evolução de um fato prejudicial já devidamente verificado.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. cit., p. 174).

crédito não cria uma nova modalidade de danos a cargo do terceiro – prejuízos que se poderia pensar presentes apenas diante da intervenção do terceiro. A responsabilização do terceiro cúmplice tem por escopo tão somente chamá-lo para participar do dever indenizatório. Terceiro e devedor partilharão entre si a obrigação de reparação dos danos oriundos do inadimplemento, e o farão de modo solidário, conforme exposto em linhas transatas⁴³⁷. A extensão da indenização será averiguada de acordo com os danos concretamente ocasionados pelo incumprimento, ensejando a análise das circunstâncias e vicissitudes do inadimplemento para a esmerada identificação do dano sofrido. Ainda que a interferência do terceiro possa ter permitido uma majoração dos prejuízos, esta será apenas uma circunstância ocasional do inadimplemento e o montante da indenização será obtido considerando-se todos os danos efetivamente sofridos⁴³⁸. Independente da extensão dos danos, devedor e terceiro responderão solidariamente pela indenização em virtude de sua cumplicidade na causação do inadimplemento.

Cumprido destacar que o legislador estipulou uma medida específica de reparação incumbida ao terceiro interferente para os casos de aliciamento do devedor nos contratos de prestação de serviços⁴³⁹. É o que se infere da parte final do *caput* do artigo 608 do Diploma Civilístico. Trata-se de uma fixação da indenização realizada previamente pelo legislador, consistente na soma correspondente a dois anos da prestação devida a prestador de serviço⁴⁴⁰. Constitui-se em vero benefício a favor do credor lesado, como uma cláusula legal de prévia fixação do montante indenizatório⁴⁴¹.

⁴³⁷ Remete-se ao estudo do nexo de causalidade realizado no item 2.3 do capítulo antecedente.

⁴³⁸ “A principal sanção estabelecida para o não cumprimento consiste, portanto, na obrigação imposta ex lege ao devedor de indemnizar o prejuízo causado ao credor. Este prejuízo compreende tanto o dano emergente como o lucro cessante (art. 564º) – todo o interesse contratual positivo, na hipótese de a obrigação provir de contrato – e é determinado em função dos danos concretamente sofridos pelo credor. As prestações perfeitamente iguais podem, assim, corresponder indemnizações absolutamente distintas, desde que sejam diferentes os danos causados pelo não cumprimento a um e a outro dos credores.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 2, cit., p. 93).

⁴³⁹ “Vale dizer, o prestado de serviços é responsável, contratualmente; e o terceiro ou terceiros são responsáveis, extracontratualmente, sendo certo que a penalidade prevista no art. 608 aplica-se apenas neste último caso.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. cit., p. 212).

⁴⁴⁰ “A interpretação do art. 608 do CC/2002 exige um conhecimento prévio do contrato anterior, a vontade manifesta de aliciar, embora a lei dispense a prova do prejuízo na medida em que pré-fixou a indenização.” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. cit., p. 96).

⁴⁴¹ Em sentido oposto, Teresa Ancona Lopez afirma que o dispositivo encontra-se imbuído por um espírito eminentemente punitivo: “Por outro lado, essa indenização é preestabelecida e tem caráter de penalidade. O texto é claro. Havendo aliciamento deverá ser efetuado o pagamento da importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, caberia durante dois anos. Trata-se de reparação exemplar, estabelecida à forfait.” (LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial: Das várias espécies de contratos. v. 7, cit., p. 238).

Uma vez comprovada a existência do prejuízo ocasionado ao tomador, dispensa-se a prova da extensão dos danos, sendo-lhe possível exigir aquela quantia legalmente estipulada⁴⁴². Todavia, tal prefixação legal não deve assumir o condão de limitar a adequada indenização dos danos efetivamente sofridos pelo tomador⁴⁴³. Permite-se que o credor lesado postule a reparação integral dos prejuízos sofridos, desde que comprove a extensão dos aludidos danos⁴⁴⁴. A prefixação inculpada no aludido dispositivo funciona tão somente como diretriz indenizatória, prescindindo-se a averiguação acerca da extensão dos danos. No entanto, se o tomador pretender valor superior àquele estipulado pela cláusula legal, deverá demonstrar a real extensão dos danos suportados.

3.2 A possibilidade de configuração do inadimplemento relativo

Resta-nos saber se a responsabilidade civil do terceiro poderá relacionar-se ao inadimplemento relativo da obrigação lesionada, devendo-se indagar se a conduta praticada por devedor e terceiro tem o condão de ensejar a mora da obrigação violada. Ao contrário do inadimplemento absoluto, a mora consiste no cumprimento inadequado e deficiente da prestação sem que se determine o absoluto aniquilamento da utilidade da prestação⁴⁴⁵. Apesar de cumprida defeituosamente e de modo equivocado, ainda persistirá a possibilidade de atendimento aos interesses do credor, pois o

⁴⁴² “Para que se configure o aliciamento, é fundamental que o terceiro tenha induzido o prestador de serviço a trabalhar com ele e que o locatário sofra prejuízo decorrente do ajuste desfeito.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2, cit., p. 339).

⁴⁴³ “Ressalve-se, no entanto, que o valor indenizatório previsto no referido art. 608, que constitui uma penalidade legal pela interferência ilícita, não constitui o limite máximo indenizatório. Se o prejuízo real do contratante inocente for superior ao montante previsto na referida norma, poderá ele postular a condenação da sua contraparte e do terceiro ao pagamento de todos os prejuízos efetivamente sofridos, em decorrência do princípio da plena reparação dos danos (art. 944 do Código Civil).” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 107).

⁴⁴⁴ “A consequência do aliciamento é que o terceiro que o realiza deve indenizar o beneficiado pela prestação de serviço – locatário – pelo valor que corresponde a dois anos de salário ou retribuição devida ao prestador de serviço, estabelecendo o legislador verdadeira prefixação das perdas e danos. A limitação da indenização por rompimento do contrato não é absoluta. Pode o locatário requerer uma majoração deste montante se provar que o aliciamento e o consequente desfazimento do contrato de prestação de serviços causou uma perda muito maior do que aquela que se impõe a título de pagamento.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2, cit., p. 340).

⁴⁴⁵ “Mora, ao contrário do inadimplemento absoluto, ocorre quando a prestação, apesar de não ter sido oportunamente adimplida enquanto devida, ainda poderá ser executada de forma útil para o credor.” (SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 466).

inadimplemento relativo preserva a utilidade da prestação, que ainda poderá ser cumprida para satisfazer os interesses do credor⁴⁴⁶. Este cumprimento defeituoso não tem o condão, portanto, de fulminar a relação obrigacional, a qual poderá remanescer para atender aos interesses do credor e atingir o resultado útil programado⁴⁴⁷. Resiliência da utilidade da prestação é a marca distintiva da mora, permitindo-se que o credor postule a execução *in natura* da prestação avençada⁴⁴⁸.

Neste diapasão, o inadimplemento relativo admite a execução específica da obrigação. Se o cumprimento da prestação ainda guarda utilidade para o credor, este poderá compelir o devedor a executá-la – através de mecanismos de cumprimento compulsório dispostos pelo Estado-juiz – bem como a ressarcir os prejuízos que a mora lhe acarretou⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ “Ao lado destes casos, há situações de mero retardamento, dilação ou demora da prestação. A prestação não é executada no momento próprio, mas ainda é possível, por continuar a corresponder ao interesse do credor. Pode este ter sofrido prejuízo com o não cumprimento, em tempo oportuno; mas a prestação ainda mantém, no essencial, a utilidade que tinha para ele.” (VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 2, cit., p.64).

⁴⁴⁷ Falamos em cumprimento defeituoso tendo em mira a amplitude concedida à mora pelo legislador brasileiro. Esta não se relaciona apenas ao cumprimento tardio da prestação, mas também abarca as hipóteses de cumprimento inadequado – em desacordo com o modo ou o local designado pelo programa obrigacional. Ainda que cumprida no tempo azado, a prestação entregue em contrariedade ao modo avençado ensejará o inadimplemento relativo. É o que explica Aline Terra: “No direito brasileiro, o legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar não apenas a violação ao prazo, como também ao lugar e à forma contratualmente fixados. Sendo assim, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor, culposamente, não observa o lugar em que deve prestar, ou presta de forma diversa da pactuada.” E a autora ainda remata: “A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da prestação devida, uma vez que esta não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, neste caso, atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de prestação bem como os de conduta.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. cit., p. 103).

⁴⁴⁸ “Não se verificando a satisfação voluntária da obrigação, cabe ao credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património de devedor. É o que se designa por realização coactiva da prestação (arts. 817º a 830º). Note-se, contudo, que o cumprimento específico da obrigação, obtido por via judicial, só em casos particulares e quando haja simples mora será possível.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. cit., pp. 956-957); “Conclui-se do exposto que, antes de recorrer à indemnização, pode o credor socorrer-se da execução específica, através da qual obtém a realização do próprio direito e não a mera reparação do dano. Esta, como dissemos, é um último recurso e um sucedâneo da prestação originária, que substitui. A execução específica, deste modo, revela-se uma tutela mais adequada e eficaz, satisfazendo melhor os interesses do credor, na medida em que o processo executivo actua e garante o próprio cumprimento. Apesar disso, a execução específica não constitui uma panaceia capaz de resolver todos os problemas. O cumprimento, por via coactiva, só é possível em face de situações de simples mora; não já, porém, em caso de incumprimento definitivo, ou por impossibilidade superveniente da prestação, ou pelo desaparecimento do interesse do credor no cumprimento retardado.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 37-38).

⁴⁴⁹ “No caso de mora do devedor, a indenização, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de inadimplemento absoluto, não tem o condão de substituir a prestação devida. Isto porque, se a prestação ainda for útil para o credor, ele poderá exigir a execução da prestação, cumulada com a indenização pelos

Rememore-se que a conduta adotada pelo terceiro consiste num contrato entabulado com o devedor, sendo esta convenção plenamente incompatível com o adequado cumprimento da obrigação lesionada. Conforme consignou-se no estudo da conduta, a violação ao crédito alheio decorrerá da incongruência com a nova obrigação firmada entre devedor e terceiro. Considera-se aviltado o crédito alheio porquanto o devedor assumiu perante terceiro uma obrigação que não se coaduna com o cumprimento da relação obrigacional pretérita instituída com a vítima. Noutras palavras, o cumprimento da obrigação ulterior – firmada com o terceiro – impede que o devedor realize *adequadamente* a obrigação estipulada anteriormente⁴⁵⁰. O cumprimento da obrigação posterior firmada com o terceiro deverá caracterizar a impossibilidade de escoreito atendimento dos interesses do credor lesado. Isto significa dizer que, enquanto subsistir o contrato celebrado entre devedor e terceiro, não haverá possibilidade de cumprimento adequado da obrigação originária. Aquele contrato ulterior é de tal monta incongruente com a obrigação violada que a sua existência acarretará ou o completo esvaziamento da obrigação pretérita – culminando-se com o inadimplemento absoluto – ou a impossibilidade de cumprimento adequado da prestação – acarretando o inadimplemento relativo. De todo modo, enquanto subsistir o contrato ulterior, haverá um óbice intransponível ao atingimento do resultado útil pretendido e dos interesses do credor. Caso a interferência acarrete apenas o cumprimento defeituoso da obrigação originária, somente será possível cogitar a realização do cumprimento integral, ainda que tardio, caso o contrato entre devedor e terceiro seja afastado.

Neste diapasão, enquanto a relação contratual entre devedor e terceiro subsistir, não restará mais qualquer interesse creditório no cumprimento da obrigação lesionada. Assim, admitindo-se a extirpação do contrato entre devedor e terceiro – seja pela sua

prejuízos causados pela mora do devedor.” (SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. cit., p. 468).

⁴⁵⁰ Pode-se considerar como interferente a conduta do terceiro que inviabiliza o normal desempenho do devedor na obrigação original: “Portanto, existem terceiros a quem se imputam direitos e deveres laterais de conduta, ou seja, os deveres derivados da concreção da cláusula geral de boa-fé objetiva. Assim, certos terceiros necessitam estar sob a proteção e cuidado das partes ao desempenharem sua prestação. Por um lado, esse comportamento, perante o terceiro, propriamente falando não é cumprimento de obrigação, mas respeito ao direito de ter atenção à sua pessoa e ao patrimônio. Por outro lado, o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes. Neste último sentido, o terceiro não pode se associar a uma das partes para descumprir com a obrigação. Nesse caso, seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. cit., p. 51).

nulidade ou mesmo pela sua inoponibilidade ao credor⁴⁵¹ – seria possível vislumbrar alguma residual utilidade no cumprimento da obrigação original. Portanto, somente se cogitará da mora na responsabilidade civil do terceiro cúmplice caso se promova o afastamento do contrato existente entre terceiro e devedor. Desconsiderada tal relação contratual, render-se-ia ensejo à averiguação de alguma latente utilidade na obrigação preterida, cuja existência permitiria a persecução da execução específica perante o devedor e a satisfação reparatória dos prejuízos oriundos da mora perante terceiro e devedor.

3.2.1 Nulidade da contratação entre devedor e terceiro

Este afastamento do contrato estabelecido entre terceiro e devedor – indispensável para uma eventual execução específica – pode ocorrer tanto pelo reconhecimento de sua nulidade quanto pela instituição de sua inoponibilidade face ao credor lesado. Não se pretende assinalar a invalidade do contrato entabulado entre terceiro e devedor apenas para promover a tutela dos interesses do credor, algo que não se coadunaria com a disciplina estreita das nulidades. A invalidade do contrato deverá ser averiguada de acordo com as diretrizes instituídas pelo sistema legal de nulidades e enquanto instrumento de proteção do interesse público e da higidez dos negócios jurídicos, não já como mecanismo de promoção dos interesses do credor⁴⁵². Assim é que a nulidade não poderá se revestir como ferramenta unicamente direcionada à execução específica na hipótese de tutela externa do crédito.

Neste cenário, a nulidade poderá auxiliar o credor a alcançar a realização da prestação devida desde que o contrato estabelecido entre devedor e terceiro padeça de

⁴⁵¹ Retratando especificamente a tendência francesa, E. Santos Júnior afirma que: “A interferência fautive do terceiro, engendra a sua responsabilidade civil, que se efectiva, de princípio, pela condenação do terceiro em dommages-intérêts, isto é, pela condenação do terceiro ao pagamento de uma indemnização pecuniária, correspondente ao valor dos danos causados – indemnização por equivalente. Mas, em certos casos, entende-se que a sanção mais adequada é a nulidade ou a inoponibilidade do contrato através do qual se produza a interferência.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 343).

⁴⁵² Fabrício Carvalho, reportando-se aos franceses revela que a nulidade poderia se revestir como mecanismo hábil à proteção do crédito, em contrariedade ao que se defendeu no texto: “Em França, a doutrina vem se inclinando no sentido de que nas hipóteses em que o terceiro é cúmplice do devedor na violação ao direito de crédito ocorrerá a nulidade do segundo contrato incompatível firmado entre aqueles, sendo que esta nulidade constituirá um modo de reparação em espécie, eis que, com o reconhecimento da invalidade, poderá haver a satisfação do direito do credor através da intervenção judicial.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 126).

alguma das causas de nulidade previstas no Diploma Civil. Portanto, somente diante da estrita observância de uma causa de nulidade é que será admissível o afastamento do contrato entre devedor e terceiro pelos mecanismos da invalidação, permitindo, conseqüentemente, uma eventual execução específica – se ainda persistir a utilidade da prestação da obrigação lesionada. Repise-se, pois, que a nulidade poderá auxiliar na integral satisfação dos interesses do credor lesado, não como medida direcionada exclusivamente a este fim, mas apenas quando constar alguma causa nulificante do negócio jurídico. Uma das hipóteses legais de decretação da nulidade do negócio jurídico que se aproxima sobremaneira aos eventos pertinentes à responsabilidade civil do terceiro cúmplice é aquela da ilicitude do motivo determinante entre as partes⁴⁵³, culminando-se com a nulidade do contrato diante da averiguação do concreto intuito pernicioso comum a ambas as partes⁴⁵⁴, extrapolando em muito as exigências desenhadas pelos elementos subjetivos da conduta do terceiro cúmplice para a configuração de sua responsabilidade civil. Isto porque a proclamação da nulidade exigiria uma investigação conclusiva e cabal acerca da intenção dos contratantes – devedor e terceiro – sendo mesmo imprescindível para a sua invalidade que o contrato tenha sido estipulado com o escopo exclusivo de prejudicar o credor⁴⁵⁵.

Neste diapasão, o esfacelamento do segundo contrato mediante o reconhecimento de sua nulidade somente ocorrerá diante de uma das causas legais de invalidade do negócio jurídico. A mera decretação de nulidade realizada tão somente para permitir uma tutela do crédito mais efetiva e satisfatória não merece grassar em um ordenamento jurídico cujo sistema de invalidades fora desenhado pelo legislador em termos tão cerrados e estritos. Desta forma, apenas em face de uma das causas legais de nulidade é que se poderá considerar o negócio jurídico entabulado entre devedor e

⁴⁵³“Entretanto, quando não for possível a aplicação da pena de nulidade absoluta do segundo contrato com base no artigo 166, III, do Código Civil, a inoponibilidade do mencionado contrato em relação ao credor subsistirá como soldado de reserva para garantir a possibilidade de execução específica em relação ao devedor e ao terceiro interferente, ressalvados os direitos de eventuais sub-adquirentes de boa-fé.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 130)

⁴⁵⁴ “Na primeira hipótese, em sede das causas de invalidade dos negócios jurídicos e considerando o regime estabelecido no CC, parece não oferecer dúvida de que, no caso de o contrato incompatível haver sido celebrado pelo devedor e pelo terceiro exclusivamente (ou, pelo menos principalmente) com o objetivo de prejudicar o credor, o contrato será nulo, nos termos do art. 281º do CC: com ou por meio desse negócio, as partes prosseguem um fim ilícito – é ilícita a lesão intencional de direitos subjectivos alheios – e comum a ambas as partes.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 567-568).

⁴⁵⁵ “Outra causa de nulidade do negócio jurídico é a existência de um motivo determinante, ilícito comum a ambas as partes. Os motivos são fatos psicológicos, via de regra irrelevantes para o direito, quer porque não se manifestam, quer porque o declarante deles não faz depender a realização do negócio. Só viciam a declaração de vontade quando expressas como razão determinante (CC, art. 140).” (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. cit., p. 519).

terceiro como inquinado de vício insanável a exigir a dissolução do contrato, permitindo, eventualmente, que o credor lesado promova a execução específica da prestação perante seu devedor. Não se pode admitir decretação da nulidade deste segundo contrato apenas com o desiderato de possibilitar a persecução integral dos interesses do credor, mercê de tal hipótese não se encontrar insculpida dentre as causas legais de nulidade.

3.2.2 Inoponibilidade da contratação entre devedor e terceiro face ao credor lesado

Menos radical e drástico é o reconhecimento da inoponibilidade do segundo contrato em face do credor. Diante das limitações impostas à possibilidade de decretação da nulidade do segundo contrato, mostrar-se-ia mais conveniente vislumbrar a sua inoponibilidade frente ao credor. Com esta medida mantém-se a validade do aludido contrato, admitindo-se, *pari passu*, que o credor promova a realização de seus interesses de modo mais adequado e satisfativo, através da execução específica da obrigação⁴⁵⁶.

Deveras, conceber o contrato firmado entre terceiro e devedor como inoponível face ao credor lesado parece solução assaz condizente com as premissas dogmáticas que permitiram a responsabilização do terceiro ofensor⁴⁵⁷. Consignou-se que a transgressão ao dever de abstenção imposto ao terceiro ocorre por meio do exercício abusivo de sua liberdade contratual, ocasionando, por seu turno, a lesão ao crédito alheio. Caso a única resposta que o ordenamento pudesse oferecer para a tutela do crédito fosse a reparação indenizativa pelos danos sofridos, estar-se-ia diante de um mecanismo defasado e inócuo de proteção à situação jurídica violada pelo ato abusivo. A simples indenização

⁴⁵⁶ “Na verdade, trata-se de considerar inoponível ao credor o contrato celebrado em seu detrimento pelo devedor e pelo terceiro de má-fé, sendo esta inoponibilidade que viabiliza a execução específica do direito de crédito violado.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 129)

⁴⁵⁷ Cumpre destacar o escólio de Alvino Lima, que pugna pela inoponibilidade do contrato estabelecido entre devedor e terceiro, pela via da ação pauliana. Para o aludido autor, a hipótese analisada de interferência no crédito alheio caracterizaria fraude, admitindo-se o recurso analógico à ação pauliana: “No caso em exame, a impossibilidade da prestação decorre dos efeitos do segundo ato jurídico praticado pelo devedor e o terceiro, em fraude do credor. Aquela mesma impossibilidade da prestação, por força da insolvabilidade, que autoriza a ação pauliana, é a mesma que deve autorizar a pauliana, no caso do segundo contrato violador do primeiro. A ação pauliana decorre, pois, da impossibilidade da prestação a favor do credor, em virtude da fraude do credor e do terceiro, qualquer que seja a causa desta impossibilidade imputável aos seus causadores. Em qualquer hipótese, a pauliana visa repor as coisas no seu estado anterior, protegendo os direitos do credor.” (LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. cit., p. 21).

pelas perdas e danos decorrentes da segunda contratação não é resposta que se coaduna ao repúdio que o ordenamento reserva ao exercício abusivo de direitos. Se o abuso somente pudesse se resolver pelas perdas e danos, aquele que pratica o ato abusivo teria a certeza de que seus interesses – ainda que não merecedores da tutela do ordenamento – seriam plenamente atendidos pela manutenção do ato praticado com abuso, cabendo-lhe apenas uma reparação pecuniária pelos danos ocasionados. O ofensor mais abastado não se impressionaria com o óbice imposto pela aludida reparação e permaneceria promovendo atos abusivos em detrimento de interesses legítimos que exigem a tutela do ordenamento. Considerar a reparação indenizatória como a única resposta contra o exercício abusivo de um direito implicaria, a um só tempo, impossibilitar a promoção e adequada tutela dos interesses lesados pelo ato abusivo, bem como estimular o terceiro a praticar tais atos, reconhecendo-lhe a possibilidade de exercer direitos abusivamente, desde que arque com alguma quantia indenizatória.

Nesta toada, a tutela concedida pelo ordenamento ao interesse creditório lesado somente será adequada se houver a desconsideração do ato abusivo, consentânea ao reconhecimento da inoponibilidade do segundo contrato ao credor. Reputar como abusivo o exercício da liberdade contratual em detrimento dos legítimos interesses do credor acarretará a necessidade de um regime de inoponibilidade do segundo contrato – decorrente daquele ato abusivo – perante o credor lesado. O contrato formulado em violação aos interesses do credor não deverá surtir efeitos contra este. Esta propaganda desconsideração dos efeitos do segundo contrato perante o credor admite a consecução da execução específica da obrigação violada – promovendo-se em plenitude a tutela dos interesses lesados. A engenhosa construção da inoponibilidade do contrato firmado entre devedor e terceiro perante o credor lesado parece-nos solução de grande calibre dogmático, capaz de permitir a satisfação integral do crédito alheio pelos meios de execução da prestação originalmente pactuada, bem como igualmente capaz de repudiar o exercício abusivo da liberdade contratual.

Esta operação consistente na desconsideração do ato abusivo por intermédio da inoponibilidade do segundo contrato afigura-se medida austera e condizente com os anseios tutelares do ordenamento direcionados à preservação e promoção daqueles interesses reputados legítimos à luz da legalidade constitucional. Parece que tal expediente funcionará de modo satisfatório quando estivermos em face de créditos decorrentes de obrigações de fazer ou não fazer. Em tais hipóteses, será possível considerar o segundo contrato inoponível ao credor, o qual deixará de constituir óbice à

realização da prestação original, porquanto finda aquela incongruência existente entre as obrigações em pauta. Considerar o segundo contrato inoponível ao credor lesado implicará no afastamento da incompatibilidade entre as obrigações e permitirá que o credor exija de seu devedor o cumprimento da prestação, desde que ainda lhe reste alguma utilidade no adimplemento tardio. Cuida-se de uma restrição à eficácia do segundo contrato no que concerne ao credor lesado. O negócio jurídico entabulado entre devedor e terceiro não é abalado em sua validade, mas sofrerá uma limitação quanto à produção de efeitos, expressão de ineficácia relativa do contrato⁴⁵⁸. Esta é a consequência do reconhecimento do abuso no exercício da liberdade contratual do terceiro. Ao sujeito lesado pelo exercício abusivo de um direito não devem ser opostos seus efeitos⁴⁵⁹. Conforme já se asseverou neste estudo, a descoberta acerca da abusividade do exercício do direito de contratar somente ocorrerá mediante a realização de uma ponderação entre os interesses em jogo, restando repugnado pelo ordenamento o interesse lesivo apenas em decorrência do adequado cotejo das circunstâncias do caso concreto. Diante das vicissitudes da situação fática e dos parâmetros de atuação designados pela boa-fé objetiva será possível determinar se o exercício do direito ocorre de maneira abusiva, rejeitando-se apenas que a liberdade de contratar seja exercida em contrariedade aos postulados de lealdade instituídos pela boa-fé objetiva, cominando-lhe a pecha da ineficácia relativa, travestida pela inoponibilidade do ato abusivo⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸“A inoponibilidade (também denominada ineficácia relativa e nulidade relativa) ocorre quando o ato é perfeito entre os contratantes e ineficaz apenas contra um terceiro, em virtude de ter esse terceiro direitos próprios sobre o objeto do contrato.” (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Ineficácia**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 80).

⁴⁵⁹ “O que vale dizer que a sanção do acto abusivo é variável e deve ser determinada, consequentemente, caso por caso. Assim, umas vezes haverá lugar à reparação natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito e nem sequer ela será forçosamente afastada pela natureza não patrimonial do dano causado pelo acto abusivo; outras vezes, será apenas admissível a indemnização pecuniária, quer na forma de uma certa quantia em dinheiro, quer na de renda. Mas para além da responsabilidade civil ou até a ela cumulada, poderá descobrir-se toda uma infinda gama de sanções que, essas sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do acto abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito: desde a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do acto ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até o reestabelecimento da verdade ou da realidade dos actos com ele conexos, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta da forma exigida, concedendo a *exceptio doli generalis* ou *specialis*, recusando a acção de anulação ou mantendo em vigor a relação.” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. cit., pp. 647-648).

⁴⁶⁰ “A ineficácia de um determinado ato abusivo, ou do direito de que é titular aquele que dá causa a um ato abusivo, não se confunde com uma rejeição absoluta daquela prerrogativa jurídica – sobretudo se for considerado que estava originalmente prevista de modo regular pelo ordenamento jurídico. O que ocorre é a rejeição de um determinado modo de exercício, que dá causa à ineficácia do próprio direito, ou que resulte do seu exercício, circunscrito às condições concretas em que este se deu, não configurando a partir daí uma eficácia (ou ineficácia) generalizante, nem tampouco a supressão definitiva do direito a que se

Poderá o credor insurgir-se contra a manutenção do vínculo obrigacional estatuído entre devedor e terceiro, aduzindo a aludida inoponibilidade do contrato. Remarque-se que apenas aquela obrigação incompatível com os interesses do credor é que restará ineficaz, resguardando a validade e eficácia de todos os demais aspectos e elementos do segundo contrato. De fato, o contrato entre devedor e terceiro não se resume àquela obrigação inconciliável e incongruente com o crédito violado: certamente também ostentará obrigações a cargo do terceiro perante o devedor – cuidando-se de contrato bilateral na maioria das vezes – bem como um complexo de situações jurídicas. Haverá apenas a impossibilidade de cumprimento daquela prestação que se mostrar impossível com a obrigação violada, preservando-se a relação contratual em seu espectro geral. De todo modo, atribui-se ao credor lesado a possibilidade de postular o impedimento de prossecução da obrigação incompatível, tendo em mira a residual utilidade no cumprimento da obrigação previamente pactuada – aquela instituída entre credor e devedor e que restou violada pelo contrato realizado com o terceiro ofensor.

É o que aconteceu no caso *Lumley v. Gye*, já retratado neste trabalho. Rememore-se que *Lumley* obteve uma medida de injunção com o escopo de impedir que *Johanna Wagner* se apresentasse no teatro de seu rival. Assim é que *Lumley* – credor lesado – valeu-se na inoponibilidade do contrato que seu devedor havia formado com seu rival para impedir que *Johanna Wagner* – sua devedora – realizasse a prestação incompatível com seus interesses⁴⁶¹. A medida paralisou os efeitos do ato abusivo, obstando a perpetração de maiores danos ao credor, supondo-se que a eventual apresentação da artista no teatro rival abalaria sobremaneira a credibilidade e reputação do credor que havia anunciado uma atração artística que acabaria por se apresentar em seu concorrente.

Pode-se mesmo cogitar da utilização de medidas inibitórias, com o escopo de impedir a propagação do dano resultante do cumprimento da segunda contratação⁴⁶². A

tenha, sob determinadas circunstâncias, tornado ineficaz.” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**. cit., p. 188).

⁴⁶¹ “L’injunction è uno dei rimedi più richiesti contro il terzo, perché serve a prevenire l’interferenza del terzo, o cominque il prodursi del danno. La ragione del successo di questo rimedio è evidente: il contraente há più interesse ad evitare che si verifichi il danno, piuttosto che ad ottenere una somma di denaro che, difficilmente, sarebbe satisfativa.” (TEDESCHI, Bianca Gardella. **L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um’indagine comparatistica. cit., p. 181).

⁴⁶² “Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano

tutela inibitória intenta obstar o exercício do ato abusivo antes mesmo de sua prática⁴⁶³. Imagine-se o caso da publicidade realizada pelo famoso cantor para duas cervejarias rivais. Caso a cervejaria credora soubesse da existência da contratação de seu devedor por sua concorrente antes que esta veiculasse o anúncio propagandístico, ser-lhe-ia admissível o manejo de alguma medida inibitória com o fito de impedir que a propaganda rival viesse a público, o que, de certo, minoraria os danos suportados pelo credor, e ainda possibilitaria que este utilizasse a via da execução específica, com o desiderato de satisfazer integralmente seus interesses⁴⁶⁴.

Uma vez obstruído o cumprimento da obrigação incompatível por intermédio do reconhecimento de sua inoponibilidade ao credor lesado, este poderá promover a execução específica da prestação que lhe é devida, se ainda lhe restar alguma utilidade no cumprimento da obrigação. Tratando-se de obrigação de fazer constituída *intuitu personae debitor*, reconhece-se a impossibilidade de execução específica, pois os mecanismos de coerção capazes de impingir o devedor a cumprir a prestação não podem consistir em debilidade da liberdade do devedor⁴⁶⁵. O momento patológico da obrigação personalíssima – aquela cuja prestação somente poderá ser cumprida pela pessoa do devedor – acarretará tão somente em indenização pelas perdas e danos, impedindo-se que o credor pretenda a execução específica⁴⁶⁶. Este foi o desfecho do caso *Lumley v. Gye*, em que *Lumley* impediu que *Johanna Wagner* se apresentasse no

ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 36).

⁴⁶³ “A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. cit., pp. 38-39).

⁴⁶⁴ “Deve-se considerar que há grande utilidade prática na aplicação da tutela aquiliana do direito de crédito, especialmente porque o credor pode tomar medidas judiciais para fazer cessar o ato ilícito praticado pelo terceiro, assim como pode pleitear indenização em face dele, no caso de o patrimônio do devedor mostrar-se insuficiente para ressarcir os danos causados.” (URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros*. cit., p. 217).

⁴⁶⁵ “Por outro lado, há um importante leque de obrigações – aquelas em que a prestação é infungível – em que a execução específica poderia atentar contra direitos fundamentais, cujo respeito impede que se exerçam medidas coativas sobre a pessoa do devedor, em ordem a salvaguardar a liberdade e a dignidade do homem: *nemo potest praecise cogi ad factum*.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. cit., p. 38).

⁴⁶⁶ “Se a obrigação for personalíssima, converte-se a recusa na composição das perdas e danos. Não sendo lícito ao credor obter um comando judicial imperativo, pois que ninguém pode ser compelido à prática de um ato especificamente (*nemo ad factum praecise cogi poteste*), e não se comprazendo a ordem jurídica com o descumprimento voluntário da obrigação, o artigo estabelece a transformação da prestação no ressarcimento do prejuízo (*id quod interest*) sobre que passa a incidir o dever de prestar.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 2, cit., p. 60).

teatro de *Gye*, conquanto não ter logrado promover a execução específica mercê da recusa da cantora em apresentar-se em sua casa de espetáculos⁴⁶⁷.

Passamos a ilustrar as dificuldades atinentes à aplicabilidade do regime de execução específica nas hipóteses de tutela externa do crédito com um caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁶⁸. O organizador do campeonato carioca de futebol promove publicidade estática nas arenas onde realiza os eventos do certame esportivo. A sociedade publicitária Sportplus Marketing Esportivo S.A., incumbida da realização das cessões de direitos de exibição de publicidade estática para o aludido campeonato de ludopédio, cedeu direito de exibição publicitária à Cervejaria Petrópolis S.A., a qual passaria a ostentar suas marcas nas placas de publicidade dos estádios do campeonato carioca de balípedo por três edições da competição. Todavia, a companhia Sportplus Marketing Esportivo rescindiu unilateralmente o contrato de cessão de direitos de exibição publicitária há apenas um mês do início do campeonato. A aludida rescisão ocorreu imotivadamente e deu-se mediante o pagamento de substancial quantia estipulada em cláusula penal compensatória. Ato contínuo, a referida sociedade publicitária celebrou contrato de cessão de direitos de exibição de publicidade com a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, notória concorrente da Cervejaria Petrópolis S.A. Inconformada, a Cervejaria Petrópolis S.A. promoveu ação ordinária em face da sociedade publicitária Sportplus com o escopo de declarar a nulidade do ato unilateral de rescisão unilateral do contrato entre elas estabelecido.

Cumpra-se destacar que a demanda fora ajuizada apenas em face da Sportplus Marketing Esportivo S.A. – considerada como devedora para os fins deste trabalho – não abrangendo em seu polo passivo a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV – que mais uma vez assume a figura de terceiro cúmplice. A autora postulou a concessão de tutela antecipatória, medida jurisdicional que fora indeferida pelo

⁴⁶⁷ Confira-se as soluções adotadas no aludido caso, já retratadas no corpo do texto: “Lumley conseguiu obter, então, uma injunction, determinando a Wagner que não cantasse no teatro de Gye. Mas Wagner, não cantando no teatro de Gye, nem mesmo assim se decidiu a cantar no teatro de Lumley. Este, por fim, intentou uma ação por danos, em que invocou ter Gye, maliciosamente, induzido Wasgner, primeiro, a incumprir o contrato com ele celebrado e, após a referida injunction, a continuar a recusar-se a cumpri-lo. Lumley ganhou a ação; Gye foi condenado a indenizá-lo. O tribunal, obviamente, reconheceu que a cantora não era uma serva ou criada, que não estava, pois, em causa uma relação ‘amo-criado’ (master-servant); mas, por uma maioria de três juízes contra um, entendeu que aquele princípio do aliciamento de um servo ou criado, tal como resultava do Statute of Laboueurs e do posterior desenvolvimento do Direito, deveria ser estendido ao caso.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 273).

⁴⁶⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0004329-02.2013.8.19.0000. Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem, julgado em 13.03.2013.

magistrado de piso, ensejando a interposição de agravo de instrumento. Na análise do aludido recurso, a Corte de Justiça fluminense reputou abusiva a rescisão praticada pela Sportplus. Escudando-se no princípio da boa-fé objetiva e na proteção da confiança – remetendo inclusive à teoria do terceiro ofensor, a despeito da ausência da AMBEV no polo passivo – o Tribunal entendeu abusiva e contraditória a conduta praticada pela Sportplus Marketing Esportivo S.A., valendo-se da vedação aos comportamentos contraditórios e da proteção da legítima confiança para considerar inválida a rescisão contratual. É o que se infere do seguinte excerto do acórdão que decidiu à unanimidade a controvérsia:

“Além disso, anote-se que não é imputado à agravante qualquer conduta lesiva ou descumprimento de cláusulas contratuais a ensejar a ruptura in limine do vínculo, com graves prejuízos e repercussões a seus direitos. A conduta da agravada em resilir unilateralmente e de forma desmotivada o vínculo negocial frustrando sua própria execução revela-se comportamento contraditório. Lembre-se que se exige a boa-fé objetiva não somente na formalização do contrato, mas também em toda a sua vigência, afastando-se rituais de promiscuidades comerciais e exigindo-se ética nas relações interempresariais, fruto, invariavelmente, de decisões dos seus administradores.”

Decretada a abusividade da rescisão unilateral desmotivada, o Tribunal determinou o cumprimento coativo do contrato originário com a estipulação de *astreintes* em elevado valor para que as arenas do campeonato carioca de futebol ostentassem placas de publicidade com a marca da Cervejaria Petrópolis S.A.

Note-se que a Cervejaria Petrópolis S.A. não convocou à lide o terceiro ofensor, restringindo a controvérsia ao inadimplemento perpetrado pelo devedor. A despeito de reconhecer a participação maliciosa do terceiro no rompimento do contrato, não houve qualquer discussão efetiva acerca da responsabilidade do terceiro, mercê de sua ausência da relação processual. No entanto, as medidas de execução coativa adotadas pelo Tribunal tomaram como relevante a intervenção do terceiro.

Pode-se questionar a consideração da conduta do devedor como contraditória – diante da ausência de elementos fáticos no relato desenvolvido no acórdão que demonstrassem uma efetiva quebra no padrão de conduta esperado pelo credor. No entanto, a solução judicial adotada não parece se coadunar com as balizas paramétricas esculpidas ao longo do segundo capítulo. As vicissitudes reveladas pelo caso concreto parecem demonstrar um ambiente de ampla concorrência no qual os agentes do mercado encontram-se livres para negociar a realização de propagandas. Este fato parece bem delineado pela estipulação de cláusula penal em elevado valor, assinalando que a possível interferência de terceiro – que oferecesse melhores condições ao realizador da

propaganda – estaria incluída nos riscos do negócio. Proibir que o devedor se desvincule do vínculo obrigacional, ainda que arcando com vultuosa quantia decorrente de pena convencional afigura-se medida deveras restritiva e intervencionista numa seara que deve ser pautada pelos padrões objetivos de boa-fé objetiva adotados pelo extrato mercadológico, e não pela consciência moral do juiz.

No que concerne às obrigações de fazer fungíveis – aquelas cujas características personalíssimas do devedor não influem no cumprimento da prestação – a satisfação dos interesses do credor poderá ocorrer diante da realização da prestação por um terceiro. Nestas obrigações o resultado pretendido pelo credor poderá ser alcançado por qualquer um que esteja habilitado a cumprir a prestação, desconsideradas as condições pessoais do devedor. Se o devedor recusar-se ao cumprimento da obrigação, o Diploma Civilístico admite que o credor mande executá-la por terceiro, às expensas do devedor⁴⁶⁹.

3.2.3 Execução específica nas obrigações de dar coisa certa

Cumpramos tecer algumas breves considerações sobre a admissibilidade de execução específica nas hipóteses de tutela externa de obrigações de dar coisa certa. Justamente no exame destas hipóteses – especificamente aquelas que revolvem à violação de promessa de compra e venda e à interferência em pacto de preferência – é que E. Santos Júnior postulou o reconhecimento da inoponibilidade do contrato celebrado entre devedor e terceiro perante o credor lesado. Para o aludido jurista, considerar o contrato inoponível ao credor lesado contemplaria, de uma só passada, o resguardo dos interesses do credor – promovendo-se uma efetiva tutela do crédito – e a preservação dos eventuais direitos de estranhos de boa-fé que viessem a adquirir o objeto mediato da obrigação⁴⁷⁰. O autor lusitano – comentando a responsabilidade do

⁴⁶⁹ “**Art. 249.** Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. **Parágrafo único.** Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

⁴⁷⁰ “Com isso, não se afectam os direitos de sub-adquirentes de boa fé: em tanto que lhes for necessário para poder fazer valer o seu direito, podem eles sempre opor aquele mesmo contrato ao credor.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito.** cit., p. 570). Também Fabrício Carvalho se manifesta neste sentido: “A grande vantagem do entendimento acima exposto, do qual resulta a inoponibilidade do segundo contrato em relação ao credor, e não a sua nulidade, é o resguardo dos direitos de eventuais sub-adquirentes de boa-fé, que não serão

terceiro ofensor por desrespeito a promessa de compra e venda – alega que a consagração da inoponibilidade do segundo contrato ao credor revestir-se-ia como panaceia apropriada à tutela do crédito⁴⁷¹, conforme se deduz do seguinte excerto:

“Dir-se-á, então, que, em sede da tutela do direito subjectivo de crédito e de acordo com o princípio de que a ordem jurídica prefere sempre a reacção que possibilite a maior proximidade à realização efectiva do direito, no limite, se possível, esta mesma, com o que prefere a sua execução específica ou realização coactiva à indemnização em espécie e esta à indemnização por equivalente, parece que, no tipo de situação em apreço, de lesão do crédito por alienação a terceiro de má fé da coisa prometida vender ao credor, será indicada a execução específica, a não produção do efeito do contrato de alienação sendo postulada como sanção necessária à consecução da execução específica. Dada a sede em que nos situamos agora, essa não produção de efeito deverá ser sancionada pela forma adequada e mínima que baste, e parece que basta e é possível, precisamente por nos situarmos nesta sede de tutela do direito, a inoponibilidade do contrato de alienação: inoponibilidade da parte do terceiro (e do devedor) ao credor⁴⁷².”

A inoponibilidade do contrato não se confundiria com a nulidade nem mesmo implica a instituição de eficácia real ao direito obrigacional ostentado pelo credor lesado. Se o devedor aliena um bem a terceiro de má-fé – em violação a um direito creditório decorrente de uma promessa de compra e venda – a inoponibilidade da venda ao terceiro em face do credor lesado permitiria que este postulasse a execução da promessa pela entrega da coisa, o que não significaria atribuir seqüela ao direito de crédito. Caso o bem fosse alienado pelo terceiro a sub-adquirente de boa-fé, não seria dado ao credor perseguir a coisa nem promover a execução específica de sua obrigação em detrimento dos interesses do adquirente de boa-fé. Nesta hipótese, a tutela externa do crédito resumir-se-ia à reparação pelos danos sofridos. A inoponibilidade do segundo contrato admitiria, portanto, que o credor promovesse a integral satisfação de seus interesses, desde que não esbarrasse em outros interesses dignos de tutela, preservando a validade do contrato entabulado entre devedor e terceiro – que seria resolvido da maneira que melhor lhes aprouvesse – e tutelando a propriedade do adquirente de boa-fé. É o que se infere do escólio de E. Santos Júnior:

atingidos por qualquer providência tomada pelo titular do direito de crédito violado, a quem restará, em tal caso, vindicar perdas e danos em face do devedor e do terceiro interferente de má-fé, em regime de solidariedade passiva, se mostrando válida a possibilidade de execução específica apenas na hipótese de inexistirem sub-adquirentes de boa-fé.” (CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. cit., p. 129).

⁴⁷¹ A despeito da relevância das razões de cariz prático apresentadas pelo autor lusitano com o escopo de justificar a adoção do regime de inoponibilidade, consignou-se, no item anterior, que há uma razão deontológica visceral capaz de determinar a inoponibilidade do contrato, mercê do reconhecimento do exercício abusivo do direito de contratar.

⁴⁷²SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 570.

“Com isso, não se afectam os direitos de sub-adquirentes de boa fé: em tanto que lhes for necessário para poder fazer valer o seu direito, podem eles sempre opor aquele mesmo contrato ao credor. À evidência, não existe também qualquer atribuição de eficácia real ao direito de crédito: não se trata de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre, e mesmo que se encontre nas mãos de terceiros de boa fé; trata-se simplesmente, de considerar inoponível ao credor o contrato celebrado em seu detrimento pelo devedor e pelo terceiro agindo de má fé, inoponibilidade essa que mantém como possível a execução específica do contrato celebrado entre o credor e o devedor faltoso, sendo então a execução específica o meio de tutela do direito de crédito⁴⁷³.”

Todavia, tais conclusões estão mais afeitas a um sistema legal que atribua ao contrato um efeito translativo da propriedade, como é o caso português. O direito civil lusitano, inspirado na matriz francesa do *Code*, atribuiu a determinados contratos uma eficácia real consistente na translatividade do domínio sobre o objeto mediato da obrigação. A mera conclusão do contrato será suficiente para transmitir ao credor a propriedade sobre o bem alienado, sendo certo que a transferência do domínio ocorre *solo consensu*. Este é um efeito imediato da relação contratual e poderá ser revertido diante da inoponibilidade da convenção ao credor lesado, razão pela qual as conclusões alcançadas por E. Santos Júnior concernentes ao regime de inoponibilidade face à promessa de compra e venda guardam coerência dogmática com o sistema jurídico analisado por aquele jurista, permitindo-se que se alcance a coisa alienada, já que a propriedade sobre o bem transferiu-se por efeito do contrato, sendo tal efeito desconsiderado perante o credor lesado em decorrência da inoponibilidade. Ainda que se concorde com este regime de inoponibilidade – construção dogmática que se mostrou imprescindível na análise das obrigações de fazer – não parece que ele tenha capacidade suficiente para desfazer a transferência do domínio no cenário jurídico no qual a aquisição da propriedade não decorre diretamente do contrato. O sistema brasileiro distanciou-se sobremaneira do modelo francês – também acolhido pelos portugueses – eis que a propriedade não se transmite pelo contrato⁴⁷⁴.

No direito brasileiro o contrato não tem o condão de transferir a propriedade de bens. Ele tão somente institui uma obrigação de entrega da coisa, sendo certo que a aquisição do domínio somente ocorrerá quando do registro do título translativo –

⁴⁷³SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 570.

⁴⁷⁴ Para uma análise acerca dos sistemas de transmissão da propriedade e sua influência no direito brasileiro, recomenda-se a leitura de: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4, cit., pp. 118-123. Também Guilherme Gama realiza uma didática abordagem dos sistemas de aquisição da propriedade: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 291-293.

tratando-se de bens imóveis – ou quando da tradição – sendo móvel o bem alienado. Neste sentido, se o terceiro ofensor adquire a propriedade do bem prometido ou preferido pelo credor lesado, este é um efeito remoto do contrato que não é alcançado por aquele regime de inoponibilidade. Sendo a transferência da propriedade um fenômeno estranho ao contrato, não deverá ser atingido pela inoponibilidade. Mesmo que o terceiro tenha ciência acerca da anterior promessa ou preferência firmada entre devedor e credor lesado, ele adquirirá a propriedade da coisa através de uma conduta desligada do contrato – a tradição ou o registro. Só mesmo se o contrato produzisse um efeito translativo da propriedade é que seria possível determinar o regresso do bem ao patrimônio do devedor, admitindo-se a execução específica pela entrega coativa da coisa. Nestas hipóteses, a tutela externa do crédito expressa-se apenas pela possibilidade de reparação das perdas e danos, sendo que a consideração da inoponibilidade do ato abusivo perante o credor lesado não será hábil para desfazer a cadeia dominial do bem⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Somente nos casos em que se puder reconhecer a nulidade do segundo contrato é que seria concebível a execução específica da primeira obrigação mediante a entrega do bem. Isto porque a nulidade determina a restituição ao *status quo ante*, culminando-se com o regresso da coisa ao patrimônio do devedor, o que certamente abriria margem à execução específica da obrigação original. Pense-se nas hipóteses de dupla venda, nas quais o devedor realiza a venda de um mesmo bem a duas pessoas distintas, considerando-se que o segundo comprador soubesse da existência de uma venda previamente realizada sobre a mesma coisa e, mesmo assim, insistiu na aquisição do bem. Em tais casos, Humberto Theodoro Neto parece revelar a necessidade de decretação da nulidade do segundo contrato, promovendo-se o seu desfazimento e admitindo-se, conseqüentemente, a execução específica da primeira obrigação: “Também a celebração de compra de um imóvel em que o adquirente saiba já estar o bem vinculado a um contrato anterior representa uma forma de violação do direito de crédito do primeiro adquirente mediante a celebração de um segundo contrato incompatível e censurável. Desde que haja aí o elemento subjetivo da ciência do terceiro adquirente quanto ao contrato anterior e sua frustração decorrente de seu ato, configurada estará a ilicitude do segundo negócio.” Para concluir que: “Sendo assim, a parte prejudicada pode exigir o desfazimento do segundo negócio e promover a execução forçada em específica de seu direito de aquisição, se não optar por receber indenização de perdas e danos.” (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato.** cit., p. 181). Anote-se que a jurisprudência parece caminhar no mesmo sentido, considerando a segunda alienação como simulada: “APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DUPLA ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PELO PROPRIETÁRIO REGISTRAL. SIMULAÇÃO ABSOLUTA DO SEGUNDO NEGÓCIO HAVIDO ENTRE OS REQUERIDOS EM EVIDENTE PREJUÍZO À PARTE AUTORA. NULIDADE. ARTIGO 167, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA. Conjunto fático-probatório capaz de atestar a existência de simulação absoluta a respeito da segunda alienação do imóvel objeto dos autos, havida entre os requeridos em evidente lesão ao patrimônio do autor. Em que pese aperfeiçoado o primeiro contrato de promessa de compra e venda de imóvel, com integral quitação do valor, não obteve êxito o cessionário do promitente comprador originário em obter o registro imobiliário, por culpa do promitente vendedor primitivo que tardou em providenciar na averbação de uma edificação. Contudo, perfectibilizada a averbação, realizou nova alienação, por instrumento público, ao segundo requerido, aproveitando-se da circunstância de o bem ainda constar em seu nome perante o Registro Imobiliário. Declaração de nulidade do negócio jurídico, determinação de cancelamento do respectivo registro na matrícula, por força do que estabelece o artigo 167, § 1º, do Código Civil, em vista da verificação de simulação absoluta. Manutenção da sentença de procedência. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70055245377, Relatora Desembargadora Liege Puricelli Pires, julgado em

Expressão inequívoca destas conclusões é a disciplina normativa do direito de preferência exercido na compra e venda. Alienada a coisa a terceiro em desobediência ao direito de preempção, admite-se a instituição do dever indenizatório em caráter de solidariedade entre o proprietário-devedor e o terceiro adquirente perante o credor preferente, excluída a possibilidade de desconsideração da alienação realizada ao terceiro⁴⁷⁶. Caso um terceiro deseje adquirir o bem e induza o comprador a desrespeitar o direito de prelação, ambos responderão pelos prejuízos que o desrespeito à preferência proporcionar ao vendedor, mas a alienação da coisa ao terceiro permanecerá intocada, sendo este o regramento estipulado pelo artigo 518 do Código Civil⁴⁷⁷, podendo-se

31.10.2013); “Apelação Cível - Anulação de registros imobiliários devido a duplicidade de venda do mesmo imóvel - Sentença que julgou a ação procedente - Recursos que ficam providos para julgar os autores carecedores. com extinção do processo, sem julgamento do mérito - Escritura pública apresentada a registro, que preenchia todos os seus requisitos formais; ilicitude que, acaso existente, estaria na formação da segunda escritura de venda e compra - Necessidade de resilição desse título para, em consequência, anular-se o registro imobiliário dela decorrente.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9100502-91.2000.8.26.0000, Relator Desembargador Octavio Helene, julgado em 26.07.2011); “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DUPLA VENDA DE IMÓVEL. NEGÓCIO JURÍDICO NULO. AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO REGISTRO IMÓVEIS. PRESUNÇÃO RELATIVA DE BOA-FÉ. EXISTÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. NULIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 2. Nulidade da dupla alienação de um mesmo imóvel, impondo-se a desconstituição da segunda alienação, bem como das que se seguiram. 3. Boa-fé afastada pelo Tribunal de origem, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ. 4. “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes” (art. 168, parágrafo único, do Código Civil de 2002). 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 75.615/TO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.02.2013).

⁴⁷⁶ Ao comentar a norma insculpida no artigo 518, Caio Mário da Silva Pereira assevera que o terceiro de má-fé somente responderá pelas perdas e danos que sua interferência ao direito de prelação causar, não sendo admissível o desfazimento da venda ao terceiro ofensor. O autor insurge-se de forma veemente contra o dispositivo, não sendo claro, todavia, se o jurista repudia o regime de solidariedade ou a impossibilidade de execução específica: “O Código reconhece ao vendedor preferência configurada, de natureza meramente obrigatória, ou um direito de crédito (obrigação de fazer *o parte emptoris*), cujo descumprimento origina responsabilidade por perdas e danos (Código Civil, art. 518). Na hipótese de comprovação de má-fé do adquirente no negócio jurídico celebrado em violação do direito de preferência, o Código é expresso ao admitir apenas as perdas e danos, em regime de solidariedade entre as partes desse negócio jurídico, o que se caracteriza verdadeiro absurdo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 3, cit., p. 219).

⁴⁷⁷ Tratando do artigo 518 do Código Civil, afirmam comentaristas autorizados que: “A novidade do dispositivo, em relação ao direito anterior, está na inserção expressa do critério geral que informa a responsabilidade civil: a solidariedade dos causadores do evento danoso para o pagamento da reparação devida ao lesado (CC, art. 942, parágrafo único). É claro que o terceiro só responderá pelas perdas e danos (aí incluídos danos materiais e morais) se proceder com má-fé, elemento anímico que pode, neste caso, ser equiparado à culpa, para os fins de reparação de danos. No mais, mantém-se a orientação do CC1916: se o comprador alienar a coisa, violando o direito de preferência do vendedor, responderá por perdas e danos (CC, arts. 402-405). A venda celebrada entre o comprador e o terceiro será perfeita.”

concluir que o direito de preferência tem caráter eminentemente pessoal⁴⁷⁸. Não se olvida a existência de direitos de preferência em outros recantos do ordenamento jurídico que admitem ao credor lesado a persecução do bem, como ocorre na hipótese da preferência concedida ao locatário na compra do bem imóvel objeto de locação urbana⁴⁷⁹. No entanto, em hipóteses como esta, o legislador atribuiu eficácia real ao direito de prelação, exigindo-se o prévio averbamento do contrato locatício junto à matrícula do imóvel⁴⁸⁰.

Também a disciplina da promessa de compra e venda depõe contra a possibilidade de execução específica nas hipóteses de tutela externa em obrigações de dar, impedindo-se que se reconheça qualquer eficácia translativa ou real aos contratos. O legislador brasileiro permitiu que da promessa de compra e venda de bens imóveis exsurgisse um direito real de aquisição do bem, desde que o contrato preliminar seja averbado junto ao registro competente⁴⁸¹. A configuração de um direito real de aquisição oriundo da promessa permite que o compromisso de contratar transborde sua eficácia para além das partes, tornando a contratação oponível a terceiros. De fato, o

(TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2, cit., p. 187).

⁴⁷⁸ “Sendo no nosso sistema um direito meramente obrigacional, a violação do pacto de preferência gera para o vendedor apenas o direito de demandar da contraparte o pagamento de indenização, consequência natural da aplicação do princípio da relatividade dos contratos no âmbito do direito de preferência.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. cit., p.108).

⁴⁷⁹ É o que se deduz do artigo 27 da Lei 8.245/91: “**Art. 27.** No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca. Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente.”

⁴⁸⁰ É o que se infere do artigo 33 da Lei 8.245/91: “**Art. 33.** O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.”. Comentando o aludido artigo, Nagib Slaib Filho assevera a necessidade de cumprimento dos requisitos legais para que seja reconhecida eficácia real à preferência: “Embora nuclearmente direito pessoal, o direito de preferência ganha galas de direito real (e por isso passa a ser oponível erga omnes, inclusive perante o novo adquirente) se tiver sido levado a registro público o contrato de locação. A Lei nº 8.245/91, para a averbação do contrato de locação no registro público, para fins de garantir a preferência em caso de alienação, exige: a) instrumento escrito do contrato de locação, em que conste; b) subscrição por duas testemunhas presenciais; c) averbação do instrumento na matrícula do registro do imóvel; e d) que a averbação seja procedida ao menos 30 dias antes da alienação do imóvel.” (SLAIB FILHO, Nagib. **Comentários à nova lei do inquilinato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 238).

⁴⁸¹ É o que se deduz do artigo 1.417 do Código Civil: “**Art. 1.417.** Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”

legislador optou por uma disciplina específica das situações de aquisição de bens imóveis mediante promessa de compra e venda, mercê de sua alargada utilização no hodierno comércio jurídico. A necessidade de se conferir uma eficiente tutela ao promitente comprador – mormente em virtude de sua fragilidade econômica e do mister constitucional de amparo ao direito de moradia – ganhou solidez com o atual Digesto Civil, diploma que acabou por consagrar um desiderato legislativo que já vinha estampado no antigo Decreto-Lei 58 de 1937 e na ulterior Lei 6.766 de 1979.

Somente com a devida transcrição do instrumento de promessa de compra e venda junto ao Registro de Imóveis competente será possível atribuir ao promitente comprador o direito real de aquisição. Nesta esteira, caso um terceiro adquira a propriedade do bem dado em promessa, este se submeterá ao poder persecutório que o ordenamento garante ao promitente comprador, representado pela sequela que aquele direito real lhe confere. Quitado o preço, o promitente comprador poderá reivindicar a coisa de quem quer que seja, através da adjudicação compulsória do bem. Esta faculdade somente lhe é atribuída em virtude da constituição de um específico direito real de aquisição sobre o bem.

Caso o princípio da boa-fé objetiva determine o respeito ao crédito alheio – em obediência às circunstâncias concretas que estejam alinhadas à necessidade de abstenção do terceiro – e este terceiro tenha efetivo conhecimento acerca da existência da promessa, estar-se-á diante do cenário propício ao reconhecimento da oponibilidade do direito de crédito, independentemente da existência do direito real de aquisição. Com isso não se admite que o promitente-comprador adjudique o bem de quem quer que seja, mesmo porque a consagração da oponibilidade do direito de crédito não o converte em direito real, e nem mesmo o submete à disciplina do direito das coisas. Conceber a oponibilidade do direito pessoal consiste apenas em impor um dever de respeito ao crédito que violado ensejara a reparação indenizatória dos danos causados. Entrementes, não se deve com isso atribuir ao direito de crédito uma eficácia real que o legislador não lhe conferiu, impedindo-se que em tais casos o credor lesado postule o recebimento do bem cuja propriedade nunca teve.

3.3 Cláusula penal

Devemos cogitar da extensão da responsabilidade civil do terceiro cúmplice nas hipóteses em que o contrato violado ostente cláusula penal. A pena convencional estipulada pelas partes da relação obrigacional implicará sensível alteração no regime de indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento. Cumpre-nos indagar se os limites porventura determinados por uma cláusula penal ao montante indenizatório podem extrapolar os lindes do contrato para também se imporem ao terceiro interferente.

A manualística pátria costuma apontar para uma duplicidade funcional da cláusula penal⁴⁸²: promoveria a liquidação antecipada dos danos e incorporaria um estímulo ao cumprimento da prestação⁴⁸³. A pena convencional atuaria simultaneamente com o escopo de premir o devedor a realizar a prestação devida, bem como proporcionaria o estabelecimento antecipado do montante correspondente às perdas e danos advenientes de um eventual incumprimento⁴⁸⁴. Ainda que se admita a preponderância de uma das finalidades sobre a outra⁴⁸⁵, parte significativa da doutrina nacional acolhe a tese da dupla funcionalidade⁴⁸⁶.

⁴⁸² “Duas são as finalidades ou funções da cláusula penal: a) serve como reforço à obrigação principal; b) representa um sucedâneo, pré-avaliado, das perdas e danos devidos pelo inadimplemento do contrato.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Parte geral das obrigações, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 263).

⁴⁸³ “Há inafastável efeito intimidativo e coercitivo na cláusula penal. O devedor, sabendo que se sujeitará a um maior valor no pagamento, envidará melhores esforços para cumprir sua obrigação. Trata-se, portanto, de um reforço para o cumprimento da obrigação, uma forma de garantia do adimplemento. Outra importante e curial utilidade da cláusula é fixar antecipadamente as perdas e danos, evitando que as partes lancem-se em um tortuoso processo de apuração de prejuízos.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 2, pp. 325-326).

⁴⁸⁴ “Nessa perspectiva, é considerada a cláusula penal como um reforço das obrigações pactuadas, na medida em que intimida o devedor a cumprir com o que foi acordo. Mas não se sustenta, nos dias hoje, interpretar esta função coercitiva nos moldes de uma função punitiva, que encontra suas raízes no Direito Romano. Ao lado da função coercitiva, é ainda igualmente importante o caráter compensatório do instituto.” (FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 517-518).

⁴⁸⁵ É o que se deduz do pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, que após didática explanação acerca das finalidades reconhecidas à cláusula penal, assevera que esta pena sempre ostentara caráter primordialmente intimidatório, instituído com o desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da prestação: “Discute-se qual a finalidade ontológica da pena convencional: se garantia do implemento da obrigação, ou se liquidação antecipada das perdas e danos. Com o primeiro destes objetivos, traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: o devedor, que já o é em razão da obligatio, reforça o dever de prestar com o ajuste de multa, que lhe pode exigir o credor, se vem a faltar ao cumprimento do obrigado. Simultaneamente com esta finalidade, a lei admite que a inexecução facultada ao credor a percepção da cláusula penal, que figura consequentemente como a liquidação antecipada das perdas e danos, em que normalmente se converteria o inadimplemento. A finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional, e é com este caráter que mais assiduamente se apõe à obrigação. A pré-liquidação do *id quod interest* aparece, então, como finalidade subsidiária, pois que nem sempre como tal se configura.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 2, cit., pp. 145-146). Na banda oposta, Silvio Rodrigues acreditava que à cláusula penal deveria conferir-se

Revela-se oportuno asseverar que a consagração de um entendimento doutrinário que preze pela preponderância do caráter sancionatório e punitivo da cláusula penal dificultará a extensão do regramento promovido pela cláusula aos contornos do dever indenizatório imposto ao terceiro ofensor. Se se concebesse a pena convencional como um instituto designado primordialmente à criação de um constrangimento ao devedor, culminando-se com a aplicação de uma sanção em virtude do inadimplemento, tal cláusula passaria a assumir o feitio de pena privada, relegando-se a plano secundário a finalidade indenizativa. Caso se adote tal compreensão, não se poderá cogitar acerca da submissão do terceiro às estipulações da cláusula penal. Se a pena convencional é estipulada fundamentalmente como mecanismo de repressão pelo inadimplemento e sanção pelo descumprimento dos deveres obrigacionais incumbidos ao devedor, não se poderá conceber que tal medida punitiva alcance terceiros que não se submeteram ao pactuado. Não pode o terceiro sujeitar-se a uma punição convencional com a qual jamais concordou. A responsabilidade civil pretende tão somente convocar o terceiro para reparar os danos decorrentes de sua conduta, e não puni-lo por alguma atuação ilícita, menos ainda premi-lo a participar de uma punição convencional que nunca contou com sua querença.

Nesta toada, cumpre destacar a existência de vozes doutrinárias avessas ao teorema da dupla funcionalidade das cláusulas penais e simpáticas à configuração dois modelos distintos e extremados de pena convencional⁴⁸⁷: uma com escopo puramente

caráter eminentemente indenizatório, funcionando a cláusula como elemento de determinação antecipada das perdas e danos, sendo a finalidade repressiva meramente ancilar: “Todavia, a função mais importante da cláusula penal, e que se prende à sua origem histórica, é a de servir como cálculo predeterminado das perdas e danos. No contrato encontra-se, não raro, disposição em que o credor se reserva o direito de exigir do devedor uma pena, em caso de inadimplemento. Tal pena representa o montante das perdas e danos preestabelecidos pelas partes, calculados tendo em vista o eventual prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v.2, cit., p. 264).

⁴⁸⁶ Orlando Gomes parece inclinar-se para uma concepção unitária da finalidade da cláusula penal, afirmando o seu caráter reparatório de antecipação dos danos. No entanto, o autor admite, ainda que incidentalmente, o aspecto intimidativo da pena, fazendo sentir-se em suas lições aquela tese da dupla funcionalidade: “Sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considera-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 186).

⁴⁸⁷ “A distinção entre a cláusula penal, enquanto fixação antecipada do montante da indemnização, por um lado, e a cláusula penal, enquanto pura sanção compulsória, por outro, não levanta, assim, dificuldades de maior. A primeira destina-se a liquidar o dano, substitui a normal obrigação de indemnizar, visto constituir, ela própria, um acordo prévio sobre o montante da mesma. A segunda, ao invés, visa, exclusivamente, compelir o devedor ao cumprimento, não substitui a indemnização, constituindo, por definição, um plus, algo que acrescerá àquela, que terá, assim, de apurar-se nos termos gerais.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. cit., p. 608).

coercitivo – caracterizada como uma cláusula penal em sentido estrito – designada precipuamente à instituição de uma sanção pelo inadimplemento⁴⁸⁸; a outra estipulada com o intuito meramente indenizativo orientada para a prefixação das perdas e danos decorrentes do incumprimento⁴⁸⁹.

A despeito de tais entendimentos, o cenário dogmático hodierno parece mesmo apontar para a tese da dupla funcionalidade da cláusula penal, não sendo possível vislumbrar uma pena convencional que tenha por escopo exclusivo a cominação de uma punição⁴⁹⁰. A natureza da cláusula penal designa um estímulo ao adimplemento e uma antecipação pelos danos que o incumprimento possa acarretar. A investigação acerca da possibilidade de extensão dos limites indenizatórios da cláusula penal ao terceiro cúmplice perpassa pela consideração das funções atribuídas à pena convencional.

Parece indene de dúvidas que o regime de responsabilidade civil contratual a que está submetido o devedor não deverá modificar-se em virtude do consórcio subjetivo com o terceiro na causação do inadimplemento. A existência de pena convencional pactuada sujeitará o devedor inadimplente aos seus contornos, sendo desimportante a concorrência de um terceiro para a determinação do inadimplemento. Assim, o problema da cláusula penal restringe-se à possibilidade de submissão do terceiro aos limites por ela designados.

⁴⁸⁸ “A cláusula penal em sentido estrito exerce uma função exclusivamente coercitiva. O fundamento da fixação de uma pena é exatamente o de afastar a discussão sobre a obrigação de indenizar. A cláusula penal destituirá a obrigação de indenizar não pelo fato de consistir em uma indenização predeterminada, mas por se tratar de uma prestação diferenciada.” (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 107).

⁴⁸⁹ “A cláusula de prévia estipulação de perdas e danos é uma modalidade de cláusula penal em sentido amplo, concebida pelos contratantes com finalidade distinta da cláusula penal *stricto sensu*. A cláusula de perdas e danos certamente não é o alvo preferencial do credor, pois sua meta não é persuadir para obter o adimplemento, mas tão-somente estabelecer uma soma indenizatória, sobremaneira para os casos em que a determinação judicial do montante seja difícil, custosa e demorada.” (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: A pena privada nas relações negociais. cit., p. 110). Também parece caminhar neste sentido Gustavo Tepedino: “As codificações contemporâneas, contudo, afastam-se progressivamente da concepção de sanção, ao menos no caso da cláusula penal compensatória, ao argumento de que, ao contrário da cláusula penal moratória, destinada a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, sua finalidade é a de facilitar o credor com a pré-liquidação das perdas e danos.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 48).

⁴⁹⁰ “Quando por il suo ammontare é fissato – e di regola lo è – in misura superiore all’entità del danno (preventivamente) prevedibile, la clausola è potenzialmente idonea ad assolvere (congiuntamente o alternativamente) una duplice funzione: di liquidazione preventiva del danno e di sanzione (o pena) per l’inadempimento o per il ritardo. Il creditore, tuttavia, non può pretendere – congiuntamente – la prestazione principale e la penale, salvo che quest’ultima sai stata stipulata per il semplice ritardo (1383). Pertanto la predetta clausola non può assolvere una finalità esclusivamente sanzionatoria, e la funzione di coercizione all’adempimento deve coesistere com quella di predeterminazione del risarcimento.” (PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 288).

Alguns juristas evocam o princípio da relatividade para o deslinde da tormentosa questão. Aduzem que a cláusula penal é genuíno produto da manifestação volitiva dos contratantes e seus efeitos restringem-se apenas às partes componentes da relação contratual⁴⁹¹. A ausência da participação do terceiro na elaboração da cláusula penal diante da inexistência de sua manifestação de vontade direcionada à formação do vínculo contratual – como também à própria pena convencional – afastaria qualquer eficácia que a aludida cláusula pudesse produzir sobre o terceiro⁴⁹². Por tal razão, a responsabilidade do terceiro não se reduziria ao montante imposto pela cláusula penal⁴⁹³.

Não havendo qualquer motivo aparente que pudesse submeter o terceiro cúmplice à disciplina da pena convencional, aqueles limites indenizatórios vislumbrados pelas partes quando de sua elaboração não deveriam interferir na determinação do montante devido pelo terceiro⁴⁹⁴. A única medida considerada para averiguar o valor da reparação incumbida ao terceiro seria a extensão do dano resultante de sua conduta, não sendo possível impor-lhe o regime contratual da cláusula penal⁴⁹⁵. No entanto, a impossibilidade de submissão do terceiro aos limites da cláusula penal não teria o condão de afastar o regime de solidariedade instituído entre ele e o devedor

⁴⁹¹ “Em termos dogmáticos e juspositivos, pela simples razão de que, aqui sim, está em causa o princípio da relatividade do contrato: não tendo o terceiro estipulado a cláusula penal, pois não foi parte no contrato ou na convenção independente que a albergou, a cláusula não pode ser eficaz em relação a ele, para o vincular a uma prestação indemnizatória que não contratou, como, inversamente, não pode ele pretender aproveitar-se dela, limitando, vinculativamente, perante si, alguém – o credor – que não contratou com ele.” (SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., p. 561).

⁴⁹² “O princípio da relatividade contratual atrai a pena apenas para a esfera obrigacional do devedor. A cláusula penal é ineficaz perante o terceiro, que não a estipulou, pois não restringiu sua liberdade em razão do cumprimento de uma prestação. A responsabilidade do terceiro, lembre-se, é aquiliana e não contratual como a do devedor.” (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: A pena privada nas relações negociais**. cit., pp. 155-156).

⁴⁹³ “Note-se, por outro lado, que, tendo a cláusula penal eficácia apenas entre os sujeitos que a acordaram, uma eventual responsabilidade de terceiro perante o credor não estará limitada pelo montante da pena.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. cit., p. 711, nota 1.600).

⁴⁹⁴ Entre nós, esta solução é adotada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, afirmando-se que uma concepção que permitisse o transbordamento: “A primeira ideia parece muito radical para o estado corrente dos estudos sobre o assunto. Implicaria criar um caso anômalo de responsabilidade civil por solidariedade, cujo fundamento não estaria na lei nem em um contrato. A superação do dogma das obrigações solidárias e da reserva ainda útil ao princípio da relatividade dos efeitos impede a adoção desse modelo.” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*. cit., p. 95).

⁴⁹⁵ “Eu tenho também entendido aqui o seguinte: a cláusula, quer a cláusula penal, quer a cláusula limitativa, quer a cláusula de exclusão, tem eficácia é entre as partes. É a eficácia relativa do vínculo contratual. Se houver um terceiro, ele é alheio, ele não está vinculado pela cláusula.” (MONTEIRO, António Pinto. Entrevista. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 30, p. 279-301, 2007, pp. 293-294).

para a compensação dos danos suportados pelo credor. Ambos responderiam solidariamente até o limiar estabelecido pela pena convencional, incumbindo ao terceiro promover a reparação daquilo que excedesse o referido limite. A obrigação reparatória do terceiro sempre seria designada pela extensão do dano efetivamente suportado pelo credor, enquanto a indenização incumbida ao devedor restringir-se-ia aos termos da cláusula penal, ainda que o valor convencional sobejasse o montante do dano, ou mesmo estivesse aquém dele. É o que se infere do escólio de E. Santos Júnior:

“Deste modo, o terceiro responderá perante o credor pelos danos efetivamente resultantes da lesão. E a solidariedade entre ambos os responsáveis existe apenas até ao limite do valor por que ambos devam responder. Assim, se o montante de prejuízos exceder a cláusula penal, o devedor e terceiro são solidariamente responsáveis até ao limite do valor fixado na cláusula penal, mas para além desse valor, só o terceiro responde, individualmente; por outro lado, se o montante dos prejuízos efectivos ficar aquém do valor fixado na cláusula penal, o terceiro e o devedor só respondem solidariamente até ao limite do valor efectivo dos prejuízos; para além dele, até ao montante definido na cláusula penal, apenas o devedor responderá, individualmente⁴⁹⁶.”

Outros autores caminham por trilha diversa e entendem que os limites desenhados pela cláusula penal também podem alcançar o terceiro. Permitir-se que a integral reparação do dano recaia tão somente sobre o terceiro é solução que assombraria pela iniquidade, pois representaria imposição de responsabilidade ao terceiro sensivelmente mais onerosa do que aquela previamente estipulada para o devedor, por um mesmo fato que ambos praticaram em conjunto, não sendo razoável que duas pessoas respondam pelo mesmo dano ocasionado em consórcio em proporções tão diversas⁴⁹⁷. Com o intuito de evitar a perpetração de uma injustiça na equação da reparação dos danos, mormente em vista da ampla participação do devedor no evento danoso que se pretende compensar, tais juristas pugnam pela utilização da cláusula penal como um idôneo parâmetro capaz de designar o montante da lesão e, conseqüentemente, precisar a soma pela qual responderá o terceiro. Desta forma, impede-se a adoção de uma suposta resposta teratológica ao problema indenizatório, obliterando-se a possibilidade de o terceiro suportar encargo reparatório superior ao

⁴⁹⁶SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito**. cit., pp. 561-562.

⁴⁹⁷ “Em virtude de tal cumplicidade ter proporcionado a violação do conteúdo do contrato, a responsabilidade do terceiro deverá ser agravada pelo regramento próprio do regime contratual estabelecido pelas partes, incorrendo este nas mesmas sanções previstas para o devedor inadimplente, respondendo de forma solidária com este pelos danos causados ao credor.” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. cit., p. 143).

montante previsto pela cláusula penal⁴⁹⁸. Este entendimento é sustentado por Paula Greco Bandeira, nos seguintes termos:

“Para que se evite esta situação injusta, o intérprete deverá, diante do caso concreto, no momento da quantificação do dano pelo qual o terceiro cúmplice irá responder, adotar como parâmetros os deveres contratuais assumidos pelo devedor. Dito diversamente, o juiz deverá analisar o regulamento contratual do qual se origina o crédito lesionado, investigando a responsabilidade do devedor, e, desta forma, proceder ao confronto entre esta e a que se pretende imputar ao terceiro. Assim, não será razoável admitir que o terceiro responda por valor superior ao limite estabelecido pela cláusula penal, que deverá consistir em parâmetro para sua responsabilização. Devedor e terceiro serão solidariamente responsáveis até o limite do valor comum pelo qual ambos irão responder⁴⁹⁹.”

Duas são as hipóteses que podem decorrer do enfrentamento do problema da extensão dos limites da cláusula penal ao terceiro. Se o montante estipulado na cláusula penal corresponder a valor inferior ao prejuízo efetivamente suportado, terceiro e devedor responderão apenas pela soma designada na cláusula penal. Não se espera que o terceiro responda pelos danos excedentes⁵⁰⁰, não apenas em razão da iniquidade decorrente de tal solução, mas especialmente em virtude da função indenizatória e do caráter *forfaitaire* da cláusula penal⁵⁰¹. Viu-se que a pena convencional é instituída com o desiderato de determinar antecipadamente as perdas e danos – função quiçá primordial da cláusula penal compensatória. As partes da relação obrigacional anteveem a configuração do dano eventualmente decorrente do inadimplemento, estipulando desde já o valor devido pela compensação dos prejuízos advenientes do incumprimento. Esta prefixação não se restringe a uma indicação meramente clarividente dos danos. Mais além, a cláusula penal pretende vincular o devedor ao pagamento do montante por ela determinado para afastar qualquer pretensão ressarcitória do credor quanto ao eventual dano excedente. Nesta esteira, a cláusula penal serve a ambas as partes: ao credor por dispensá-lo de comprovar a extensão do dano, e ao devedor por restringir sua

⁴⁹⁸ “Não se pode deixar em oblição a hipótese de que o contratante prejudicado possa ser inteiramente ressarcido, v.g., mediante a aplicação de uma cláusula penal estabelecida no contrato. Nesses casos, não poderá o interessado postular qualquer outra indenização do terceiro, pois, se tal fosse admitido, haveria enriquecimento indevido.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 106).

⁴⁹⁹ BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*. cit., p. 117.

⁵⁰⁰ Em sentido oposto, parece apontar a lição de René Demogue: “Mais si le créancier prouver avoir subi un dommage excédant la clause pénale, il pourra réclamer un supplément de dommages-intérêts contre le tiers seul.” (DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général: Effets des obligations*. t. 7, cit., p. 607).

⁵⁰¹ “Nesta perspectiva, mais do que uma forma de tutela creditória, a cláusula penal constituirá, sobretudo, a fixação ne varietur da indemnização, a qual pode actuar a favor ou contra o credor. O cariz aleatório da cláusula penal resulta da sua compreensão como forfait, característica esta que a doutrina, com o apogeu do Código de Napoleão, passou a considerar a ratio essendi da figura.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. cit., p.294).

responsabilidade indenizatória ao montante convencionado⁵⁰². Diante de tal cariz aleatório é que o credor limita suas pretensões indenizatórias pelo inadimplemento – independentemente da causa externa de tal incumprimento. Por tais razões, o terceiro não deverá responder por prejuízos superiores ao valor da cláusula penal, mercê da anterior restrição que tal cláusula importou à pretensão ressarcitória do credor⁵⁰³.

Caso exista uma diretriz contratual admitindo a realização de indenização suplementar, a cláusula penal determinará apenas o piso compensatório, cabendo ao credor comprovar a real extensão dos prejuízos causados⁵⁰⁴. Nesta hipótese, devedor e terceiro atenderão ao chamado indenizatório em solidariedade, respondendo ambos pelo valor do efetivo prejuízo⁵⁰⁵.

De outra banda, se o montante estipulado pela cláusula penal for superior ao valor correspondente ao dano efetivo, o devedor arcará com o valor integral da cláusula – considerado que o caráter *forfaitaire* da pena convencional também pode consistir em ônus para o devedor. Todavia, o terceiro responderá tão somente pelo montante

⁵⁰² “Ao invés, pensamos que a pena, sendo ela acordada a título de liquidação *forfaitaire* da indemnização, serve, igualmente, o interesse do devedor, o qual se previne, assim, contra uma indemnização avultada, superior às suas expectativas. Esta, justamente, como vimos antes, uma das razões por que, em nosso entender, se impõe apurar o título a que a pena é estipulada: o credor só poderá optar pela indemnização, em vez de solicitar o pagamento da pena, se esta não constituir já, na intenção das partes, o montante indemnizatório predeterminado.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. cit., p.702).

⁵⁰³ Em sentido diverso do defendido no texto, Gustavo Andrade afirma que o terceiro deverá responder pelos valores correspondentes aos danos excedentes, em solidariedade com o devedor, que também responderá pela integral reparação dos danos, pugnando-se por uma completa desconsideração da cláusula penal: “Todavia, se o valor previsto na cláusula penal for insuficiente para ressarcir, de forma integral, o contratante prejudicado, poderá este, com fundamento na responsabilidade extracontratual, cobrar da sua contraparte e do terceiro interferente o valor remanescente dos prejuízos efetivamente sofridos, em razão do princípio da plena reparação dos danos previstos no art. 944 do Código Civil.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos*. cit., p. 106)

⁵⁰⁴ “Assim é que, no caso de previsão contratual desse jaez, quando os prejuízos experimentados superarem a expressão econômica da cláusula penal compensatória, esta terá natureza de *minus* indenizatório. Neste caso, mesmo havendo previsão contratual expressa, a ação de perdas e danos, destinada a obtenção de parcela superior à cláusula penal dependerá da prova, por parte do credor, do prejuízo excedente.” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 1, cit., p. 755).

⁵⁰⁵ “Assim, caso os prejuízos se mostrem superiores ao valor estipulado na cláusula penal, é vedado ao credor exigir indenização suplementar, a menos que o contrato a preveja expressamente (Código Civil, art. 416, parágrafo único). Na presença de previsão contratual, caberá ao credor provar o prejuízo excedente, valendo a cláusula penal como mínimo indenizatório. Nesta hipótese, o terceiro cúmplice poderá responder solidariamente com o devedor por valor inferior à cláusula penal, igual à cláusula penal, ou, até mesmo, pelos prejuízos excedentes, dependendo de sua participação, no caso concreto, na causação dos danos. O devedor, ao seu turno, responderá sempre pelo montante da cláusula penal mais os prejuízos excedentes comprovados pelo credor.” (BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*. cit., pp.117-118).

correspondente ao efetivo prejuízo⁵⁰⁶, eis que o regime de responsabilidade extracontratual não poderia permitir que o ofensor promovesse indenização superior à real extensão do dano⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ “Vale dizer, o credor nunca poderá obter um centavo a mais do terceiro além do prejuízo que efetivamente sofreu, ainda que a instigação ao descumprimento tenha partido de uma conduta dolosa (art. 403, CC). Com relação ao devedor, o prejuízo real é despiciendo, pois é bitolado pela pena.” (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: A pena privada nas relações negociais. cit., p. 157).

⁵⁰⁷ “Por outro lado, se os prejuízos sofridos pelo credor com o inadimplemento se revelarem inferiores ao valor pré-fixado na cláusula penal, o problema não se coloca, na medida em que o devedor responderá pela cláusula penal, ao passo que o terceiro cúmplice será responsabilizado até o valor máximo dos prejuízos efetivamente sofridos.” (BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. cit., p. 118).

CONCLUSÃO

Diante do que se pretendeu expor nesta dissertação, pode-se alinhar algumas conclusões capazes de sintetizar alguns dos sensíveis problemas que envolvem a tutela externa do crédito:

1. O princípio da relatividade dos contratos restringe o alcance dos efeitos da convenção contratual apenas àqueles que a ela se submeteram através de suas manifestações de vontade. Esta limitação promovida pelo aludido princípio importava grande óbice à responsabilidade civil do terceiro cúmplice, sendo mesmo inconcebível que um terceiro estranho aos efeitos contratuais pudesse responder pelos danos advenientes de sua violação.

2. Também pelo prisma creditício a tutela externa do crédito revela-se inapropriada. O direito obrigacional reputa-se relativo em virtude da vinculação exclusiva do devedor ao liame obrigacional. O cumprimento da prestação incumbe tão somente ao devedor, sendo este o único sujeito adstrito ao adimplemento. O credor apenas poderá exigir de seu devedor a realização da prestação, posto que somente a ele cabe o dever jurídico decorrente da relação obrigacional. É neste passo que os direitos obrigacionais se distinguem dos direitos reais. Enquanto os direitos de crédito consideram-se relativos e impõe deveres apenas ao devedor, os direitos reais revelam-se absolutos, impingindo um dever geral de respeito a toda coletividade.

3. Diante da relatividade dos contratos e do caráter relativo dos direitos obrigacionais, juristas conservadores repudiam com veemência a possibilidade de responsabilização de um terceiro pela lesão ao crédito alheio. Tal hipótese consistiria pesado ônus ao comércio jurídico, travando sobremaneira a atividade negocial. Também a existência de situações legais expressas de eficácia externa das obrigações deporia contra uma generalizada hipótese de tutela externa do crédito, pois a submissão do terceiro aos efeitos contratuais somente seria concebível nas restritas e expressas hipóteses legais.

4. No entanto, algumas elucubrações dogmáticas demonstraram que a tutela externa do crédito poderia grassar mesmo diante daqueles supostos óbices entoados pela doutrina tradicional. Concebeu-se a distinção entre efeitos internos e externos do contrato, mercê da inescapável necessidade de reconhecimento das reverberações

socioeconômicas promovidas pelo contrato no seu meio de inserção. O contrato é fenômeno jurídico de amplas repercussões econômicas e sociais que transcendem os estreitos limites do vínculo contratual. Os direitos e obrigações decorrentes da convenção contratual limitam-se às partes que a compuseram, designando os efeitos internos do contrato. Na banda oposta, reputam-se externos aqueles efeitos oriundos da posição assumida pelo contrato no contexto econômico e social.

5. Foi mesmo em arrimo no princípio da oponibilidade dos direitos subjetivos que se derruiu com grande autoridade dogmática a impossibilidade de responsabilização do terceiro pela lesão ao crédito alheio. O direito subjetivo – independentemente de sua natureza real ou pessoal – somente permitirá ao seu titular a plena satisfação de seus interesses diante da ausência de interferências externas ao seu exercício. A exclusividade na atuação do titular do direito subjetivo promove a sua oponibilidade, impingindo aos terceiros um dever de abstenção que seja capaz de garantir o exercício satisfativo do direito subjetivo.

6. Alguns juristas identificam no princípio da função social do contrato o fundamento bastante para a oponibilidade do direito de crédito. Este princípio teria o condão de promover o adequado posicionamento do contrato no meio econômico e social. A irradiação dos efeitos contratuais na malha social exigiria de terceiros um dever de respeito em relação à situação jurídica contratual. Caberia ao princípio da função social do contrato promover a necessária interpenetração entre contrato e sociedade, incumbindo-lhe estipular deveres internos e externos capazes de determinar uma esmerada adequação entre os interesses sociais exógenos ao contrato e os interesses particulares da relação contratual. A instituição de um dever de respeito direcionado a terceiros estranhos ao vínculo contratual seria uma das expressões da função social do contrato, que assumiria uma incumbência tutelar do crédito.

7. Entrementes, defendeu-se uma interpretação mais restrita do princípio da função social do contrato, concebendo-o como mecanismo axiológico de controle do exercício funcional da liberdade de contratar. Nesta esteira, colima-se promover interesses sociais extracontratuais que reclamem a tutela do ordenamento. O princípio da função social do contrato exige das partes uma conduta conscienciosa acerca dos interesses exógenos que podem ser afetados pelo contrato e que postulam a tutela do ordenamento. Não se pode conceber a criação de um dever de abstenção direcionado a terceiros e instituído com o escopo de preservar os interesses individuais do credor por

arte da função social do contrato. Ao revés, tal princípio remonta à conformação das situações jurídicas contratuais a interesses sociais e econômico que postulem a tutela do ordenamento.

8. Coube ao princípio da boa-fé objetiva proporcionar um supedâneo axiológico ao dever de respeito ao crédito alheio. Este princípio operou uma virada paradigmática na leitura do fenômeno obrigacional, determinando a instalação de um ambiente de lealdade e cooperação na relação obrigacional. O adimplemento e a satisfação dos interesses das partes somente serão apropriadamente atingidos diante de um cenário de colaboração composto por uma realidade complexa e dinâmica dirigida ao resultado útil pretendido. O ditado solidarista imposto pela boa-fé objetiva não se restringe às estreitas bordas do contrato, alcançando também terceiros estranhos à relação obrigacional. Os comandos de probidade e cooperação exarados pela boa-fé objetiva espraiam-se para além do contrato, exigindo de terceiros a adoção de comportamentos condizentes com os interesses resguardados pela relação obrigacional. É naquela função criativa de deveres instrumentais da boa-fé objetiva que a tutela externa do crédito encontrará seu fundamento essencial – configurando um dever de respeito ao crédito alheio.

9. O dever de abstenção imposto ao terceiro não tem sede contratual nem é produto da relação obrigacional. Não se cuida de um dever de matiz contratual, mas um dever de *alterum non laedere* – decorrente da imposição legal de respeito ao direito subjetivo. Trata-se de uma projeção do dever de não lesar especificamente dirigido à higidez do crédito alheio. Portanto, será aquiliana a natureza da responsabilidade civil do terceiro interferente.

10. O dever de respeito ao crédito alheio decorre do exercício ponderativo realizado entre liberdade de iniciativa e solidariedade social. Será através do cotejo das circunstâncias que compõem o caso concreto que se possibilitará a realização de uma adequação axiológica entre solidariedade social e livre iniciativa com o escopo de se instituir o dever de abstenção. Tal dever exurgirá quando o ambiente de probidade e cooperação instalado no extrato mercadológico analisado exigir de seus agentes a adoção de comportamentos comedidos e respeitosos às posições creditícias de seus adversários. Esta imposição releva-se necessária não apenas em decorrência do mister de preservação do solidarismo nas relações interprivadas, mas também para promover um mercado salubre e competente para propiciar o desenvolvimento econômico de seus agentes e o respeito ao mercado consumidor.

11. O dano se caracterizará pelo prejuízo decorrente do inadimplemento. O incumprimento da prestação proporcionará ao credor uma perda patrimonial que deverá ser ressarcida por devedor e terceiro. A configuração do dano ressarcível pelo terceiro na hipótese de tutela externa do crédito decorrerá do sopesamento entre os interesses em jogo. Os interesses ostentados por credor e terceiro expressarão concretamente a confluência axiológica entre liberdade de iniciativa e solidariedade social. O prejuízo suportado pelo credor somente será reputado injusto diante da prevalência de tutela de seus interesses em detrimento daqueles interesses postulados pelo terceiro. O devido escrutínio das circunstâncias do caso concreto promovido pelo princípio da boa-fé objetiva determinará qual dos interesses exigirá a tutela do ordenamento. A conclusão ponderativa direcionada ao interesse lesado permitirá a configuração do dano injusto, o qual deverá ser ressarcido pelo titular do interesse lesivo, cuja conduta será marcada pela antijuridicidade.

12. A conduta adotada pelo terceiro ofensor afigura-se travestida por um negócio jurídico. A lesão será perpetrada pela contratação entabulada entre terceiro e devedor. É a própria existência de tal relação contratual que fulminará o crédito alheio, mercê da plena incompatibilidade entre as duas relações obrigacionais, o que impedirá que o devedor cumpra adequadamente a prestação originalmente avençada.

13. A hipótese de responsabilidade civil do terceiro cúmplice exige um requisito específico sem o qual não se poderá vislumbrar a existência do dever de respeito ao crédito alheio: o conhecimento efetivo acerca da existência do crédito. A publicidade do direito subjetivo é predicado fundamental de sua oponibilidade, não sendo possível vislumbrar a configuração de um dever de abstenção sem que haja a devida cognoscibilidade do direito. Diante da ausência de mecanismos de publicidade capazes de permitir a cognoscibilidade dos direitos obrigacionais, sua oponibilidade somente se concretizará através do conhecimento efetivo sobre a existência do direito de crédito.

14. Muito se discute se a inescapável exigência de prévio conhecimento do crédito implicaria na necessidade de configuração do dolo na conduta do terceiro. Parcela considerável da doutrina acredita que a atuação do terceiro em contrariedade a um crédito cuja existência era por ele conhecida somente poderia derivar de uma conduta intencional e marcada pelo desiderato doloso de lesar o credor.

15. No entanto, não se deve confundir uma conduta marcada pelo conhecimento sobre a existência do crédito com uma exigência de atuação dolosa. A ciência acerca do

crédito lesado determina um estado de má-fé que não se imiscui na seara volitiva do agente, sendo mesmo despiciendo pesquisar o intuito solerte do terceiro. A consciência de que o crédito alheio é incompatível com a conduta do terceiro revela um estado de má-fé, o qual restará especificamente caracterizado pela eleição de uma conduta contrária a uma situação jurídica de que se tinha prévio conhecimento.

16. A conduta adotada pelo terceiro ofensor revela uma transgressão ao dever de abstenção imposto pelo princípio da boa-fé objetiva – designando um descaminho em relação ao padrão de conduta desejado pelo mercado analisado. A estipulação de um contrato incompatível com um crédito anterior cuja existência era conhecida poderá caracterizar um desrespeito aos paradigmas de atuação ditados pelo princípio da boa-fé objetiva. A desobediência ao dever instituído pela boa-fé desvendará uma conduta culposa – marcada por uma concepção normativa de culpa.

17. A segunda contratação não deve ser reputada como um ilício em sentido estrito. Ao revés, a conduta do terceiro é marcada pela abusividade. O estabelecimento de uma relação contratual é abstratamente considerado legítimo – decorrência de um direito de sede constitucional. Entrementes, as circunstâncias do exercício de tal direito podem demonstrar um aviltamento às bitolas éticas propugnadas pela boa-fé objetiva, caracterizando tal exercício como abusivo. A pecha da antijuridicidade conferida à conduta do terceiro quando do sopesamento com o interesse postulado pelo credor conduzirá a hipótese de responsabilidade civil do terceiro ofensor às margens do abuso do direito.

18. Reputa-se configurado o nexa causal entre a conduta do terceiro e o dano suportado pelo credor diante da contrariedade existente entre o crédito violado e a conduta praticada pelo terceiro. Há uma relação de necessariedade entre o impulso contratual do terceiro e a lesão impingida ao credor. O dano somente se configura em virtude do aliciamento do devedor praticado pelo terceiro, permitindo a caracterização de um liame de causalidade entre o dano decorrente do inadimplemento e a contratação perpetrada pelo terceiro. Portanto, percebe-se que o prejuízo imposto ao credor decorre de uma conduta conjunta entre terceiro e devedor. O contrato estabelecido entre estes impede este último de adequadamente cumprir a prestação que devia ao credor, ocasionando o inadimplemento. Neste diapasão, há um consórcio na causação do dano que postula a instituição do regime de solidariedade entre os agentes lesivos.

19. Primeiro critério de grande auxílio na identificação do dever de respeito ao crédito alheio é a existência de cláusula de exclusividade ou de não-concorrência na relação obrigacional lesada. Estas cláusulas assinalam um ambiente restrito de concorrência e apontam para um mercado intolerante com condutas interferentes. A existência de alguma dessas cláusulas é um poderoso indício de que o extrato mercadológico repudia condutas desleais de interferência no crédito alheio. Desta forma, um contrato imbuído em um contexto exclusivista pretende preservar a utilidade da prestação frente a intervenções exógenas, servindo tal característica como um seguro parâmetro para a instituição do dever de abstenção.

20. Também a impossibilidade de denúncia do contrato original figura como parâmetro para a designação do dever de respeito ao crédito alheio. O contrato sujeito à resilição unilateral admite a desembaraçada desvinculação do devedor, permitindo-se que este se exonere do contrato original com o intuito de servir a um terceiro rival de seu credor. Esta ruptura unilateral do contrato encontra guarida na disciplina obrigacional e fora estipulada no momento de sua gênese. O terceiro que instiga o devedor a deixar a relação contratual através do exercício de um direito potestativo atribuído a este último e garantido pela normativa contratual não atua de modo contrário aos ditames de boa-fé objetiva. A precariedade do contrato admite a conduta interferente do terceiro, mas não permite que este contrate com o devedor enquanto subsistir o contrato originário.

21. A validade do contrato lesionado configura outro critério capaz de determinar o surgimento do dever de respeito ao crédito alheio. O contrato nulo ostenta uma grave mácula que lhe impede de produzir quaisquer efeitos. Este óbice instituído pelo vício que inquina o negócio jurídico impede que se constitua a oponibilidade do crédito dele decorrente, e a eventual conduta interferente de um terceiro não poderá ser reputada como ilegítima e antijurídica. Se estivermos diante de uma hipótese de anulabilidade do contrato, somente após o exercício do direito potestativo de anulação ou do transcurso do prazo decadencial é que vislumbrará o afastamento do dever de abstenção.

22. A lesão ao crédito perpetrada pelo terceiro cúmplice determinará sua responsabilização pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Caso a interferência lesiva ocasione o completo esvaziamento da utilidade da prestação ao credor – configurando-se o inadimplemento absoluto da obrigação – ao terceiro

incumbirá apenas promover a reparação dos danos advenientes do descumprimento, ausentes outras vias de satisfação do credor, mercê da ausência de utilidade da prestação.

23. A configuração do inadimplemento relativo exigirá a persistência de utilidade na prestação, o que somente poderá ser averiguado caso o contrato entabulado entre devedor e terceiro seja afastado. Isto porque enquanto tal relação contratual subsistir, o devedor se encontrará impedido de realizar a prestação adequadamente. A incompatibilidade existente entre os dois contratos não admite que o devedor cumpra apropriadamente a prestação originalmente devida. Por tal razão é que a eventual persistência de utilidade na prestação para o credor lesado – configurando-se a violação do crédito através da mora – somente admitirá a execução específica e o consequente atendimento integral dos interesses do credor caso o contrato entre devedor e terceiro seja desconsiderado, permitindo-se, assim, que o devedor cumpra adequadamente a prestação devida.

24. Duas são as alternativas existentes para afastar o contrato firmado entre devedor e terceiro: a nulidade e a inoponibilidade do contrato. Pode-se lhe reconhecer a nulidade, desconstituindo-se plenamente o aludido negócio jurídico. No entanto, a decretação da invalidade do contrato não poderá servir exclusivamente como instrumento para a satisfação dos interesses do credor lesionado. Somente será admissível a declaração da nulidade do negócio caso haja alguma causa legal de invalidade que o inquene. De fato, a decretação da nulidade servirá à preservação do interesse público insculpido no regime legal de invalidades. Reconhecida a nulidade diante de uma causa legal, admite-se a desconstituição do contrato, abrindo-se a possibilidade de execução específica da obrigação originária.

25. Já a inoponibilidade surge como mecanismo de intervenção na esfera de eficácia do negócio, instituída como decorrência da abusividade da contratação perpetrada pelo terceiro. A inoponibilidade é medida de paralização da eficácia do contrato em face do credor lesado. O reconhecimento da abusividade do ato realizado pelo credor exige o afastamento dos efeitos que tal ato acarreta. A manutenção dos efeitos do ato abusivo não condiz com o repúdio que o ordenamento reserva ao exercício abusivo de direitos, pois culminaria com a permanência da lesão decorrente do abuso. A adequada tutela dos interesses vitimados pelo abuso do direito perpassa pela desconsideração dos efeitos decorrentes do ato abusivo, permitindo-se a cessação da

lesão ocasionada. Especificamente em relação à tutela externa do crédito, esta medida de inoponibilidade implicará no afastamento do segundo contrato – aquele entabulado entre devedor e terceiro – e a consequente desconsideração de seus efeitos face ao credor vitimado. Tal solução admitirá a persecução dos interesses do credor através da execução específica da obrigação.

26. Cumpre destacar que nas hipóteses de tutela externa do crédito decorrentes de obrigações de dar coisa certa, o reconhecimento da inoponibilidade dos efeitos do segundo contrato – decorrente do exercício abusivo do direito de contratar – não acarretará a reversão do translatividade do domínio sobre a coisa alienada. A transmissão da propriedade não decorre do contrato, sendo esta apenas efeito mediato da relação contratual. Permitir que a inoponibilidade do ato abusivo consistisse no retorno do bem alienado ao patrimônio do devedor implicaria na concessão generalizada de eficácia real aos direitos obrigacionais, caracterizando sensível contrariedade à disciplina legislativa dos direitos de crédito. A interferência de terceiros em obrigações de dar coisa certa somente instituirá o dever de indenização pelos prejuízos causados ao credor, impossibilitada a persecução do bem alienado, mercê da ausência de eficácia real dos direitos de crédito.

27. A cláusula penal constitui limite convencional ao ressarcimento dos danos ocasionados pelo inadimplemento. A extensão dos deveres indenizatórios do terceiro cúmplice em desconsideração aos limites determinados pela cláusula penal poderiam constituir grande iniquidade na equação ressarcitória. Nesta esteira, a pena convencional deverá ser considerada como parâmetro de determinação do montante indenizatório incumbido ao terceiro. Caso os danos efetivamente suportados se mostrem superiores ao valor apontado pela cláusula, devedor e terceiro responderão nos limites desta. Todavia, se o valor estipulado pela cláusula penal revelar-se excedente àquele dos danos sofridos, o devedor responderá pelo valor designado pela cláusula, enquanto o terceiro arcará com os valores alusivos ao dano efetivamente suportado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr. 1995.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: Resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 73-88, jul. 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed.. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Publicidade e teoria de registros**. Coimbra: Almedina, 1966.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 92, p. 221-240, out. 1986.
- ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 391, v. 103, p. 89-110, 2007.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por incumprimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, 1998.
- BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.
- BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto Civile**. Il contratto. Milão: Giuffrè Editore, 1981, v. 3.

- BUSNELLI, Francesco Donato. **La lesione del credito da parte di terzi**. Milão: Giuffrè Editore, 1964.
- CALASTRENG, Simone. **La relativite des conventions**: Etude de l'article 1.165 du Code Civil. Paris: Sirey, 1939.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 125-150, 2004.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 61-110.
- CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO, Fabrício Silva de. **Da tutela externa do crédito**. 2005. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Ineficácia**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- CORREIA, António Ferrer. Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência. In: ESTUDOS de Direito Civil e Comercial e Criminal. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1985. p. 33-51.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-68.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Tradução de Francisco Javier Osset. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**: Effets des obligations. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1933, p. 609, t. 7.

DI MARTINO, Patrizia. La responsabilità del terzo complice nell'inadempimento contrattuale. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão, n. 4, p. 1356-1420, 1975.

DIEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: Las relaciones obligatorias. 5. ed. Madri: Editorial Civitas, 1996, v. 2.

DIEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: Introducción teoría del contrato. Volumen Primero. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. v. 1.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: Responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 375, v. 100, p. 27-35, 2004.

DUCLOS, José. **L'opposabilité** (Essai d'une théorie générale). Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRANDO, Gilda. La lesione del diritto di credito da parte di terzi. **Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale**. Parte II, 1985.

FIEDRA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência**: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. São Paulo: Singular, 2007.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. 167 f. Dissertação (mestrado em direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 513-538.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.

FRANKLIN, Marc; RABIN, Robert. **Cases and materials on tort law and alternatives**. 6. ed. Westbury: The Foundation Press, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: A função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 369-393.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Luis da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 1937, v. 12, t. 2.

GHESTIN, Jacques. Introduction (Rapport Français). In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques (Orgs.). **Les effets du contrat à l'égard des tiers**: comparaisons franco-belges. Paris: LGDJ, 1992, p. 4-39.

GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Limiti negoziali dela concorrenza**. Padova: CEDAM, 1961.

IZORCHE, Marie-Laure. Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française. In: VACCA, Letizia. (org.). **Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 71-108.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: Grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-75, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 50, p. 217-236, 2012.

- KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-297, v. 2.
- LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1.
- LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual?: Função social do contrato e contornos da autonomia privada. In: **Revista de direito privado**. São Paulo, n. 49, p. 147-185, 2012.
- LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. In: **Revista dos Tribunais**, n. 315, p. 14-30, 1962.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fonte das obrigações: Contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1991, v. 3.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial: Das várias espécies de contratos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. 2011. Dissertação de mestrado em direito civil. Universidade de São Paulo. São Paulo.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (suppressio). In: **Civilística: Revista eletrônica de direito civil**. n. 4, p. 1-27, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MATTIETTO, Leonardo. Função social e relatividade do contrato: Um contraste entre princípios. In: **Revista jurídica**. Porto Alegre, n. 342, p. 29-40, 2006.
- MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **A parte geral do código civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 325-360.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 1.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Eficácia externa dos créditos e abuso do direito. In: **O Direito**. Coimbra, ano 141º, p. 29-108, 2009.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, 4. reimpressão.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito) In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 453-471, v. 3.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999, 1. reimpressão.

MONTEIRO, António Pinto. Entrevista. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 30, p. 279-301, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 33-54.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 381-421.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos paradigmas. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-253.

NELLA, Luca di. Concorrenza e contratto. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 44, p. 71-85, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, p. 205-218, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Diogo Pignatário de; MAIA, Vinícius Fernandes Costa. Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 259, p. 123-147, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direitos reais**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLMAN, Harvey S. Interference with contract and other economic expectancies: A clash of tort and contract doctrine. In: **The University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 49, n. 1, p. 61-129, 1982.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso 'Zeca Pagodinho'. In:

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-344, v. 2.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-314.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

RESCIGNO, Pietro. **Manuale di diritto privato italiano**. 10 ed.. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral das obrigações**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 821, p. 80-98, 2004.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVOLD, Nelson. **Cláusula penal: A pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SALVADOR, Manuel J. G.. **Terceiro e os efeitos dos actos ou contratos: A boa fé nos contratos**. Lisboa: Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962.

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

SAVATIER, René. Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 34, p. 526-545, 1934.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 457-488.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

- SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 32, p. 03-27, 2007.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: **Estudos de direito civil brasileiro e português** (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 42-72.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170.
- SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 69-98.
- SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 13, v. 4, p. 250-263, 2003.
- SLAIB FILHO, Nagib. **Comentários à nova lei do inquilinato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-92, 2012.
- TEDESCHI, Bianca Gardella. **L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**: Um'indagine comparatistica. Milano: Giuffrè Editore, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-23, t. 1.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexu de causalidade. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-81, t. 2.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-62, t. 2.
- TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 241-273, t. 2.

- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (org.) **O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.
- TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 275-304, t. 2.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.
- TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.
- TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1999.
- THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direito e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental a livre iniciativa: Na teoria e na prática institucional brasileira. In: **AJURIS**. Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 107-124, 2007.
- TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito. In: **Rivista do diritto civile**. Pádua, ano 29, primeira parte, p. 217-236, 1983.
- URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: **Revista de direito privado**. São Paulo, v. 43, p. 180-231, 2010.
- VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1.
- VARELA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7 ed. Volume II. Coimbra: Almedina, 1999, v. 2.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 2.

VIRASSAMY, Georges. La connaissance et l'opposabilité. In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques (Orgs.). **Les effets du contrat à l'égard des tiers**: comparaisons franco-belges. Paris: LGDJ, 1992, p. 132-151.

VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile**: Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. Terza edizione. Pádua: CEDAM, 2005.

WEILL, Alex. **Droit civil**: les obligations. Paris: Dalloz, 1971.