



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Larissa de Lima Vargas Souza

**Tutela externa do crédito na perspectiva civil-constitucional: fundamentos,
pressupostos e consequências da responsabilidade civil do terceiro
interferente**

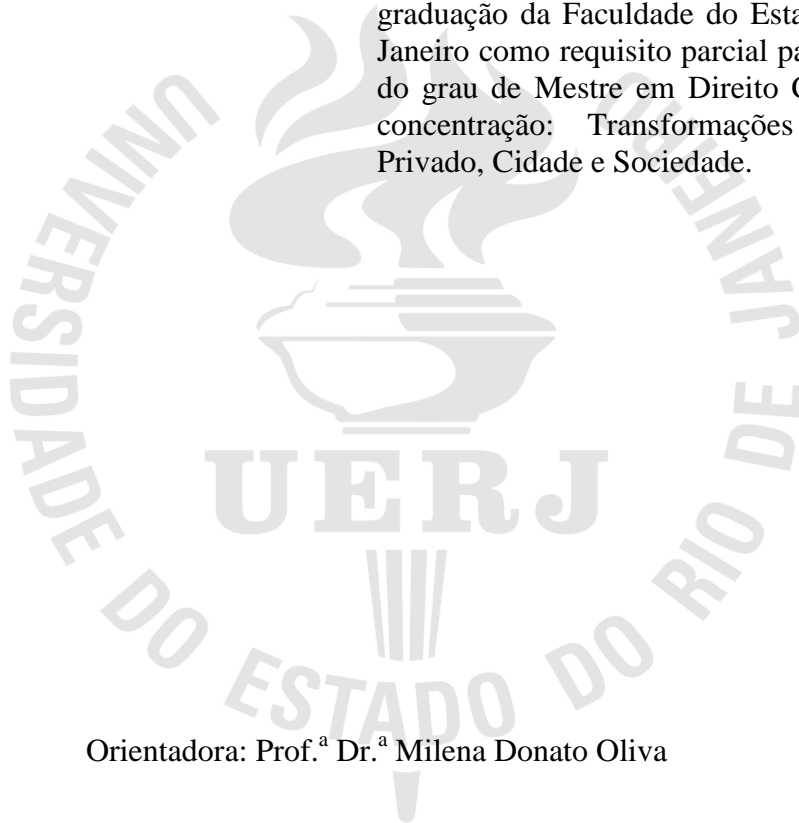
Rio de Janeiro

2017

Larissa de Lima Vargas Souza

Tutela externa do crédito na perspectiva civil-constitucional: fundamentos, pressupostos e consequências da responsabilidade civil do terceiro interferente

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



Orientadora: Prof.^a Dr.^a Milena Donato Oliva

Rio de Janeiro

2017

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

S729

Souza, Larissa de Lima Vargas.

Tutela externa do crédito na perspectiva civil-constitucional:
fundamentos, pressupostos e consequências da responsabilidade civil do
terceiro interferente / Larissa de Lima Vargas Souza. - 2017.
162f.

Orientador: Prof^a. Dra. Milena Donato Oliva.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Tutela - Teses. 2.Responsabilidade (Direito) –Teses. 3.Contratos –
Teses. I.Oliva, Milena Donato. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

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

Assinatura

Data

Larissa de Lima Vargas Souza

Tutela externa do crédito na perspectiva civil-constitucional: fundamentos, pressupostos e consequências da responsabilidade civil do terceiro interferente

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

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Milena Donato Oliva (orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^o Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^o Dr. Wesley de Oliveira Louzada Bernardo

Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

Essa pesquisa é fruto de um trabalho conjunto. Mais do que uma dissertação composta por ideias traduzidas em palavras, esse trabalho é permeado por demonstrações de suporte e afeto que nenhuma forma de expressão seria capaz de descrever. Mesmo assim, proponho-me à difícil tarefa de destacar minha imensa gratidão a todos aqueles sem cuja ajuda nada do que se fez seria possível.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, a quem reputo tudo o que sou e alcancei até hoje. D'Ele, por Ele e para Ele é minha vida.

Ao Leandro, meu companheiro e refúgio para momentos que só com ele dividi. Incentivo acadêmico presente durante toda essa empreitada e exemplo de humanidade que me inspira a ser uma pessoa melhor a cada dia. Minha mais genuína gratidão pela atenção e compreensão irrestritamente demonstradas durante toda esta empreitada e meu eterno amor.

Aos meus pais, Elizeu e Jeane, dos quais sou eternamente devedora por ensinamentos, conselhos e valores que não se lê em livros, não se aprende com o mais profícuo estudo nem se apreende sem o vivo exemplo de quem ensina. Mais do que pai e mãe, sempre foram verdadeiros amigos.

Ao Guilherme, expressão orgânica e muito mais afetuosa da irmandade. Com ele divido a paixão pelo Direito e o sonho de um mundo melhor por meio de sua efetivação. Mais novo em idade, mas de quem sou aprendiz em tantos aspectos.

À minha sogra Marília e meu sogro Osvaldo, por vibrarem junto comigo e prontamente me apoiarem quando precisei.

Aos amigos mais chegados que irmãos, que torceram e oraram para que eu chegasse até aqui. Em especial: Mariana Sá, Maryadne Dias, Lorrany Machado, Rafaela Carreiro, Carolina Campos e Gabrielle Bandeira, presentes preciosos que adquiri ao longo da vida.

Aos meus anfitriões cariocas, que com acalorada receptividade me acolheram no Rio de Janeiro durante todo o tempo dessa jornada e tornaram esse período um compartilhar de experiências tão agradáveis: Dona Consuelo, Nina, Ancelmo, Júlia, Aline e Elô.

Aos queridíssimos amigos que ganhei a partir do mestrado, muito obrigada por de modo tão natural me ensinarem a amar os cariocas, o Rio, a UERJ. Amanda Guimarães, Bruna Lima, Camila Aguilera, Fernanda Cohen, Nathália Canuto, Rachel Maçalam e Rafael Cândido, Rodrigo Gomes: guardarei sempre com muito carinho e saudade esse tempo de convivência e de compartilhamento das mais variadas e inusitadas situações.

Aos caríssimos professores de mestrado, com os quais aprendi lições valiosas para a trajetória acadêmica e para a vida. Maria Celina Bodin de Moraes, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder, Gisela Sampaio da Cruz e Bethania Assy, minha sincera gratidão e admiração. Vocês de fato vivem o respeito à dignidade humana que propalam.

À Milena, orientadora, incentivadora e conselheira durante todo o curso desta pesquisa. Muito obrigada pela dedicação incomensurável sempre demonstrada de todas as maneiras possíveis, com presteza e cortesia que lhes são peculiares. Sou imensamente grata pelas valiosas lições acadêmicas e pelo singular exemplo de pessoa que é.

Ao Wesley, eterno professor e importante incentivador para a trajetória acadêmica desde a graduação, a quem reputo significativa e nunca esquecida parcela de meu apreço ao direito civil.

A todos aqueles, cada um à sua singular maneira, que contribuíram para que eu chegasse até aqui, muitíssimo obrigada!

RESUMO

VARGAS SOUZA, Larissa de Lima. *Tutela externa do crédito na perspectiva civil constitucional: fundamentos, pressupostos e consequências da responsabilidade civil do terceiro interferente*. 2017. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A releitura do princípio da relatividade, próprio da teoria contratual clássica, permite perceber a possibilidade de interferência do contrato em relação a terceiros e, em contrapartida, a influência de terceiros na relação contratual. Partindo dessa constatação, torna-se curial a busca por mecanismos que evitem que esse intercâmbio entre partes e terceiro obstaculize o cumprimento das prestações assumidas na avença entre credor e devedor. Necessário é encontrar fundamentos aptos a alicerçar a possibilidade de responsabilidade civil do terceiro interferente. A doutrina ainda diverge sobre o fundamento da tutela externa do crédito, o qual tem sido atribuído ao princípio da função social do contrato, à boa-fé objetiva e à vedação ao abuso do direito. Uma vez estabelecida e fundamentada a tutela externa do crédito, surge a necessidade de evidenciar os requisitos necessários à responsabilização do terceiro cúmplice ao inadimplemento contratual. Tal responsabilização é, inevitavelmente, permeada pela análise do embate entre liberdade e solidariedade – ambas consectárias do princípio constitucional da dignidade humana -, de modo que se impõe, para a responsabilização civil do terceiro interveniente, a prevalência concreta da solidariedade sobre a liberdade. Assim que reconhecida a possibilidade de responsabilização do terceiro cúmplice, cabe elucidar aspectos importantes no que atine à responsabilidade civil do terceiro, como sua natureza contratual ou extracontratual, a necessidade de comprovação do dolo do terceiro interferente, a solidariedade entre as responsabilidades do devedor e terceiro interferente, a limitação da indenização pelos danos sofridos pelo credor ao valor estipulado em cláusula penal, a possibilidade de execução específica do contrato violado e a dualidade de prazos prescricionais quanto à pretensão de reparação do credor em face do devedor e do terceiro.

Palavras-chave: Tutela externa do crédito. Terceiro interferente. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

VARGAS SOUZA, Larissa de Lima. *External protection of credit at the perspective civil-constitutional: fundamentals, requirements and consequences of the civil liability of the third interfering.* 2017. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The re-reading of the relativity principle, typical of classical contractual theory, makes it possible to perceive the possibility of contract interference in relation to third parties and, on the other hand, the influence of third parties in the contractual relationship. Based on this observation, it is curious to seek mechanisms that prevent this exchange between parties and third parties from hindering the accomplishment of the benefits assumed in the agreement between creditor and debtor. It is necessary to find adequate grounds to support the possibility of civil liability of the third party. The doctrine still diverges on the fundamentals of the external protection of credit, which has been attributed to the principle of the social function of the contract, to the objective good faith and to the prohibition of abuse of rights. Once the external protection of credit has been established and justified, there is a need to highlight the requirements for the liability of the third party to the contractual default. Such accountability is necessarily permeated by an analysis of the conflict between freedom and solidarity - both consecrated by the constitutional principle of human dignity - so that the concrete prevalence of solidarity over freedom is imposed for the third party's civil responsibility. Once the possibility of the third party's liability is recognized, it is important to clarify important aspects regarding third party liability, such as contractual or non-contractual nature, the need to prove the third party's intentions, the solidarity between the obligations of the debtor and third parties, the limitation of compensation for damages suffered by the creditor to the amount stipulated in a criminal clause, the possibility of specific execution of the contract breached and the duality of prescriptive time limits as to the claim for compensation of the creditor regarding the debtor and the third party.

Keywords: External protection of credit. Third interfering. Tort.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	09
1	A EFICÁCIA DO CONTRATO EM FACE DO TERCEIRO.....	13
1.1	O princípio da relatividade dos contratos.....	13
1.2	O crédito como interesse juridicamente relevante.....	19
1.3	O conceito do terceiro em relação ao crédito.....	27
1.4	Ponderação entre a solidariedade e a liberdade para a deflagração da responsabilidade civil do terceiro cúmplice.....	30
1.5	Responsabilidade civil do terceiro interferente e concorrência desleal.....	57
1.6	Fundamentos para a tutela externa do crédito.....	63
1.6.1	<u>Princípio da função social do contrato.....</u>	64
1.6.2	<u>Princípio da boa-fé objetiva.....</u>	75
1.6.3	<u>Abuso do direito.....</u>	83
2	NATUREZA E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO INTERFERENTE.....	93
2.1	A natureza extracontratual da responsabilidade do terceiro.....	93
2.2	Prevalência da solidariedade sobre a liberdade no caso concreto.....	97
2.3	Dano: efeitos do inadimplemento contratual provocado pelo terceiro.....	99

2.4	Nexo de causalidade: o necessário liame entre a atuação do terceiro e o inadimplemento contratual.....	101
2.5	Culpa: conduta do terceiro que viola parâmetros objetivos de conduta.....	105
2.6	Responsabilidade do terceiro por interferência na fase de negociações preliminares e a tutela das legítimas expectativas do credor.....	115
2.7	A validade do contrato como condição para a responsabilidade civil do terceiro.....	120
2.8	A responsabilidade civil do terceiro por violação da cláusula de exclusividade.....	122
2.9	A responsabilidade civil do terceiro por violação ao pacto de não concorrência.....	125
2.10	A responsabilidade civil do terceiro nos contratos em que há direito potestativo de livre denunciabilidade pelo devedor.....	128
3	CONSEQUÊNCIAS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO TERCEIRO INTERFERENTE.....	131
3.1	Responsabilidade solidária entre devedor e terceiro.....	131
3.2	A utilização da cláusula penal como parâmetro à condenação do terceiro.....	132
3.3	A cláusula penal como limite à responsabilidade solidária entre devedor e terceiro.....	136
3.4	Execução específica do contrato violado.....	139
3.5	Prazo prescricional para responsabilizar o devedor e o terceiro.....	142
	CONCLUSÃO.....	145
	REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

O influxo do princípio constitucional da solidariedade social¹ na dinâmica contratual está a revelar o recrudescimento da cooperação não só entre as partes contratantes, mas entre estas e os interesses extracontratuais socialmente relevantes². Além disso, o caminho inverso também se verifica: terceiros não participantes do contrato devem se abster de intervir de maneira prejudicial a crédito previamente estabelecido por meio de relação contratual. A fim de propugnar a defesa das relações contratuais diante de possível intervenção deletéria de terceiro erige-se a tutela externa do crédito³.

A Constituição, enquanto ápice de todo o ordenamento jurídico, deve guiar todas as situações jurídicas, nelas compreendidos os institutos de direito civil. Não mais prospera a incomunicabilidade entre o direito civil e a Constituição, em virtude do deslocamento do “eixo valorativo do sistema do Código Civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico”⁴.

A presente pesquisa tem por desiderato analisar a relevância da tutela externa do crédito diante das substanciais possibilidades de interferência de terceiro na relação contratual, atendo-se à específica hipótese de celebração de contrato entre devedor de relação anteriormente constituída e terceiro interferente, gerando o inadimplemento na prestação devida na relação antes estabelecida, de modo a gerar danos ao credor.⁵

¹ Art. 3º, I, da Constituição Federal.

² TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In _____; FACHIN, Luiz Edison (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5.

³ A necessidade de tutela externa do crédito levou ao reconhecimento do denominado “terceiro cúmplice”, que é o terceiro que interfere de maneira prejudicial ao crédito previamente estabelecido entre credor e devedor. Também se atribui à tutela externa do crédito a denominação “tutela aquiliana do crédito”, “tutela aquiliana do credor contra terceiros”, “responsabilidade delitual de terceiro em relação a um contratante”. Dentre os autores que voltaram seus estudos à tutela externa do crédito e à responsabilidade civil do terceiro cúmplice, destacam-se E. Santos Júnior (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003), Francesco Donato Busnelli (*La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè Editore, 1981), Bianca Gardella Tedeschi (*L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali: Um’indagine comparatistica*. Milano: Giuffrè Editore, 2008), Gilda Ferrando (*La lesione del diritto di credito da parte di terzi. Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Parte II, 1985).

⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 465.

⁵ “No estudo da tutela externa do crédito, examina-se usualmente a responsabilização do terceiro que: (i) celebra com o devedor contrato incompatível com aquele anteriormente firmado por este último com o credor, (ii)

É cediço que ainda há consideráveis dúvidas acerca de diversos pontos em torno da responsabilização do terceiro interferente. Para tanto, esta pesquisa pretende rever aspectos já consagrados pela doutrina e, ainda, estudar com maior profundidade aspectos que, certamente, despertam intrigantes questionamentos até hoje.

O presente estudo terá por objeto de análise, inicialmente, o princípio contratual clássico da relatividade e a confluência deste com o princípio da oponibilidade, atributo este de que também são dotados os direitos de crédito. A partir, então, do reconhecimento da oponibilidade do crédito, reconhece-se a possibilidade – e necessidade – de proteger o crédito frente a interferências nocivas por parte de terceiros.

Consectária a tal proteção, a tutela externa do crédito abre espaço à possibilidade de responsabilização do terceiro interferente que, em conluio com o devedor, contribui para o inadimplemento contratual sofrido pelo credor. Necessário será, para tanto, analisar a figura do terceiro e os parâmetros propostos para sua identificação e distinção em relação às partes contratuais.

Será, também, objeto de análise o embate entre liberdade e solidariedade, ambos substratos do princípio constitucional da dignidade humana, para a deflagração da responsabilidade civil do terceiro interferente. A questão nodal que perpassa o tema pode ser formulada do seguinte modo: ainda que preenchidos todos os pressupostos da responsabilização do terceiro que intervém de maneira prejudicial ao crédito, de modo a celebrar contrato incompatível com o devedor, não estaria este terceiro no exercício, indubitavelmente merecedor de tutela, de sua liberdade de contratar?

A análise da prevalência entre liberdade e solidariedade no caso concreto que traga a lume a discussão acerca da responsabilidade civil do terceiro interferente deve perpassar não apenas pelos interesses concretos postos em questão, mas também pelo contexto do cenário mercadológico pretérito e pelas possíveis repercussões que a ponderação entre liberdade e solidariedade acarretará, a fim de que seja garantida uma coerência sistêmica e, também, concreta.

É salutar que, na análise da situação específica, a liberdade de iniciativa não esmoreça diante da responsabilização do terceiro interferente a ponto de obstaculizar a fluidez de um

destrói ou deteriora o bem objeto da prestação, inviabilizando, assim, o adimplemento, ou (iii) impede pelas vias de fato o devedor de cumprir a prestação.¹⁸⁵ Das três hipóteses, a primeira é a mais intensamente debatida na doutrina, pois nela se verifica o descumprimento voluntário do devedor, em razão do compromisso incompatível assumido com o terceiro. É nessa situação, portanto, que se enfrenta o cabimento da responsabilização do terceiro pelo *inadimplemento* da obrigação alheia.” (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2016. p. 47)

nicho mercadológico marcado pela concorrência tenaz. Indaga-se, desde já, que o preenchimento dos requisitos necessários à responsabilidade civil do terceiro interferente não é suficiente a engendrar sua responsabilização junto ao devedor perante o credor prejudicado. Com efeito, mister que se analise que tal responsabilização não poderá prescindir na prevalência da solidariedade sobre a liberdade no caso concreto.

Nessa esteira, necessário analisar se a prevalência da liberdade elide automaticamente a possibilidade de responsabilização do terceiro interferente junto ao devedor perante o credor. Em atividades marcadamente concorrenciais, por exemplo, o terceiro por vezes já intervém em relações contratuais previamente constituídas sabedor da possibilidade de arcar com os prejuízos experimentados pelo credor. A pergunta é: a forte concorrência que marca alguns arranjos contratuais estaria a revelar a prevalência da liberdade sobre a solidariedade? Ainda: se prevalente sobre a solidariedade, a liberdade legitimaria a conduta do terceiro interferente e afastaria, necessariamente, sua responsabilidade civil perante o credor?

Pretende-se, também, estudar comparativamente a tutela externa do crédito com a concorrência desleal, a fim de saber se aquela poderia se exaurir nos contornos desta ou se, doutro modo, teria relevância a distinção entre os institutos.

Será objeto da presente pesquisa, mais, a análise dos fundamentos aptos a embasar a responsabilidade civil do terceiro interferente. Atualmente, em sede doutrinária aventam-se três fundamentos para a tutela externa do crédito: (i) o princípio da função social do contrato, que, nessa acepção, ampliaria as garantias asseguradas às partes contratantes, atribuindo a terceiros o dever de observância ao crédito constituído entre outras partes; (ii) a boa-fé objetiva, na figura parcelar de criação de deveres anexos, incidente não só no âmbito contratual; ou (iii) na vedação ao abuso do direito, em específico, do direito de contratar. O presente estudo irá, então ater-se à análise dos referidos fundamentos.

Mister se faz perquirir, ainda, a natureza da responsabilidade civil do terceiro interferente: se contratual ou extracontratual. Embora – já se adianta – seja majoritário em doutrina nacional e estrangeira que a responsabilidade civil do terceiro interferente é extracontratual, ao passo que a do devedor é contratual, objetiva-se analisar a coerência – posto que o terceiro também provoca o próprio inadimplemento da relação contratual anterior – e relevância prática de tal bifurcação.

Posteriormente, pretende-se estudar os requisitos à responsabilização do terceiro cúmplice ao inadimplemento contratual, que, em consonância ao sistema de responsabilidade civil subjetiva, consistem no dano, nexos de causalidade e culpa. Dentre os pressupostos, releva-se a análise da culpa do terceiro, de modo a elucidar a suficiência da culpa *stricto sensu*

como parâmetro de responsabilização do terceiro. Quer-se, nesta toada, analisar se se recorreria ao dolo como pressuposto de responsabilização do terceiro interferente. Serão analisadas, ainda, as implicações da invalidade do contrato violado em relação à responsabilização do terceiro interferente e, também, a possibilidade de responsabilidade civil do terceiro quando ainda em fase de negociações preliminares os pretensos credor e devedor. Em seguida, serão objeto de estudo circunstâncias específicas que servem de substancial indício à presença ou ausência da tutela externa do crédito, a saber: cláusula de exclusividade, pacto de não concorrência e direito potestativo de livre denunciabilidade pelo devedor.

Pretende-se, mais, responder se poderia ser solidária a responsabilidade entre devedor e terceiro perante os danos ocasionados ao credor em virtude do inadimplemento. Será estudada, em seguida, a possibilidade de limitação da indenização do terceiro interferente com base no valor previamente estabelecido a título de cláusula penal. Tal análise trará à tona, a mitigação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, na medida em que terá por desiderato justamente verificar se o terceiro pode estar adstrito a valor estabelecido em ajuste de cuja pactuação não participou.

A verificação da pertinência de execução específica do contrato anterior incompatível cuja prestação fora inadimplida também será objeto deste estudo. Para tanto, será analisada possibilidade outra à reparação via perdas e danos em favor do credor, de modo a ver se este poderia, doutro modo, suscitar a invalidade ou inoponibilidade do contrato celebrado entre devedor e terceiro interferente, requerendo a execução específica do contrato pré-existente.

Por fim, será objeto desta pesquisa a análise de uma possível dualidade de prazos prescricionais em relação às responsabilidades do devedor e do terceiro, posto que em sede doutrinária e jurisprudencial ainda há vozes favoráveis à dualidade de prazos. Necessário estudar, pois, se o prazo trienal (art. 206, §3º, V, CC) aplicar-se-ia indistintamente ao devedor e ao terceiro interferente ou, então, se apenas ao terceiro vigeria o prazo trienal e ao devedor, doutro modo, seria aplicado o do prazo decenal (art. 205, CC).

1 A EFICÁCIA DO CONTRATO EM FACE DO TERCEIRO

1.1 O princípio da relatividade dos contratos

A possibilidade de resguardar o respeito ao crédito por parte de terceiros e a atribuição de consequências jurídicas na hipótese de violação ao crédito alheio pode ser vista em aparente conflito com o princípio contratual clássico da relatividade.

O princípio da relatividade, que marcara de forma mais contundente o voluntarismo contratual, tem por premissa a afirmação de que o contrato não pode nem beneficiar nem prejudicar terceiros (*res inter alios acta, allios neque prodes nocet*).⁶ Diversamente dos direitos reais, que têm oponibilidade *erga omnes* – fazendo nascer, pois, um dever geral de abstenção⁷ - aos direitos obrigacionais era atribuído caráter relativo⁸, na medida em que as

⁶ “Há um consenso na doutrina tradicional em afirmar que o contrato produz efeito entre as partes, não favorecendo nem prejudicando a terceiros (Pothier, 1861:46; Namur, 1888:346; Planiol, 1917:383; Beviláqua, 1977:93; Carvalho Santos, 1989:9, Telles, 1989:66). Reproduz-se o antigo aforismo romano de que *res inter alios acta, allis neque nocet neque prodest* (o ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros), adaptação de excertos do Codex de Justiniano: *inter alios acta vel iudicata aliin non nocere* (o ato ou a coisa julgada entre certas pessoas não aproveita a terceiros), que se inseriu no direito das obrigações sob a denominação de “princípio da relatividade dos efeitos do contrato”. (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*. Volume 821. Ano 93. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 80)

⁷ “2. Dever de abstenção. Nos direitos absolutos há tal configuração que o titular deles tem certo espaço jurídico, integrado na sua esfera jurídica, e todos têm, a respeito dele, o dever de abstenção, pelo menos. Os direitos relativos podem consistir em que alguém, pessoa determinada, faça, ou se abstenha. Se se ofende àqueles, há a pretensão e a ação para que a situação se restabeleça, ainda contra o terceiro que a negue, porque não a conhecia, ou não a conhece.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. V. p. 306). Há, ainda, muitos outros aspectos apontados como aptos a distinguir os direitos reais dos obrigacionais: “O direito subjetivo, entendido como o poder que a ordem jurídica outorga a uma pessoa de exigir de outra uma conduta positiva ou negativa, é classicamente dividido em duas categorias fundamentais: direitos reais e direitos obrigacionais, sendo esta classificação a espinha dorsal do direito privado. Em comum, haveria apenas o fato de serem dotados de efeitos patrimoniais; afora isto, a doutrina aponta uma série de distinções que têm por objetivo delimitar o conteúdo de cada um deles. [...] Os direitos reais compreendem a relação entre os indivíduos e os bens da vida que os cercam, sejam corpóreos, incorpóreos, fungíveis, infungíveis, frutíferos, infrutíferos, e os demais, cobrindo a gama de possibilidades de bens, com os quais possa o indivíduo relacionar-se em sua esfera dominial. A obrigação é a relação transitória de direito que nos constrange a dar, fazer, ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós esta ação ou omissão.” (CARDOSO, Patrícia. *A posição do terceiro no contrato: uma abordagem não dogmática*. 2006. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 42-43)

⁸ Importante trazer à memória a distinção entre direitos absolutos e relativos desenvolvida por Pontes de Miranda (op. cit., p. 305): “§ 573. Direito absolutos e direitos relativos. 1. Conceituação e precisões. O direito pode dirigir-se contra determinada pessoa (direitos a sujeitos passivos singulares) ou contra a todas as pessoas

relações obrigacionais estavam a consagrar deveres específicos de cuja observância não se poderiam afastar apenas as partes da relação contratual.⁹⁻¹⁰

A relatividade contratual é claro consectário da autonomia da vontade dos sujeitos, de modo a propugnar que aqueles que não tivessem interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser atingidos pelos efeitos imediatos do contrato.¹¹ Marcado por uma

(direitos a sujeitos passivos totais). Os direitos de crédito e os direitos pessoais recíprocos dos cônjuges entram na primeira classe; os direitos de personalidade e os direitos reais, inclusive o domínio, na segunda. Essa é a classe dos direitos absolutos; aquela, a dos direitos relativos.”

⁹ De acordo com Pietro Perlingieri (*Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 203), “a situação creditória, não tendo uma relação de inerência ou de imanência com uma *res*, se realiza mediante o adimplemento e o alcance do resultado. Característica saliente é o comportamento devido: a prestação. Na situação dita real a utilidade, o alcance o 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. Característica única e essencial do direito de crédito é a intermediação mediante a prestação; intermediação que, quando está presente nas situações reais, assume um papel complementar.” Cabe apontar a visão de Antonio Menezes Cordeiro (*Direito das obrigações*. Volume I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. p. 252), para quem a relatividade do direito de crédito pode ser encarada sob três principais prismas: estrutural, de eficácia e de responsabilidade: “O prisma estrutural permitiria ajuizar que o direito de crédito consiste, essencialmente, numa relação intersubjetiva, 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”.

¹⁰ “1170. Ausência de dificuldades práticas. – Como também já disse Pothier, as convenções só podem produzir efeitos sobre o que as partes tenham querido. Isto é evidente, e nenhuma dificuldade provoca esta regra em sua aplicação aos contratos. (p. 99). Em tradução livre. No original: 1170. Ausencia de dificultad prácticas. – Como también ya decía Pothier, las convenciones solo pueden producir efectos sobre lo que las partes han querido. Esto es evidente, y ninguna dificultad provoca esta regla em su aplicación e los contratos.” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil: teoría geral de los contratos; contratos especiales*. Trad. Lic. Jose M. Cajica Junior. 1. ed. Cidade do México: Cardenas Editora, 1983. p. 99).

¹¹ “Neste sentido, o estudo do princípio da relatividade dos efeitos contratuais é de extrema relevância, na medida em que é considerado como um consectário do princípio da autonomia da vontade dos sujeitos. Retira-se, destarte, desta noção primeira, que o contrato somente deverá surtir efeito, ou ser eficaz, entre as partes que tenham compactuado neste sentido, significando que aqueles que não tenham interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser alcançados pelos efeitos imediatos do contrato.” (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, pp. 255-280, p. 259)

concepção personalista¹² e individualista do contrato, o princípio da relatividade revela-se como regra que impõe a “intangibilidade da esfera jurídica individual”¹³.

A percepção de que determinadas condutas de terceiros podem acarretar prejuízos aos contratantes tornou curial o aprofundamento desse fenômeno e a busca de instrumentos capazes de o conter quando necessário.¹⁴ Para tanto, algumas teorias¹⁵ propuseram-se a estudar, comparativamente, os efeitos das obrigações entre as partes contratantes e os efeitos que as relações contratuais impõem de um modo geral. Cabe menção ao cotejo entre a relatividade e a oponibilidade dos contratos e, ainda, à análise da eficácia interna e externa das obrigações¹⁶.

O traço distintivo entre relatividade e oponibilidade foi desenvolvido inicialmente pela doutrina francesa, por Alex Weill e Simone Calastreng, durante a primeira metade do século XX¹⁷. A relatividade preconiza que os efeitos da avença contratual estão inseridos no plano

¹² “Aqui há uma identificação entre vínculo jurídico e contrato. As partes se obrigam pelo vínculo. Sendo os terceiros alheios a este vínculo, em nada lhes afeta a convenção efetivada. As raízes do princípio da relatividade se encontram, portanto, na necessidade da personalização do vínculo limitando os efeitos das convenções aos sujeitos unidos por ele, e no reconhecimento da vontade como origem do negócio jurídico, da obrigação contratual.” (Ibid., p. 262)

¹³ “Considerava-se o princípio da relatividade como um dogma que encerrava uma verdade evidente e sobre o qual se construiu a teoria geral dos contratos. 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, não mais condizente com o espírito da nova teoria contratual [...]” (Ibid., p. 260)

¹⁴ “Quanto à primeira linha, ocupa-se a doutrina em estudar a mitigação da relatividade dos efeitos do contrato por conta de sua função, seja para permitir uma tutela eficiente de terceiros que se encontrariam excluídos do regulamento contratual, seja para fundamentar a tutela externa do crédito em face de comportamentos ilícitos adotados por terceiros.” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. MORAES, Maria Celina Bodin. Rio de Janeiro: Renovar: 2006. p. 289)

¹⁵ “Foi a jurisprudência francesa uma das primeiras a orientar-se no sentido da responsabilização do terceiro que colabora com o devedor na violação do vínculo contratual. A orientação começa a esboçar-se logo após a promulgação do *Code civil* (que é, de resto, omissivo na matéria). Das numerosíssimas decisões judiciais citadas pelos autores, quer franceses quer estrangeiros, como definidoras dessa linha de pensamento – em França, como também na Inglaterra, a jurisprudência antecipou-se aqui largamente à doutrina – a primeira com que topamos versa precisamente sobre a violação de um pacto de preferência e data de 1818.” (Antonio Ferrer Correia” (CORREIA, Antonio Ferrer. *Estudo de direito civil comercial e criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. 2. ed. p. 34-35)

¹⁶ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun. 2007, p. 85.

¹⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coords.) *Diálogos sobre direito civil – volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 457. Antes, porém, já havia tendências a uma releitura do princípio clássico da relatividade, cabendo destaque a René Savatier (*Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 33, Paris: Sirey, 1934, pp. 525-545.), que atribuía caráter “suposto” ao referido princípio.

interno dos contratantes, de modo que apenas as partes que com eles consentiram serão atingidas.¹⁸

Diversamente, a oponibilidade¹⁹ não se situa no plano da eficácia, mas sim da existência do contrato, percebido como um fato social²⁰. Assim, apesar de não serem atingidos, os terceiros devem reconhecer a existência do contrato e, por conseguinte, respeitarem-no²¹. Com efeito, um terceiro que, deliberadamente, auxilia o devedor a não cumprir obrigação previamente assumida com o credor viola o direito deste. Isso porque há

¹⁸ “Esta teoria da relatividade do direito de crédito ganhou força, com o individualismo dos séculos XVIII e XIX, que propugnava por uma liberdade máxima do cidadão, com a consagração da autonomia da vontade, em que o homem só poderia obrigar-se por meio de sua manifestação de vontade.” (BELO, Emília Moreira Belo. Tutela externa do direito de crédito. In *Revista dos Tribunais Nordeste*. Vol. 5/2014. Mai-Jun. 2014. p. 80). A autora prossegue discorrendo sobre o clássico princípio da relatividade: “A teoria da relatividade do direito de crédito – entendida como sendo capaz de produzir apenas efeitos internos – foi desenvolvida, de forma paralela, no âmbito dos contratos, fundamentando a existência do tradicional princípio da relatividade dos contratos. Este princípio defende que o contrato só possui eficácia entre as partes, seus efeitos jurídicos não atingem terceiros, seja para beneficiar, seja para prejudicar”. (Ibid., p. 82). A mitigação da dicotomia clássica entre relatividade e oponibilidade acarreta em um intercâmbio dos efeitos outrora apontados como exclusivos aos referidos princípios: “A oponibilidade seria, pois, exclusiva aos direitos reais. Tal ilação não mais se sustenta, eis que o ordenamento jurídico brasileiro está a revelar direitos reais desprovidos de oponibilidade e, doutro modo, direitos pessoais oponíveis: No entanto, tem-se objetado que essa posição doutrinária não resiste às evidências de que, no direito vigente, há direitos reais desprovidos de oponibilidade assim como há direitos pessoais que dela são dotados. No que concerne ao primeiro ponto, salienta-se que, em determinadas situações, o direito real não seria oponível ao terceiro adquirente de boa-fé. Assim ocorre na *fattispecie* considerada na parte final do art. 1.268 do Código Civil que, contrariamente à orientação geral estabelecida na parte inicial do dispositivo, considera eficaz a tradição feita por quem não é proprietário quando a coisa móvel, “oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono”. (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2016, p 55-56)

¹⁹ “Existe, destarte, uma confusão entre os conceitos de eficácia e de oponibilidade entre aqueles autores que enxergavam a relatividade do contrato como sinônimo de inexistência do contrato para os terceiros. De fato, muitos doutrinadores ao definirem o princípio da relatividade dos contratos o fazem levando em conta que os efeitos do contrato somente se dão entre as partes contratantes e que, perante terceiro, o contrato é como se não existisse. Assim é fundamental que se distinga a eficácia direta do contrato, relativa aos efeitos obrigatórios contratuais que devem existir entre as partes; e a oponibilidade do contrato, ou seja, a necessidade de respeito por terceiros do fato jurídico concluído pelas partes.” (MULHOLLAND, op. cit., p. 274-275)

²⁰ “Curial salientar a distinção prática entre a oponibilidade dos direitos reais e a oponibilidade dos direitos de crédito: Note-se que a oponibilidade dos direitos absolutos perante terceiros independe do conhecimento efetivo destes. Em razão a publicidade inerente ao objeto destes direitos, como, por exemplo, sobre a coisa para a oponibilidade dos direitos reais, a lei satisfaz-se com a simples presunção de conhecimento pelo terceiro. Trata-se de uma oponibilidade absoluta. Já quanto ao direito de crédito, a oponibilidade depende do efetivo conhecimento deste direito pelo terceiro, a oponibilidade varia, assim, de acordo com o estado subjetivo deste. Trata-se de uma oponibilidade relativa.” (BELO, op. cit., p. 84)

²¹ Segundo Teresa Negreiros (*Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 265), “a oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte.”

um dever de respeito aos direitos alheios, sejam eles provenientes da própria lei ou de uma relação contratual²².

Para a segunda corrente, que busca elucidar a interação do terceiro no contrato sob a perspectiva de seus efeitos²³ internos e externos, internos seriam os efeitos voltados ao devedor da prestação e externos²⁴, por sua vez, seriam os efeitos impostos aos terceiros²⁵ no

²² “O terceiro que, conscientemente, ajuda um devedor a violar a obrigação assumida, contrária ao interesse do credor, viola os direitos dos outros. Seja qual for a origem desse direito, causado por um contrato ou pela própria lei, esse direito deve ser igualmente respeitado.” Em tradução livre. No original: “*Le tiers qui, sciemment, ai deun débiter à violer l’obligation contractée, lèselesinterest du créancier, il poreatteinteu droit d’autrui. Quelle que soitl’origine de cedroit, qu’il resulte d’un contrat ou de la loiellemême, il doit être égalementres pect.*” (CALASTRENG, Simone. *La relativite dès conventions: Etude de l’article 1.165 duCode Civil*. Paris: Sirey, 1939, p. 312-313). Acrescente-se, mais, ser o contrato um fato oponível a terceiros: “*De l’élargissement de la notion de partieau contrat... àl’élargissement de l’aportéedu principe de l’effet relatif.*” Ainda: “De outra parte, ressaltou-se que esse dever negativo de abstenção, que pesaria sobre todas as pessoas, não é outra coisa senão o dever de respeito à integridade da esfera jurídica alheia – *alterum non laedere* – que deve ser observado em relação a todas as situações subjetivas, inclusive aos direitos de crédito, e não apenas em favor dos direitos reais. Sendo assim, todo direito subjetivo é protegido pelo ordenamento da possível agressão injusta praticada por um membro da coletividade, de sorte que a eficácia contra terceiros, que segundo a teoria personalista caracterizaria o direito real, constitui, a rigor, atributo de qualquer situação subjetiva.” (RENTERÍA, op. cit., p. 46)

²³ “A delimitação do campo de aplicação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais é realizada tanto no plano subjetivo, como acima demonstrado, como também no plano objetivo, relativamente à questão da eficácia contratual. Ao lado da noção de parte contratual, a eficácia do contrato é a base de sustentação do princípio tratado, pois é exatamente neste plano que serão analisadas as consequências da relatividade dos efeitos contratuais, tanto em relação às partes contratantes quanto em relação aos terceiros estranhos ao contrato.” (MULHOLLAND, op. cit., p. 272)

²⁴ “Por função exógena, ou extrínseca, pode-se compreender uma eficácia esperada do contrato no que respeita a terceiros, ou seja, aqueles que não integram a relação contratual na condição de partes. Paulo Nalin define o que denomina de elemento extrínseco da função social como: Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito. Ainda que não pareça adequado fundamentar toda eficácia externa do contrato com base na função social, é certo que a referência à função social pode dizer respeito a essa dimensão exógena, não a esgotando.” (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 402 p. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. p. 303-304)

²⁵ “Embora cientificamente seja, ainda e sobretudo hoje, uma questão discutível, a diferença entre direitos reais e direitos obrigacionais tem no caráter oponível *erga omnes* a grande nota distintiva de *ius in rem* e do *ius in personam*. Contratos como os de usufruto, servidão ou de renda são transformáveis em direitos sobre a própria coisa ou sobre coisa alheia dès que obedecidos os rigores formais de sua escrituração e de seu registro peculiar, tornando-se plenamente eficazes ante terceiros. Os efeitos contratuais, por uma alteração da natureza jurídica ou, como se quer mais modernamente, da qualificação jurídica do negócio, tornam-se não apenas internos, mas externos. (artigo Otavio, p. 4). Ainda: O segundo argumento contrário à tese que associa direito real à eficácia perante terceiros baseia-se na tutela externa do crédito. O reconhecimento da responsabilidade do terceiro cúmplice pelo descumprimento obrigacional pode ser interpretado como a equiparação da oponibilidade dos direitos de crédito à dos direitos reais. Vale dizer, a tutela externa asseguraria aos créditos o mesmo respeito de que gozam os direitos reais.” (RENTERIA, op. cit., p 60)

que tange ao respeito do crédito alheio²⁶. A admissão da possibilidade de eficácia externa do crédito é, pois, de salutar importância ao reconhecimento da tutela externa do crédito²⁷⁻²⁸.

Consagrada, pois, a relevância da tutela do crédito não apenas no contexto contratual, mas também em relação a terceiros²⁹, mister se faz encontrar substrato suficiente a salvaguardar essa tutela. Com esse escopo, surgiu a denominada “doutrina do terceiro cúmplice”, erigida na França e posteriormente na Inglaterra, a partir do *leading case* Lumley v. Gye, ocorrido em 1853.

Após Johana Wagner, famosa cantora de ópera à época, ter sido contratada, com cláusula de exclusividade, por Benjamin Lumley, empresário teatral, a cantora foi chamada por Frederick Gye para se apresentar no teatro concorrente, sendo necessário, para tanto, pôr fim ao contrato inicialmente celebrado. Esse caso foi objeto de litígio judicial, tendo sido determinado que Gye, concorrente de Lumley, deveria responder pela quebra do vínculo obrigacional entre Lumley e a cantora Johana Wagner³⁰.

²⁶ BANDEIRA, op. cit., p. 87.

²⁷ Antonio Ferrer Correia (Id., p. 33) aborda a importância da eficácia externa para a responsabilização do terceiro na hipótese específica de violação de um pacto de preferência ajustado entre credor e devedor em contrato anterior: “O problema da responsabilidade do terceiro que comparticipa na violação de um pacto de preferência, adquirindo para si a coisa sobre que justamente versava esse pacto, insere-se no âmbito de questão muito mais geral, largamente debatida na doutrina e jurisprudência de quase todos os países – a questão de saber se é ou não de admitir (caso afirmativo, em que termos) a responsabilidade de um terceiro que coopera com o devedor na lesão do direito do credor. Este problema, por seu turno, inscreve-se num quadro mais vasto: a teoria da tutela ou eficácia externa dos direitos de crédito”. O autor português (Ibid., p. 37) prossegue afirmando que “é, portanto, a teoria do efeito externo das obrigações que fornece à doutrina da responsabilidade do terceiro cúmplice o necessário enquadramento lógico-sistemático. Se directamente o contrato só vincula os pactuantes, nem por isso o direito (relativo) dele emergente deixa de ser oponível a terceiros – mas só àqueles que agiram no conhecimento da obrigação contraída.”. Ainda: “A defendida impossibilidade de as obrigações possuírem efeitos externos implica a inexistência de tutela externa do crédito, ou seja, a violação por terceiro de crédito alheio não é ato ilícito. Não haveria ilicitude já que, não sendo parte da relação obrigacional, o terceiro não se vincularia de qualquer forma àquela relação, não tendo sequer o dever de respeitá-la. Contra esta realidade, antes inquestionável, surgiu uma doutrina defendendo que as obrigações possuem eficácia externa. De acordo com esta teoria, embora os terceiros não possam ser compelidos ao cumprimento de obrigação da qual não se vincularam, todos têm o dever de respeito do direito de crédito alheio, podendo ser responsabilizados civilmente pela violação deste dever.” (BELO, op. cit., p. 76)

²⁸ “Defendem a teoria da eficácia externa das obrigações: Pessoa Jorge, Santos Júnior, José de Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Inocêncio Galvão Telles, Pedro Pai de Vasconcelos, Alexandre Pessoa Vaz, Rita Amaral Cabral, Maria de Fátima Abrantes Duarte.” (Ibid., p. 82)

²⁹ “Ressalva-se, no entanto, que em alguns países, como Alemanha e Portugal, a doutrina ainda é reticente em relação à possibilidade de responsabilização do terceiro por violação de crédito alheio”. (PINHEIRO; GLITZ, op. cit., p. 338-339).

³⁰ Ibid., p. 338.

A relatividade das relações obrigacionais, notadamente as contratuais, não gera óbice à oponibilidade dessas relações à coletividade.³¹ Oponibilidade e relatividade não são atributos antagônicos das situações jurídicas subjetivas, mas, antes, coexistem.

Ademais, a eficácia relativa do contrato deve ser relida à luz dos novos princípios contratuais, em necessário cotejo, principalmente, com o princípio da função social. Nessa esteira, a função social revela o crescente afastamento da leitura do direito civil sob ótica voluntarista, de modo a dar lugar à valoração do contrato com base em “novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos”³².

1.2 O crédito como interesse juridicamente relevante

Embora o contrato institua obrigações co-respectivas entre os contratantes, não se pode olvidar que há um dever geral de respeito à contratação³³.

O crédito, enquanto produto da relação contratual, revela-se como eficaz modo de promoção da paridade de participação. A superação do Antigo Regime que marcou o cenário francês entre os séculos XVI e XVII teve como um de seus substanciais corolários a passagem do *status* ao contrato, de modo que o “ter” revelou-se como mais determinante que o “ser”

³¹ “Deve ser buscada, assim, uma nova leitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, pois este existe – não há como negar-se – e é plenamente aplicável, mas deve ser revisto para adaptar-se às exigências sociais que se impõe. Não há que se falar também em crise deste princípio, pois sua aplicação e utilidade na garantia da segurança jurídica são patentes.” (MULHOLLAND, op. cit., p. 279)

³² “A conclusão de que o fundamento legal da força obrigatória do contrato repercute na interpretação do princípio da relatividade, da medida em que desloca a vontade do centro da teoria contratual, conduz à necessidade de se analisar a eficácia relativa do contrato à luz os novos princípios, dentre os quais se destaca, como se propõe neste trabalho, o princípio da função social. A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito – sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.” (NEGREIROS, op. cit., p. 226)

³³ Para Carlos Nelson Konder, “não se pode mais impor o mesmo regime jurídico a todo aquele que não tenha participado da relação contratual. Seja ampliando o conceito de parte, com partes na execução do contrato, ou partes equiparadas por lei, seja conferindo diferentes tipos de eficácia contratual aos diferentes sujeitos, nota-se o reconhecimento da insuficiência de uma pura dicotomia partes-terceiros e um esforço em abordar as múltiplas situações em que essa problemática se coloca”. (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70-71).

para fins de “libertação do indivíduo das amarras sociais-estamentais do Antigo Regime”³⁴. Com efeito, “o contrato estipulado entre sujeitos livres e iguais mostrava a ruptura com as hierarquias sociais, com as formas de submissão e dependência do Antigo Regime”³⁵.

O acesso a bens passa a ser, então, um dos meios de acesso à paridade de participação. O tema foi objeto de estudo da autora norte-americana Nancy Fraser, para quem há um necessário paralelo entre redistribuição e reconhecimento como meios que levam ao atingimento da paridade de participação. Para a autora, a busca pela justiça social e paridade de participação não está centrada apenas na redistribuição de recursos e riquezas, mas também no reconhecimento social. Isso porque é crescente o surgimento de reivindicações voltadas ao reconhecimento das diferenças.³⁶

Não obstante essa demanda diversa, por reconhecimento, Fraser defende que redistribuição e reconhecimento não são reivindicações antitéticas, eis que o alcance da justiça social deve passar, necessariamente, pela redistribuição e pelo reconhecimento.

A autora aponta para a tarefa de entender as relações entre má-distribuição e falta de reconhecimento na sociedade contemporânea. Esta compreensão implica na teorização das

³⁴ “O ‘ter’, neste momento histórico de hegemonia dos valores liberais da burguesia, é um elemento de paridade em oposição ao “ser”: ‘... do *status* ao contrato”, dirá Maine, exultante pela libertação do indivíduo das amarras sociais-estamentais do Antigo Regime. Supera-se o Estado absoluto; ergue-se o indivíduo absoluto. ‘O Estado sou eu’ (Luiz XIV) e “O inferno são os outros” (Sartre) bem poderiam ter-se como falas apropriadas a este personagem, que vivia numa era de absolutismo esclarecido do Eu. Em face da exarcebada liberdade individual, a intervenção estatal tendia a ser considerada arbitrária: a proteção à liberdade incluiria, numa visão assim extremada, até mesmo a liberdade de não ser livre.” (NEGREIROS, op. cit., p. 16). Em sentido semelhante: “A certeza de uma natural e progressiva evolução da sujeição à liberdade, do status para o contrato, sofre uma rachadura entre os séculos XIX e XX. Enquanto om o otimismo evolucionista de Spencer se celebram as virtudes da luta pela existência e o Estado “mínimo”, leis sociais específicas põem em crise a relação entre igualdade e diferenças, entre direito comum e privilégio. A distância abissal utilizada para dividir status e contrato parece dissolver-se (basta pensar nas páginas em que Durkheim indica “as condições não contratuais do contrato”) e a mitologia de uma ordem mantida por uma “absoluta” liberdade é forçada a se confrontar com status “criados” pela intervenção social do Estado.” (CAZZETTA, Giovanni. Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX. In SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Coords.). *História do Direito Privado: olhares diacrônicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 85)

³⁵ “O “movimento” indicava o futuro e descrevia o presente em oposição ao passado; um presente não mais marcado pela coação e pela hierarquia, mas por uma ordem “desejada”. O contrato estipulado entre sujeitos livres e iguais mostrava a ruptura com as hierarquias sociais, com as formas de submissão e dependência do antigo regime; constituía a evidência comprovada do triunfo da liberdade e da igualdade.” (Ibid., p. 86)

³⁶ “Eu comecei a minha observação afirmando que, como categorias filosóficas, redistribuição e reconhecimento têm procedências amplamente divergentes. Como vimos, a distribuição vem da tradição liberal anglo-americana e é frequentemente associada com a *moralität* kantiana. Reconhecimento, por outro lado, vem da tradição fenomenológica e é geralmente associada a *Sittlichkeit* hegeliana.” Em tradução livre. No original: “*I began my noting that, as philosophical categories, redistribution and recognition have widely divergent provenances. As we saw, distribution comes from the Anglo-American liberal tradition and is often associated with Kantian Moralität. Recognition, in contrast, comes from the phenomenological tradition and is usually associated with Hegelian Sittlichkeit.*” (FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In _____; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p. 33)

relações entre estruturas de classes e ordem de *status* no capitalismo globalizado da pós-modernidade. Para tanto, é necessário levar em consideração a diferença entre classe e *status* e, também, as interações causais entre essas duas esferas³⁷. Assim, deve-se admitir a irreduzibilidade mútua entre má-distribuição e falta de reconhecimento e, por conseguinte, o entrelaçamento prático de um com o outro. A redistribuição perpassa, pois, pelo crescente estabelecimento de novas relações que dão ensejo ao crédito³⁸, o qual se revela como importante meio de promoção à paridade de participação.

Retornando à análise entre relatividade e oponibilidade, tem-se que não é mais o critério da oponibilidade apto a distinguir as situações reais das situações creditórias, eis que também detentor de oponibilidade o crédito. A distinção substancial consiste, em verdade, nos efeitos da oponibilidade quanto às situações reais e quanto às situações de crédito. Isto porque, uma vez desrespeitada a oponibilidade das situações reais, há em favor destas o direito de seqüela, o qual não assiste às situações creditórias³⁹⁻⁴⁰.

³⁷ “Entendido em seu caminho, o paradigma popular da redistribuição e do paradigma popular de reconhecimento podem ser contrastado em quatro aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, os dois paradigmas assumem diferentes concepções de justiça. A redistribuição enquanto paradigma incide sobre as injustiças que ele define como sócio- econômico e presume estar enraizado na estrutura econômica da sociedade. Exemplos podem incluir exploração (tendo os frutos do próprio trabalho apropriado para o benefício dos outros); marginalização econômica (sendo confinado ao trabalho indesejável ou mal - pago ou a ser negado o acesso ao trabalho de geração de renda no total) , e privação (sendo negado um padrão de material de vida adequado). O paradigma de reconhecimento em contraste, tem como alvo as injustiças que ele entende como cultural que presume estar enraizada nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação.” Em tradução livre. No original: “*Understood in his way, the folk paradigm of redistribution and the folk paradigm of recognition can be contrasted in four key respects. First, the two paradigms assume different conceptions of justice. The redistribution paradigm focuses on injustices it defines as socio-economic and presumes to be rooted in the economic structure of society. Examples include exploitation (having the fruits of one’s labor appropriated for the benefit of others); economic marginalization (being confined to undesirable or poorly-paid work or being denied access to income-generating labor altogether), and deprivation (being denied an adequate material standard of living). The recognition paradigm, in contrast, targets injustices it understands as cultural which it presumes to be rooted in social patterns of representation, interpretation, and communication.*” (Ibid., p. 12-13)

³⁸ “O crédito, face à sua função contemporânea e ao aumento da intersubjetividade – diferentemente do que ocorria no período liberal, onde a propriedade imobiliária era a medida por excelência da circulação de riqueza – não pode mais ser relegado a segundo plano, impondo-se sua valorização em relação aos direitos reais, o que repercute no reconhecimento da tutela externa do mesmo.” (CARDOSO, op. cit., p. 182)

³⁹ A distinção abordada entre situações de crédito e situações reais com base no direito de seqüela é minuciosamente desenvolvida por Pablo Rentería (op. cit.), ao fundamentar o traço distintivo entre tais situações nas ideais desenvolvidas por Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Marco Comporti e Michele Giorgianni. Marco Comporti sustenta a idéia de que a seqüela permite a continuidade da eficácia do direito real sobre a coisa alheia diante dos atos de disposição praticados pelo próprio dono, razão pela qual é a *inerenza* (aderência) atributo próprio dos direitos reais. Nesse sentido: “Aprofundando a análise do tema, sustenta que a aderência produz duas ordens de efeitos. Em primeiro lugar, realiza o interesse do titular do direito real à *estabilidade* da relação jurídica que tem por referência objetiva uma coisa. Ou seja, o direito real, por ser inerente à coisa, proporciona ao titular uma proteção mais efetiva (do que aquela conferida ao titular de um direito pessoal) contra as interferências que terceiros poderiam causar no exercício do seu direito. Nesse tocante, o autor aduz que todos os direitos subjetivos, inclusive os de crédito, são juridicamente *relevantes* e, por essa razão, devem ser respeitados por qualquer pessoa. No entanto, somente os direitos absolutos são providos de *oponibilidade*, isto é, de eficácia perante terceiros mais intensa do que a mera *relevância*.” (Ibid., p. 51-52)

Ademais, a distinção clássica entre situações jurídicas absolutas e relativas não se deve pautar unicamente da contraposição entre situações reais e situações de crédito. De fato, nas situações relativas há um centro de interesses contraposto específico e individuado, o que é comum em relações obrigacionais. Nas situações absolutas, por outro viés, o centro de interesses contraposto tem maior abrangência devido à sua indeterminação⁴¹.

Nessa esteira, ganha relevo a distinção, apontada por Pietro Perlingieri, entre *dever* e *obbligatio*. O *obbligatio* corresponderia a um dever específico, atribuível a um titular específico de situação passiva. O *dever*, por assim dizer, diria respeito a um dever genérico, cujo titular da situação passiva vê-se obrigado apenas a uma cooperação genérica, notadamente de abstenção. Assim:

É definida como *obbligatio* também a situação correlata aos direitos reais: todos são obrigados a não interferir com a fruição do proprietário. Para essa categoria alguns preferem falar (ao invés de dever específico) de *dever* (genérico): o titular da situação passiva é obrigado a uma cooperação genérica que se exaure no mais das vezes em um comportamento de abstenção ou, de qualquer forma, negativo. Trata-se de um *dever* de abstenção e de não-ingerência na situação de outrem, de cuja elaboração evidenciou-se – como sintetizante das normativas singulares – o princípio do *neminem laedere*, isto é, a proibição de violar as situações passivas (do mesmo modo, <<poder>> é o nome de todas aquelas ativas).⁴²

⁴⁰ “As manifestações típicas da oponibilidade absoluta do direito real são o direito de seqüela (*droit de suite*) e a preferência. O primeiro permite ao titular do direito perseguir a coisa onde quer que ela esteja e reivindicá-la de quem injustamente a possua (*ubi cunque sit res, domino suo clamat*, ou seja, a coisa clama por seu dono). Por exemplo, o dono da coisa pode reivindicá-la não só de quem dela se apropriou indevidamente, mas também do terceiro a quem o detentor abusivamente tenha vendido, emprestado ou alugado. O direito de preferência significa que os créditos garantidos por um direito real têm prioridade sobre todos os outros, sendo os primeiros a serem satisfeitos em caso de concurso de credores, de forma que o produto de eventual venda em hasta pública destina-se inicialmente à satisfação destes, apenas sendo revertido aos outros credores se houver algum excedente após a extinção do débito.” (CARDOSO, op. cit., p. 46-47)

⁴¹ “Haveria, por assim dizer, um sujeito passivo universal nas relações reais, o que as distinguiria das relações pessoais, dotadas de sujeitos determinados, representados pela figura do devedor. Assim é que os direitos reais seriam oponíveis *erga omnes*, enquanto os direitos de crédito apenas poderiam ser opostos a um sujeito específico, sendo, portanto, qualificados como relativos. O direito absoluto assemelha-se a um reduto circular, que oferece defesa em todas as direções; o direito obrigacional a uma barricada, que só defende numa direção, mas não impede agressões vindas de outra direção. É importante salientar que, se por um lado, o *dever* universal tem existência para todos, por outro lado, ele apenas adquire concretude para as pessoas que se encontrem numa situação fática em que a violação deste direito possa interessá-las ou que constitua em sério risco de cometê-la.” (CARDOSO, op. cit., p. 44-45)

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 695.

É possível que se tenha um *obbligatio* e um dever em relação à mesma situação jurídica. Enquadrando-se a referida distinção ao objeto dessa pesquisa, o *obbligatio* corresponderia ao devedor, eis que sujeito passivo de dever específico, e o dever diria respeito ao terceiro interferente, cuja situação passiva condiria, principalmente, a uma cooperação genérica, a um dever de não ingerência⁴³.

No entanto, o fato de à situação relativa se contrapor um centro de interesses determinado não impede que esta mesma situação jurídica também tenha relevância externa. Isso porque o crédito, enquanto interesse juridicamente relevante, tem oponibilidade e deve ser respeitado tanto pelas partes da relação obrigacional quanto por terceiros⁴⁴.

O ordenamento jurídico pátrio está a demonstrar hipóteses contemporâneas ao princípio clássico da relatividade que prevêm a possibilidade de que terceiros não integrantes da relação contratual no momento de sua formação possam ser atingidos por efeitos dela decorrentes no curso de sua execução. É o que ocorre, por exemplo, na estipulação em favor de terceiro⁴⁵, regulada pelos artigos 436 a 438 do Código Civil, a qual, destaca-se, não pode prescindir da aceitação do terceiro em favor de quem se estabelece a avença. No mesmo sentido, é possível que o terceiro seja beneficiado pelo contrato de doação modal, por meio do qual o donatário cumpre encargo em favor do próprio doador, de terceiro ou do interesse geral⁴⁶.

⁴³ Pietro Perlingieri (Id., p. 696) enquadra em tal distinção a hipótese em que há interferência prejudicial em situação creditória previamente constituída em razão de um terceiro que destruiu o bem objeto da prestação a ser cumprida pelo devedor: “Todavia, em relação à mesma situação juridicamente relevante, pode-se apresentar ora um dever ora um *obbligatio* (*rectius*, uma obrigação). Pense-se na hipótese na qual Tício tem o direito de exigir a entrega do livro que adquiriu de Caio. Este tem o *obbligatio* de entregar a coisa determinada: aqui é possível falar de *obbligatio* porque a previsão é específica. Um terceiro, porém, destrói aquele livro. De modo que, em relação ao mesmo interesse, é possível configurar as situações de *obbligatio*, para quem é obrigado àquele comportamento específico, e de dever para o terceiro obrigado a não provocar um dano injusto na esfera de outrem. Apresenta-se a possibilidade da lesão do crédito por parte de terceiro, admitindo-se, ainda que com contrastes, que também terceiros são responsáveis – e, portanto, obrigados ao ressarcimento do dano – pelos próprios atos culposos ou dolosos que produzam um dano injusto a uma das situações da relação obrigacional (art. 2043 Cód. Civ.)”

⁴⁴ “é verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa. Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem (cfr. *Infra*, cap. 8, §135), um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 142).

⁴⁵ Já prevista desde o Código Civil de 1916 (Lei 3.017, de 1º de janeiro de 1916), a partir do artigo 1.098. Ainda: “Em Roma, no direito quiritário, prevaleceu a noção de que *nemo alteri stipulari potest* (ninguém pode estipular em relação a terceiro), o que se consorciava plenamente com o *res inter alios acta*. No entanto, como já visto (Namur 1888:347; Iglesias, 1999:244; Moreira Alves, 1997:112-114; Serpa Lopes, 1991:111; Venosa, 2002:486), o direito pós-clássico vai admitir as estipulações em favor de terceiro, rompendo, a partir de exceções, a higidez do sistema antigo.” (RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 86)

⁴⁶ Art. 553. Do Código Civil: O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

Pode-se mencionar, mais, o enunciado 308 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ - STJ, que assegura a ineficácia de hipoteca firmada entre construtora e agente financeiro em relação ao adquirente do imóvel, terceiro estranho à garantia real. Elaborado com o intuito de proteger o consumidor frente à pactuação que transferia a ele os riscos do negócio, de modo a impingir-lhe vantagem exagerada⁴⁸, o enunciado 308 visa a evitar que seja o promitente comprador sacrificado pelo inadimplemento da incorporadora junto ao agente financeiro (relação esta estranha ao consumidor), de modo que não possa recair hipoteca sobre imóvel cuja parcela em relação ao promitente comprador já tenha sido quitada.⁴⁹

Questão salutar extraída do enunciado diz respeito à ineficácia da garantia real mesmo que seja posterior a contrato de compra e venda não registrado. Isso porque se depreende do enunciado que a preferência da garantia real não triunfaria diante de sua prejudicial repercussão sobre o crédito do consumidor. Poderia se vislumbrar, pois, a tutela externa do crédito dos consumidores (promitentes compradores) em face da hipoteca sobre o bem a ser adquirido em virtude do inadimplemento da incorporadora junto ao agente financeiro.

Hipótese há, também, de vedação ao aliciamento de prestador de serviço a desfazer o ajuste, conforme preceitua o art. 608 do Código Civil⁵⁰. Já presente desde o Código Civil de

⁴⁷ Súmula nº 308 do STJ: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

⁴⁸ “Quando de sua edição, em 2005, o Enunciado 308 gerou muita controvérsia. Chegou-se a anunciar que o STJ, ao arpejo do Código Civil, teria acabado com a hipoteca, que nunca mais seria utilizada.⁴¹ De fato, a redação sucinta do enunciado poderia gerar, em uma primeira leitura, a impressão de que o STJ teria rompido com a disciplina própria dos direitos reais. Nada obstante, da análise dos julgados que motivaram o benfazejo preceito, extrai-se que, a rigor, longe de desconhecer o regime da hipoteca, efetuou o STJ controle da abusividade das garantias constituídas na incorporação imobiliária, abandonando hermenêutica formalista em prol de análise substancial que permitisse proteger o consumidor de pactuação que acabava por transferir os riscos do negócio a ele, impingindo-lhe desvantagem exagerada.” (OLIVA, Milena Donato e RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva constitucional. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, set – out, 2015. p. 6-7).

⁴⁹ OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Oliva-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf>. Acesso em 10/01/2017, p. 4-6.

⁵⁰ O artigo 608 do Código Civil dispõe que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviços, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos.”. Cabe menção, ainda, aos artigos 244 e 500 do antigo Código Comercial (Lei 556, de 28 de junho de 1850), os quais dispunham que “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” e, ainda, que “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.”

1916⁵¹, a vedação ao aliciamento de mão-de-obra alheia erigiu-se com o objetivo de evitar essa prática em âmbito agrícola, dentro do contexto de uma sociedade essencialmente rural e que acabara de dispensar a força do trabalho escravo⁵². Por isso, tal vedação surgiu com tão clara importância para a produção rural.

No contexto atual, o controle do aliciamento de mão-de-obra revela-se importante, sobretudo, em contratos cuja especialidade do serviço é determinante, em relações em que se ajusta exclusividade na prestação de serviços, em contratos que exigem dever de sigilo do prestador de serviço, dentro outros exemplos que demonstrem a imprescindibilidade da atuação exclusiva daquele que presta o serviço.

O reconhecimento de que o contrato pode gerar efeitos em relação a terceiros e, por outro lado, a constatação de que terceiros intervêm em contratações previamente estabelecidas, de modo a ressignificar o princípio clássico da relatividade, não é novidade no direito civil. Como visto, ainda no auge do voluntarismo que marcou as codificações oitocentistas era possível o estabelecimento de pactos aptos a beneficiar terceiros.

A constitucionalização do direito civil⁵³ revelou-se como marco elementar da tutela externa do crédito não por inaugurar a oponibilidade do contrato, mas por arrimar essa oponibilidade no princípio da solidariedade social. Assim, o controle da intervenção de terceiro sobre relação contratual de que não faz parte, muito mais do que estar alicerçado na proteção dos interesses individuais e individualistas das partes contratantes, tem por força motriz a necessidade de realização de interesses e funções que mereçam tutela e sejam socialmente úteis⁵⁴.

⁵¹ Assim dispunha o art. 1.235 do Código Civil de 1916: Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento desse contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos. Acrescentar, aqui, o dado da peste negra.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 233.

⁵³ “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 extensos 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, op. cit., p. 67)

⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

O caráter quase absoluto da liberdade dos privados deve dar lugar a interesses que, embora nem sempre atinentes diretamente às partes contratantes, são igualmente merecedores de tutela. A posição do direito privado como “coração da vida jurídica”, próprio do liberalismo jurídico⁵⁵, perde centralidade na dinâmica jurídica na medida em que assume necessária convivência com valores constitucionais.

Com efeito, o princípio constitucional da solidariedade deve espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre a disciplina do chamado direito privado⁵⁶. A propósito, a incidência de princípios constitucionais sobre o até então intocável direito privado está a revelar um crescente imbricamento entre situações de direito público e de direito privado, de modo que as situações patrimoniais passam a ser invadidas por normas de caráter público e vice-versa.

O crescente – e necessário – influxo dos valores constitucionais sobre as relações privadas revela o fim da dicotomia de outrora entre direito público e direito privado⁵⁷.

Parece evidente que a distinção entre direito público e privado, mais que qualitativa, é quantitativa e determinável somente em relação a situações concretas. A unidade do ordenamento significa que os seus princípios inspiradores e caracterizantes estão

⁵⁵ “A liberdade, sob tal prima, era “absoluta”; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos. A autonomia dos privados contrapunha-se à ordem pública e/ou aos interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses dos privados. Tal concepção, denominada liberalismo jurídico, apresentava o direito privado como o “coração de toda a vida jurídica” e o direito público como uma “leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107)

⁵⁶ “A solidariedade social permeia todo o direito e projeta-se no que se refere aos contratos, exigindo-lhes relevância social. Assim, o contrato, mais que um instrumento de realização dos interesses individuais, deve buscar também atender aos interesses da coletividade, promovendo a circulação de riquezas e a instrumentalização das operações econômicas dela decorrentes, gerando também benefícios para os indivíduos socialmente considerados, enquanto membros de uma coletividade.” (CARDOSO, op. cit., p. 115-116)

⁵⁷ “O papel do Direito Civil, a relação entre moral e direito encontra pontos de confluência significativos em uma teoria da interpretação inspirada no personalismo e na preeminência da justiça sobre a letra dos textos. Nesta direção é aceito o convite à releitura do código e dos institutos de direito privado à luz da Constituição republicana. O problema era atribuir um papel preciso e coerente aos princípios e às normas constitucionais, mesmo na regulamentação das <<relações privadas>>, em uma superação das barreiras entre Direito Civil e Direito Constitucional, na unidade do ordenamento e no respeito substancial à hierarquia das fontes e dos valores. (Perlingieri, O direito civil..., p. 55). Ainda: A distinção entre direito público e direito privado é de origem histórica, e não lógica. Não há, a priori, pela matéria tratada, tal dicotomia. Isso importa em dizer-se que se pode volver à indiferenciação dos dois ramos de direito.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. I, p. 121). Ainda: “[...] acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade. In *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 1, jul/dez, 1991. p. 63)

sempre presentes, enquanto uma nítida distinção entre ordenamento privado e público acaba por contrapor os princípios caracterizantes de um e outro ramo do direito. Qualificar os princípios constitucionais como direito público equivale a fundar o direito privado principalmente sobre o Código Civil, contribuindo a manter estranha às relações civilísticas a mais moderna experiência sócio-política. A unidade do ordenamento exige a aplicação dos princípios fundamentais também às relações civis.⁵⁸

Assim, a funcionalização das situações patrimoniais é fruto da forte mitigação da oposição entre direito público e privado. Segundo já apontado por Pietro Perlingieri, “técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa”⁵⁹.

1.3 O conceito do terceiro em relação ao crédito

A tutela externa do crédito passa, necessariamente, pela configuração do terceiro à relação creditória. Em que pesem as diversas acepções que a distinção entre partes e terceiros possa assumir⁶⁰, pretende-se identificar quem seriam as partes e quem seria o terceiro em hipóteses que podem dar ensejo à interferência em relações de crédito.

Para Emilio Betti, é necessário analisar a contraposição parte-terceiro de acordo com o momento de sua verificação – pois a caracterização do terceiro nem sempre será uma

⁵⁸ Ibid., p. 140-141.

⁵⁹ “Parece evidente que a distinção entre direito público e privado, mais que qualitativa, é quantitativa e determinável somente em relação a situações concretas. A unidade do ordenamento significa que os seus princípios inspiradores e caracterizantes estão sempre presentes, enquanto uma nítida distinção entre ordenamento privado e público acaba por contrapor os princípios caracterizantes de um e outro ramo do direito. Qualificar os princípios constitucionais como direito público equivale a fundar o direito privado principalmente sobre o Código Civil, contribuindo a manter estranha às relações civilísticas a mais moderna experiência sócio-política. A unidade do ordenamento exige a aplicação dos princípios fundamentais também às relações civis.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140-141)

⁶⁰ “Para alguns autores, surge do processo de socialização do contrato a necessidade de proceder a uma nova qualificação de “partes” e “terceiros”, a qual não arranque exclusivamente da vontade e considere outros fatores como relevantes na elaboração desta *summa divisio*. A tarefa é desde logo dificultada pela profusão de referências legais à figura do “terceiro”. De fato, o “terceiro” é um personagem de múltiplas aparições no direito civil. O termo, aliás, é usado com grande frequência não só na linguagem jurídica como também na linguagem comum.” (NEGREIROS, op. cit., p. 220-221)

constante -, o contexto de sua posição diante da relação obrigacional e a interferência entre as diversas posições que podem ser detectadas entre partes e terceiro. O autor reconhece, então, o caráter relativo e variável da configuração do terceiro⁶¹.

Jacques Ghestin, em visão amplificadora das partes contratuais, a qual se reflete na qualificação do terceiro, afirma que os efeitos contratuais não são determinados exclusivamente pela autonomia da vontade⁶², mas também em virtude da função da utilidade social dos efeitos contratuais. Assim, entendendo como parte contratual todas as pessoas - inclusive terceiros - sobre as quais venham a incidir, mesmo que parcialmente, os efeitos do contrato, poderiam estes terceiros ser considerados como parte contratual.

O jurista destaca, porém, que os efeitos relativos ao contrato aptos a determinar quais são as partes devem ser verificados no momento da execução do acordo, tendo em vista a dinâmica concepção elaborada para a verificação das partes contratuais⁶³. Isto porque defende o jurista que podem ser considerados partes aqueles que, não obstante não tenham consentido

⁶¹ “A qualificação de terceiro não é entendida como uma classificação naturalística e considerada constante; pelo contrário, ela tem, essencialmente, caráter de relatividade e variabilidade, em função dos interesses que estão em jogo. É decisivo, para a atribuição de qualificação, o critério do interesse protegido pelo direito, unido à cognoscibilidade da relação em discussão e ao caráter independente ou subordinado da posição jurídica, tendo também em conta a interferência entre posições diversas”. (BETTI apud MULHOLLAND, op. cit., p. 266-267). Em sentido semelhante: “Na concepção clássica, a qualidade de parte é definida pela manifestação da vontade no momento da conclusão do contrato; na nova concepção proposta por Ghestin, é a vontade de estar ligado ao contrato, quer no ato da formação, quer no ato de execução. O alargamento da noção de parte faz-se, pois, no tempo, sendo por isso um conceito evolutivo. Por outro lado, também a lei pode impor a certas pessoas cuja vontade não participa da formação do vínculo a condição de parte.” (NEGREIROS, op. cit., p. 224). Ainda: “pode-se embasar a distinção entre parte de terceiro com base na participação no contrato, medida de acordo com a pactuação de direitos e obrigações, o que, sob essa perspectiva, só seria atribuível às partes do contrato: No direito contratual, o vocábulo “parte” é utilizado para definir aqueles que participam do contrato, ou seja, que pactuaram entre si direitos e obrigações de acordo com seus interesses, por isso a contemporânea conceituação de partes como centro de interesses; por sua vez, “terceiro” é adotado para definir aquele, estranho à relação contratual.” (GONDIM, Glenda Gonçalves; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da teoria do terceiro cúmplice. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.) *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 62)

⁶² “O princípio da autonomia da vontade significa exatamente que os sujeitos, ao entabularem as suas relações jurídicas, o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito. Nomeadamente, a autonomia da vontade é dedicada ao patamar dos negócios jurídicos, o que se entende por espaço de auto-regulamentação dos interesses privados. A essa ordem interessa, afinal de contas, a dicotomia clara entre o direito privado, haveria autonomia para que os sujeitos criassem suas próprias regras.” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 67)

⁶³ “a rejeição ao dogma da autonomia da vontade permite, de fato, não mais deduzir o domínio dos efeitos obrigatórios do contrato da delimitação do círculo de pessoas que querem estes efeitos. É suficiente, portanto, constatar, ou melhor, procurar, as pessoas às quais o direito objetivo deve oportunamente aplicar os efeitos obrigatórios do contrato em função dos princípios de utilidade e de justiça contratual”. (GHESTIN apud MULHOLLAND, op. cit., p. 267). Diversamente, Catherine Guefulcci Thibierge afirma ser o momento da formação do contrato o ideal para a verificação das partes contratantes, eis que as partes seriam as pessoas submetidas ao efeito obrigatório do contrato devido a sua vontade ou por efeito de lei (Ibid., p. 269)

em participar do contrato no momento de sua celebração, percebem total ou parcialmente os efeitos do contrato já no momento de sua execução.

Ghestin defende que somente na execução do contrato é possível avaliar quem está vinculado aos seus efeitos obrigatórios (eficácia direta e efeitos relativos) e quem somente tem o dever de respeitar a situação jurídica criada (oponibilidade do contrato)⁶⁴.

Prosseguindo, o autor afirma que podem ser consideradas partes as pessoas que, embora não tenham prestado seu consentimento no momento de formação do contrato, são titulares passivas ou ativas dos efeitos obrigatórios derivados do contrato, podendo ser consideradas como partes vinculadas ao contrato.

Para exemplificar sua posição, Ghestin recorre à hipótese de um terceiro adquirente de algum bem ou direito de um dos contratantes, sendo, então, aquele que recebe o bem de maneira derivada: se A, proprietário de um automóvel, firma contrato com B, mecânico, para consertar seu motor, posteriormente, vendendo o mesmo veículo a C, que recebe o automóvel com problemas de motor, poderia este último requerer o reparo do automóvel por B, utilizando-se da garantia contratual existente na relação estabelecida entre A e B, e em relação à qual C seria terceiro? A partir, então, deste exemplo, verifica-se que C poderia ser considerado como parte vinculada ao contrato, eis que sofre consequências dos efeitos do ajuste celebrado anteriormente por A e B, de modo que, sendo parte vinculada e não terceiro, C teria direito de ter ampliada em seu favor a garantia contratual oriunda da relação entre A e B⁶⁵.

Acrescente-se, ainda, a visão do autor português Santos Júnior, para quem a verificação do terceiro é relativa e circunstancial. Relativa, pois diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação. Circunstancial, pois a definição do terceiro ocorre em um dado momento, podendo sofrer alteração posterior⁶⁶⁻⁶⁷. Aliada a essa ideia, tem-se a

⁶⁴ Ibid., p. 268-269.

⁶⁵ Ibid., p. 269.

⁶⁶ SANTOS JÚNIOR E. *Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447. Acerca do aspecto relativo e circunstancial do conceito de terceiro, o autor português faz remissão à obra de José Duclos (*L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, 1984).

⁶⁷ Em sentido semelhante: “A posição jurídica do terceiro assenta-se em um alheamento material e formal a determinada e particular relação jurídica. Essa distância, essa polarização pode ser comparada às órbitas, com uma maior ou menor proximidade dos corpos celestes à estrela solar. Tal metáfora serve para ilustrar que o terceiro encontra-se numa situação dinâmica em face do contrato, cingindo-se ou apartando-se daquele, conforme seu status, o que dá ensejo a que se altere sua qualificação em face de sua distância do vínculo.” (RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 81-82)

concepção do terceiro em relação ao contrato como aquele que, no momento da verificação, não for parte contratual.

Desenvolvendo, em contrapartida, a noção de parte contratual, Santos Junior defende que serão partes no contrato os contratantes – isto é, aqueles que emitiram declarações negociais – e aqueles que, no momento considerado, continuem a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, vieram a ocupar a posição de contratantes⁶⁸.

Além disso, o autor aponta substancial diferença entre um terceiro em relação ao contrato e um terceiro em relação ao crédito, afirmando que nem sempre o terceiro em relação ao contrato o será em relação ao crédito. Por exemplo, no contrato em favor de terceiro o terceiro é titular de um crédito, não sendo, contudo, parte no contrato⁶⁹.

A verificação do terceiro é, portanto, relativa, pois diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação, e circunstancial, pois a definição do terceiro ocorre em um dado momento, podendo sofrer alteração posterior.

1.4 Ponderação entre a solidariedade e a liberdade de contratar para a deflagração da responsabilidade civil do terceiro cúmplice

A aceitação da responsabilização civil do terceiro interferente não é imune a críticas no que diz respeito à possível incompatibilidade com a liberdade de iniciativa⁷⁰. O reconhecimento da oponibilidade do crédito e a imposição de reprimenda àquele que o

⁶⁸ SANTOS JR., op. cit., p. 448-449.

⁶⁹ SANTOS JR., op. cit., p. 449.

⁷⁰ Importante distinguir liberdade de iniciativa econômica de autonomia privada, por dedicar-se esta valores existenciais e imanentes à pessoa que não são objeto de análise, ao menos direta, daquela: “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 da pessoa. (PERLINGIERI, op. cit., p. 275-276). Acerca do conceito do princípio da liberdade de iniciativa econômica, Francisco Amaral (AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. In: *Revista de informação legislativa*. Número 92. Ano 23. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 229) afirma que “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”.

desrespeita – ainda que não seja devedor – devem ser balizados por minuciosos critérios de fundamentação e aplicação, sob pena de obstaculizar a atividade econômica.

Assim, afóra a análise dos pressupostos de responsabilização do terceiro interferente (à qual se dedicará o capítulo 2), o reconhecimento e a efetivação da tutela externa do crédito não podem prescindir da análise do – possível – embate entre liberdade e solidariedade.

A questão que se põe é: ainda que preenchidos todos os pressupostos da responsabilização do terceiro que intervém de maneira prejudicial ao crédito, de modo a celebrar contrato incompatível com o devedor, não estaria este terceiro no exercício, indubitavelmente merecedor de tutela, de sua liberdade de contratar?

A delgada linha entre liberdade e solidariedade, especificamente no que diz respeito à tutela externa do crédito, é necessário ponto a ser analisado. De idêntica matriz constitucional, liberdade e solidariedade não se poderiam sobrepor uma à outra, sob pena de se admitir a prevalência, *in abstracto*, de valores constitucionais⁷¹. Será possível, portanto, que da análise necessariamente do caso concreto advenha a restrição a um desses princípios em prol da proteção e realização do outro⁷².

⁷¹ “O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essa hipótese de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o temporal – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior –, e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Esses critérios, todavia, não são satisfatórios quando o conflito se dá entre normas constitucionais. Aqui avulta o papel dos princípios no processo de interpretação. Os princípios constitucionais são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, são as normas eleitas pelo constituinte originário como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve iniciar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, partindo-se do mais genérico para o mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo I. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 65-66.). Ademais, enquanto princípios, liberdade e solidariedade só poderiam ser ponderados no plano concreto: “Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se admitir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 44)

⁷² “O verdadeiro problema está, pois, na questão de saber se é indispensável atender à reserva caso, para a realização da protecção de um direito fundamental, haja que intervir num outro direito. Também isto será, em princípio, negar. Designadamente, a colisão com o direito fundamental contraposto é já, em regra, de considerar na resposta à pergunta pela existência de um dever de protecção de direito fundamental. Se este dever for negado por causa da colisão, o problema desaparece; se, pelo contrário, for reconhecido apesar da colisão, o problema já está incidentalmente resolvido. Pois então a intervenção será imposta pela Constituição e neste caso, ela será também admissível, uma vez que, segundo a (correcta) jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, também os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente sem reserva podem ser restringidos, desde que, e na medida em que, tal seja necessário para a protecção de outros direitos fundamentais, e isto também vale – aliás, por maioria de razão – para direitos fundamentais sujeitos a uma reserva de intervenção legislativa.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 126)

O princípio da dignidade humana é, a um só tempo, o ponto de “largada” e o ponto de “chegada” da ponderação entre liberdade e solidariedade. Ponto de “largada”, pois ambos os princípios colidentes provêm do princípio constitucional da dignidade humana, eis que – ao lado da integridade psicofísica e da igualdade – integram seu conteúdo⁷³. Ponto de “chegada”, pois será a própria dignidade humana que servirá de parâmetro à ponderação entre liberdade e solidariedade⁷⁴. Com efeito, diante do prejuízo causado ao credor em decorrência do conluio entre o devedor e terceiro que venham a celebrar contrato incompatível, irá prevalecer, dentre a liberdade e a solidariedade, aquela que atender com maior proficuidade, no caso concreto, à dignidade humana.

A aplicação do Direito à luz de seus princípios norteadores é imprescindível. Karl Larenz⁷⁵ define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Ronald Dworkin, por sua vez, entende que os princípios são *standards*, idéias básicas do direito. Assim, os princípios poderiam ser divididos entre diretrizes políticas e princípios propriamente ditos. Por conseguinte, as diretrizes políticas deveriam ser respeitadas e os princípios propriamente ditos implementados.⁷⁶

⁷³ “a dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, a integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF)”. (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14)

⁷⁴ “Esta decomposição serve, ainda, para demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas – cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica -, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou sub-princípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85)

⁷⁵ Apud ÁVILA, op. cit., p. 27.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 72. O autor norte-americano prossegue: “Apesar da proximidade marcante, os princípios não se confundem com os valores. Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se de valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” (Ibid., p. 72.)

A resolução da colisão entre princípio e regras dá-se por modos diferentes tendo em vista a sintomática distinção entre eles. Os princípios consagram fins públicos a serem realizados ao passo que as regras consistem em comandos imediatamente descritivos de condutas específicas⁷⁷.

A peculiaridade dos princípios em relação às regras pode ser explicitada por diversos modos⁷⁸. As regras são normas imediatamente descritivas, eis que descrevem a conduta a ser adotada por meio de obrigações, permissões e proibições. Os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, de modo a estabelecerem um estado de coisas, um fim juridicamente relevante⁷⁹. Com efeito, “as regras prevêem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias”⁸⁰.

Pode-se apontar, ainda, a diferença entre princípios e regras com base em seus atributos retrospectivos e prospectivos. À primeira vista, as regras seriam dotadas de caráter retrospectivo (*past-regarding*) por expressarem uma situação de fato previamente conhecida

⁷⁷ “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 214). Ainda: “No plano constitucional, a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que normalmente as cartas constitucionais valem-se destas duas espécies de normas. E é natural que assim seja. Por um lado, a adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios, carrearía ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que as regras. De outra banda, a instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes.” (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p. 54.)

⁷⁸ “A vantagem da jurisprudência é que ela permanece em íntima relação com a realidade. Os juízes invariavelmente emitem suas opiniões em casos concretos. À medida que a sociedade evolui e se confronta com novas situações e novos problemas, a jurisprudência se vê obrigada a resolver as questões que surgem. Disso resulta que os tribunais não se permitem desenvolver teorias que desconsiderem a realidade cotidiana. Os precedentes, como todos admitem, não possuem a autoridade do estatuto, mas têm mais peso do que as opiniões acadêmicas e oferecem, portanto, maior certeza jurídica.” (ÁVILA, op.cit., p. 241-242)

⁷⁹ “As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.” (Ibid., p. 63)

⁸⁰ Ibid., p. 65.

pelo legislador. Já os princípios estariam a revelar um caráter primariamente prospectivo (*future regarding*), na medida em que determinam um estado de coisas ainda não percebido, a ser construído⁸¹.

Aponta-se como linha divisória entre princípios e regras, também, o conteúdo axiológico e o modo de interação com outras normas. Nesta esteira, os princípios seriam dotados de conteúdo axiológico⁸² e, para tanto, careceriam de regras para sua concreção. Quanto ao modo de interação com outras normas, diversamente das regras, aos princípios só seria atribuído conteúdo a partir de um processo dialético de complementação e limitação.⁸³

A inexatidão concreta dos princípios não lhes retira, contudo, seu *status* de norma concedente de eficácia jurídica. O maior grau de abstração dos princípios lhes permite incidir a um maior número de situações, tendo sobre elas aplicabilidade direta e imediata⁸⁴. Ademais,

⁸¹ “Em razão das considerações precedentes, pode-se afirmar, também, que as regras assumem caráter retrospectivo (*past-regarding*), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador; ao contrário dos princípios, que possuem caráter *prospectivo* (*future regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído.” (Ibid., p. 67). O autor ressalva, no entanto, que as regras e princípios são retrospectivos e prospectivos, respectivamente, apenas primariamente, isto é, o autor admite a possibilidade de regras dotadas de caráter prospectivo e princípios caracterizados pela retrospectividade: “Não é, pois, correto afirmar que somente as regras procedem a uma caracterização valorativa de fatos passados. Pode-se – isto, sim – afirmar que as regras são normas com caráter *primariamente retrospectivo*; e os princípios, normas com caráter *primariamente prospectivo*. Mas não mais que isso.” (Ibid., p. 68)

⁸² Apesar da carga axiológica atribuível aos princípios, não se deve confundir – nem tampouco equiparar – princípios com valores: “Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” (Ibid., p. 72)

⁸³ “Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.” (Ibid., p. 27-28). Humberto Ávila ratifica a complementaridade de que são dotados os princípios, cuja contribuição para a tomada de decisões se dá ao lado de outras razões: “Esse tópico realça a *maior* interdependência entre os princípios. Daí se enfatizar a relação de imbricamento ou entrelaçamento entre eles. Isso se dá justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes. Os princípios possuem, pois *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.*” (Ibid., p. 69)

⁸⁴ “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se,

os princípios são salutares à abertura⁸⁵ e mobilidade do sistema⁸⁶ que integra o ordenamento jurídico⁸⁷, eis que a flexibilidade dos significados⁸⁸ que lhes podem ser atribuídos – mutáveis no tempo e espaço – abre espaço à adaptação do direito⁸⁹ à realidade social⁹⁰⁻⁹¹.

sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p 13-14.)

⁸⁵ “O sistema jurídico, bem ao contrário, há fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza do sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 11.)

⁸⁶ “6. Este sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou <<sistema científico>>, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o <<sistema objetivo>>. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Teses. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.. p. 281).

⁸⁷ “3. A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos <<valores jurídicos mais elevados>>.” (Ibid., p. 280). Necessário salientar, mais, a importância dos valores constitucionais para a abertura e unidade do sistema: “A alteração de fora da intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e sua unidade.” (TEPEDINO, Id., p. 7.)

⁸⁸ “As palavras assumem no tempo significados diversos, segundo a cultura compartilhada pela comunidade. O <<significado próprio das palavras>> frequentemente não corresponde ao significado comum, e cada vez mais se acentuam as diferenças de uso na linguagem das normas: é diversa a linguagem do código e aquela de algumas legislações especiais e, ainda mais, das normativas comunitárias. É tarefa do intérprete individualizar em qual sentido a palavra deva ser entendida: a clareza de uma disposição normativa é uma qualificação relativa, não tem um alcance objetivo absoluto.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 621). Ainda: “Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. [...] É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.” (ÁVILA, op. cit., p. 25-26). Em sentido semelhante: “Consequentemente, a interpretação é indefinida. A tentativa de procurar um significado final inatingível leva à aceitação de uma interminável oscilação ou deslocamento do significado.” (ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 37)

⁸⁹ “O direito é uma estrutura social mutável, imposta à sociedade; é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder. Mas os juristas se perguntaram se isso liquida de uma vez a questão ou se não devemos atribuir alguma importância a princípios fundamentais, que não dependem das circunstâncias políticas ou das ações de grupos interessados; em

Ganha, nesse contexto, enorme importância a técnica da ponderação como técnica apta a elucidar a prevalência, em concreto, de princípios que não obstante de igual *status* se abstratamente considerados, se vêem em embate⁹². Assim, ante a insuficiência da subsunção⁹³

outras palavras, se há uma estrela fixa no firmamento jurídico. Ainda que, por exemplo, as leis de Nuremberg possuíssem – formalmente – a força do direito, elas eram inegavelmente fonte de injustiça. Esta reflexão conduz ao desejo de um corpo de normas estáveis, acima e além de estatutos mutáveis, e capaz de servir de pedra fundamental para assentar a validade dos estatutos – algo, talvez, como as constituições e a declaração dos direitos do homem.” (VAN CAENEGEM, R.C. *Introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 277)

⁹⁰ “Neste sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é um sistema, que demanda coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica. Por conta disso, o sistema exige sua constante renovação através da introdução de elementos extraídos da realidade social.” (KONDER, Carlos Nelson. SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. In *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 10. Out-Dez, 2016. p. 18). Ainda: “A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 617)

⁹¹ “Qual é a relação do direito com a mudança social? Não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais; tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas.” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006. p. 94)

⁹² “Quando surgem efetivamente situações de conflito – como, e.g., as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade – cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma ponderação de valores. A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O Legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Relembre-se: as regras incidem sob a forma de “tudo ou nada” (Dworking), ao passo que os princípios precisam ser sopesados.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 68). Ainda sobre a distinção entre princípios e regras no que tange à resolução de conflitos: “Ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica se revela quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço a outro. Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas consequências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma “calibragem” entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro.” (SARMENTO, op. cit., p. 52). Acerca da técnica ponderativa, apta a resolver conflito entre princípios, indispensável é a menção a Ronald Dworkin (op. cit., p. 39) no que diz respeito à dimensão de peso de que são dotados os princípios, eis que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis de opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

⁹³ “Superado o dogma da subsunção e a concepção da interpretação como operação puramente formal, impõe-se uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto.” (KONDER; SCHREIBER, op. cit., p. 13)

nos denominados *hard cases*, recorre-se aos princípios aptos a embasar as situações jurídicas conflitantes e, após a análise do caso concreto, chega-se ao princípio que deve prevalecer⁹⁴. A colisão entre princípios não é, pois, decidida por análise de validade, mas sim pela verificação de qual princípio, após ponderação, assume maior peso no caso concreto⁹⁵.

Aos princípios colidentes são atribuídos pesos distintos, cuja determinação só é possível quando da análise do caso concreto, de modo a se determinar qual princípio deverá ceder espaço ao outro⁹⁶. A ponderação de princípios insculpidos na Constituição Federal dar-se-á sempre em concreto, eis que, abstratamente, não se pode atribuir distinção valorativa entre princípios de idêntica matriz constitucional.

É imprescindível notar, no entanto, que a presença dos princípios para a análise do caso concreto não se faz necessária apenas na hipótese de lacunas ou, então, de antinomias. Os princípios constitucionais, por integrarem o ápice de todo o ordenamento jurídico e por

⁹⁴ “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada à noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia a dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.) Mister salientar que a ponderação não se revela como técnica exclusiva de resolução de conflito entre princípios, mas também de regras: “Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.” (ÁVILA, op. cit., p. 50)

⁹⁵ “Quando se trata de princípios e valores não há opção, mas ponderação e funcionam critérios argumentativos. A aplicação de um princípio não desloca o outro o outro mas precede-o no caso concreto. Diz-se que os princípios têm diferentes pesos no caso concreto, mas não são inválidos. A contradição não pode resolver-se assinalando que um dos princípios carece de validade e eliminando-se do sistema, e também, não podem consagrar uma exceção de validade permanente para o futuro. Não se trata então de uma antinomia no sentido tradicional, mas de um campo de tensão. O conflito entre princípio se soluciona mediante um juízo de ponderação de interesses opostos. Trata-se de qual interesse, abstratamente do mesmo nível, tem o maior pelo no caso concreto.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 426)

⁹⁶ “Ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica se revela quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço a outro. Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas consequências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma “calibragem” entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro.” (SARMENTO, op. cit., p. 52.)

serem cruciais à manutenção da ordem e da unidade do ordenamento, devem permear todas as situações jurídicas, mesmo aquelas para cuja solução já haja regras preestabelecidas.

A partir de então, ganha enorme relevo a atividade interpretativa⁹⁷ do juiz⁹⁸⁻⁹⁹. Assim, o dogma da subsunção (encaixar a premissa menor à premissa maior) deixa de ser absoluto. Não mais prevalece o brocardo *in claris no fit interpretatio*, segundo o qual a interpretação só será necessária quando a norma não se fizer clara. Segundo o autor italiano Pietro Perlingieri, a interpretação não deve ter caráter subsidiário e sua ocorrência não se limita às hipóteses de lacuna ou obscuridade da norma.

Pelo contrário, a interpretação far-se-á, sempre e sempre, necessária, de modo que a clareza é um *posterius*, e não um *prius* da atividade interpretativa:

As interpretações literais, lógicas, sistemáticas não são nem podem ser fases cronológicas e logicamente distintas; elas são perfis e critérios de um processo cognoscitivo unitário. Seria absurdo reconhecer entre os critérios, uma espécie de concorrência ou de contraste <<quase como se fossem configuráveis como pretendentes em luta entre si, aspirantes a uma aplicação exclusiva>>. O diverso comportamento, que exclui ou limita a normal utilização destes critérios, apóia-se em um equívoco que consiste na substituição da lógica jurídica pela formal reduzindo a tarefa da interpretação a uma <<operação de subsunção silogística semelhante, no seu rígido automatismo, às operações aritméticas>>. O brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como um juízo

⁹⁷ No dizer de Umberto Eco (op. cit., p. 28), “interpretar um texto significa explicar por que essas palavras podem fazer várias coisas (e não outras) através do modo pelo qual são interpretadas.”

⁹⁸ “A abertura à atividade interpretativa dos juízes foi precedida pela chamada era da esterilidade, de modo que não havia margem para a atividade interpretativa judicial: Os anos entre 1789 e 1804 foram agitados mas também muito criativos; de repente tudo, até as mais ousadas e improváveis inovações, parecia possível. Os códigos napoleônicos determinaram o fim desse breve período e inauguraram um século de estabilidade. Do ponto de vista jurídico, foi também um século de esterilidade. Os códigos já existiam; adequavam-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los. Os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos dos códigos. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo.” (VAN CAENEGEM, op. cit., p. 207). O autor prossegue apontando a evolução e as vantagens da jurisprudência: “A vantagem da jurisprudência é que ela permanece em íntima relação com a realidade. Os juízes invariavelmente emitem suas opiniões em casos concretos. À medida que a sociedade evolui e se confronta com novas situações e novos problemas, a jurisprudência se vê obrigada a resolver as questões que surgem. Disso resulta que os tribunais não se permitem desenvolver teorias que desconsiderem a realidade cotidiana. Os precedentes, como todos admitem, não possuem a autoridade do estatuto, mas têm mais peso do que as opiniões acadêmicas e oferecem, portanto, maior certeza jurídica.” (Ibid., p. 241-242)

⁹⁹ “Mas não é só: esse fenômeno é também consequência de uma atuação judicial nova e diferente, atuação esta que somente agora vem sendo completamente revelada e compreendida: é a consideração, inédita em nosso sistema, de que é a jurisprudência quem diz o que é o Direito.” (MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. In *Revista de Direito Privado*. Vol. 56/2013. Out-Dez/2013. pp. 11-30, p. 2)

lógico, enquanto, a rigor, ela é <<um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação>>. O intérprete não se pode limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*, a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar leis <<claras>> ou leis <<ambíguas>>: a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação.¹⁰⁰

Vê-se, pois, que a interpretação não é um processo de fórmula legislativa, visto que “o intérprete não se pode deixar influenciar pela minúcia analítica do legislador infraconstitucional, supondo que tal detalhamento regulamentar vincule mais do que as cláusulas gerais veiculadoras de princípios hierarquicamente superiores”.¹⁰¹

A clareza da norma não mais está propriamente no texto legal, mas é fruto da interpretação feita pelo jurista. Todas essas alterações abriram um leque muito maior às possibilidades interpretativas de normas a serem aplicadas a casos concretos, e isso ainda é uma realidade.

A Constituição deve, portanto, incidir diretamente sobre todas as situações, o que vai muito além de a Constituição resolver antinomias¹⁰². A filtro constitucional é meio necessário ao atingimento do fim unitário do ordenamento jurídico¹⁰³. A Constituição passa a ser, pois, “a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, op. cit., p. 616. O autor conclui a análise acerca da dissociação entre a atividade interpretativa e a ausência de clareza da norma afirmando: “Portanto, *in claris* ou não, *semper fit interpretativo*.” (Ibid., p. 629)

¹⁰¹ TEPEDINO, op. cit., p. 31. Ainda, segundo Pietro Perlingieri (*Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1.), “o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens.”

¹⁰² Interessante notar, a esse respeito, a visão de Ricardo Luiz Lorenzetti (op. cit., p. 422), para quem um ordenamento unitário não pode tolerar antinomias: “A noção de “antinomia” pertence ao pensamento sistemático, já que pressupõe a ideia de um sistema, e de que este tem coerência interna. Todo ordenamento jurídico persegue um mínimo de coerência, e por isso não tolera as antinomias, isto é, que duas normas aplicáveis, ao mesmo caso, dêem soluções contrárias ou contraditórias.”

¹⁰³ “A segurança jurídica há de se estabelecer a partir deste compromisso axiológico que, ao fim e ao cabo, prestigia mais a segurança do que a velha subsunção, já que esta, a rigor, acaba por esconder opções valorativas individuais do intérprete ou do legislador. É preciso, portanto, fortalecer e difundir a teoria da argumentação, para legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial. Mas a argumentação associa-se à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada intérprete unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada intérprete ou de cada Juiz. O magistrado, ao solucionar o caso concreto, observa também o professor Pietro Perlingieri, traduz a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão revela, desta maneira, o ordenamento no caso concreto, preservando-se a segurança jurídica. Daqui a atualidade lancinante do direito civil-constitucional: “A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracteriza.” (TEPEDINO, op. cit., p. 39 e 40). Ainda: “No entanto, avançando-se nesta reflexão é possível perceber que a ênfase dos discursos teóricos acerca das transformações do direito civil contemporâneo não recai tanto sobre as

A menor densidade jurídica dos princípios, fruto da abstração que lhes é marcante, atribui ao intérprete importante atuação da definição concreta de seu sentido e alcance¹⁰⁵. Importante ressaltar, no entanto, que a discricionariedade do juiz não pode se revelar como um “convite ao exercício indiscriminado do ativismo judicial”¹⁰⁶.

mudanças isoladamente consideradas, mas sobre o seu sentido global. Ou melhor, os esforços do civilista contemporâneo atento a tais transformações têm se voltado para a recuperação da unidade sistêmica através da identificação de um sentido axiológico comum às múltiplas mudanças ocorridas – aí reside, em grande parte, a justificativa para que seja tão importante insistir-se na afirmação de que o direito civil de hoje já não mais de compadece com os modelos explicativos do passado.” (NEGREIROS, op. cit., p. 8-9)

¹⁰⁴ “A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quase duas décadas sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade das Forças Armadas. E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional.” (BARROSO, op. cit., p. 5-6). Ainda, acerca da legalidade constitucional: Ao mesmo tempo, a indicação necessária da legalidade constitucional possibilita realização uma revolução copernicana, pondo no centro do sistema a dignidade do homem e mudando, assim, do ponto de vista axiológico, normas e institutos. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75)

¹⁰⁵ “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade a pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.” (BARROSO, op. cit., p. 214). Ainda segundo o mesmo autor: “Quando surgem efetivamente situações de conflito – como, e.g., as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade – cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma ponderação de valores. A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à visto caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O Legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Relembre-se: as regras incidem sob a forma de “tudo ou nada” (Dworking), ao passo que os princípios precisam ser sopesados.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo I. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 68.)

¹⁰⁶ “No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame de argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos

Chega-se, pois, ao inelutável desafio de analisar a colisão entre os princípios da liberdade e da solidariedade, ambos lastreados na Constituição de 1988, diante da possibilidade de um terceiro que interfere prejudicialmente em crédito previamente estabelecido entre credor e devedor, levando ao inadimplemento da obrigação a ser cumprida por este relação àquele.

O aparente embate entre liberdade e solidariedade reflete, na hipótese objeto do presente estudo, um deslocamento do centro valorativo da liberdade individual para a solidariedade social, fruto da constitucionalização do direito civil¹⁰⁷. Por conseguinte, a disciplina contratual passa a ser irradiada por ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza e proteção do consumidor¹⁰⁸.

Antes, porém, imprescindível analisar, conceitualmente, cada um dos princípios colidentes.

14 de julho de 1789: a massa popular francesa que compunha o terceiro estado ocupa a Bastilha (prisão símbolo do Antigo Regime), acontecimento que marca o início da Revolução Francesa. Imbuídos de um forte anseio revolucionário, expressado pelo lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, burgueses, trabalhadores e demais membros das camadas populares propuseram uma revolução na França com o intuito de, dentre outros ideais, promoverem a liberdade de todos os cidadãos¹⁰⁹. A liberdade revelou-se, a partir de então,

apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.” (TEPEDINO, op. cit., p. 26).

¹⁰⁷ “O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.” (NEGREIROS, op. cit., p. 11). Em sentido semelhante: “A constitucionalização do direito civil, mais que um fenômeno jurídico, é a concretização da incidência da Constituição sobre os institutos de direito privado impermeáveis de outrora, como o contrato e a propriedade: Tornou-se significativo da evolução do direito privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjectivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade nas suas relações com os outros particulares.” (Franz Wieacker, apud NEGREIROS, op. cit., p. 19). Ainda: “O movimento inicial de publicização do Direito Privado acabou por impulsionar o desenvolvimento de uma série de outros movimentos que, ligados entre si de uma forma quase indissociável, retomam o objetivo comum de (re)incorporar à ordem jurídica seu caráter eminentemente axiológico. Numa reunião prévia, tais movimentos constituem-se na (re)personalização, na funcionalização e na constitucionalização das relações jurídicas privadas.” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZERELLA, Maria Cristina Cereser. *Mitos e rupturas do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 142)

¹⁰⁸ “pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção do consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país”. (NEGREIROS, op. cit. p. 107-108).

¹⁰⁹ “Mas a ênfase, ou a denúncia, dessas operações não podem justificar uma leitura negativa de todo caso histórico e conceitual, e tanto menos a reavaliação (como já aconteceu) da estrutura jurídica e social do Ancien regime, que certamente expressava os dados de realidade que não eram ocultados, mas cuja presença e

como mecanismo de reação ao Absolutismo Monárquico, período histórico marcado por grande limitação à liberdade dos cidadãos franceses.

A liberdade e a igualdade foram os mais substanciais baluartes da revolução que se revelou como marco histórico inicial da Idade Contemporânea. A crítica que motivou a Revolução de 1789, no que diz respeito especificamente à liberdade – ou à ameaça desta –, explica-se pela desigualdade estabelecida pela própria lei, a qual era mantida pelo sistema político dos Estados, como, por exemplo, os privilégios fiscais imotivadamente concedidos ao clero e à nobreza, integrantes do primeiro e segundo Estados, respectivamente¹¹⁰.

O conceito de liberdade ainda é tema de calorosas discussões, não se propondo o presente estudo a analisar de modo exauriente todas as acepções acerca do tema¹¹¹. É imprescindível, ainda que para uma abordagem sucinta, reconhecer que conceituar liberdade de um modo geral e a liberdade de contratar¹¹², foco da presente análise, pode levar a resultados diversos.

prepotência fundamentavam um ordenamento que negava a liberdade e a igualdade, produzindo exclusão e impossibilidade de sair das gaiolas dos status que definiam a condição efetiva da pessoa. O realismo do direito, naquela fase, não era outra coisa que a reprodução e a sanção da estratificação social.” Em tradução livre. No original: “*Ma la sottolineatura, o la denuncia, di queste operazioni non possono giustificare una lettura in negativo di tutta una vicenda storica e concettuale, e tanto meno la rivalutazione (come pure è avvenuto) della struttura giuridica e sociale dell’Ancien Régime, sicuramente espressiva di dati di realtà per nulla occultati, ma la cui presenza e prepotenza fondavano un ordine che negava libertà ed eguaglianza, producendo esclusione e impossibilità di uscire dalle gabbie degli status che definivano la condizione effettiva della persona. Il realismo del diritto, in quella fase, altro non era che la riproduzione e la sanzione della stratificazione sociale*”. (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 15)

¹¹⁰ “A renovação do direito tem de ser vista no contexto do Iluminismo, um amplo movimento europeu que assumiu uma atitude crítica diante das idéias e da sociedade do *ancien régime* em geral. A crítica concentrou-se especialmente nos seguintes pontos. Em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos Estados”, como seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade; a servidão ainda existia, enquanto várias restrições feudais e corporativas refreavam a atividade econômica. “Liberdade” e “igualdade” eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa.” (VAN CAENEGEM, op. cit., p. 161-162)

¹¹¹ Para uma análise profícua sobre o conceito de liberdade, recomenda-se a leitura da tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (*Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 402 p. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, 395 p.)

¹¹² “O contrato não apenas se revela, assim, instrumento para o exercício da liberdade, mas, também, como fonte de liberdade(s). Essa é a prestação que ele pode oferecer como integrante da dimensão funcional proposta, prestação essa que pode se dirigir tanto ao próprio contratante como a eventuais terceiros que recebam as consequências materiais desse contrato. A função pensada em termos de liberdade não se restringe, portanto, a uma função limite – bem como rechaça a concepção de limites externos – sendo, sobretudo, de caráter prestacional. Emerge daí a questão atinente ao papel que pode exercer o conceito de função social do contrato em relação com à função como liberdade(s). Assim como ocorria com a função social da propriedade, a relação não é de oposição, embora uma dimensão funcional não se confunda com a outra. Há, todavia, interseções possíveis, em que a noção de função como liberdade(s) pode ser fundamento que permite, ainda que

A liberdade em sua compreensão genérica pode ser compreendida, segundo John Locke, como poder de agir, de modo a estar presente quando também o estiver a possibilidade efetiva de ação¹¹³. A liberdade em Kant, doutro modo, corresponde à autonomia moral, de modo que o indivíduo é livre na medida em que age em obediência à sua própria razão¹¹⁴.

Importante mencionar, ainda sob perspectiva genérica, a distinção entre as concepções de liberdade positiva e liberdade negativa. A liberdade negativa concebe a liberdade como correspondência à ausência de coerção. Ainda para esta vertente, os homens seriam livres para fazer o que quisessem contanto não violassem direitos alheios. A liberdade negativa possui interessante relação com a concepção de um Estado mínimo, que, assumindo a posição de “guarda-noturno”, intervém minoritária e excepcionalmente¹¹⁵. Associa-se, ainda, a concepção de liberdade negativa à chamada “desregulamentação”, consistente na diminuta interferência legislativa nas opções humanas¹¹⁶.

parcialmente, compreender uma ressignificação da função social do contrato.” (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 301-302)

¹¹³ “Itaire, por exemplo, atribui a Locke compreensão que identifica a liberdade como poder de agir, o que também remeteria para um juízo concreto a seu respeito. Essa identidade entre liberdade e poder tem, em Voltaire, a pretensão de ser o verdadeiro conceito de liberdade, em contraposição a compreensões que são por ele ironizadas como “teológicas”.” (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 16). Prossegue o autor: “A liberdade, assim, pode ser compreendida como possibilidade efetiva de ação. Conceitos como o de Amartya Sen, que entende a liberdade como a capacidade efetiva de cada um fazer aquilo que valoriza incorporam em alguma medida essa noção, embora nela não se esgotem – já que a própria definição das preferências que antecedem o agir livre é algo que pode ser pensado em termos de liberdade efetiva. Essa concepção conflita, como visto, com o que se pode compreender como liberdade no Estado mínimo (e, mais ainda, nas “agências de proteção”) de Robert Nozick.” (Ibid., p. 20)

¹¹⁴ “Trata-se de conceito que pode ser compreendido como uma forma de liberdade positiva, em que da razão o indivíduo livre encontra o sentido da conduta moral. Obedecendo a essa lei moral racional, está o indivíduo agindo autonomamente, pois está a obedecer à própria razão. Há aqui uma liberdade moral positiva – que se insere, sem embargo, no âmbito de doutrinas que costumam ser qualificadas como liberais. (Ibid., p. 21)

¹¹⁵ “Preconiza, portanto, uma liberdade negativa e formal que, sem embargo, tem um espaço extremamente amplo, uma vez que as restrições são mínimas, referindo-se basicamente à proibição de violar os direitos alheios – sobretudo os direitos de propriedade, que, como em Locke, principiam pela propriedade sobre o próprio corpo (*self ownership*) – o que faz do Estado um ator com funções mínimas, equivalentes à da figura de um “guarda-noturno” (*night-watchman*).” (Ibid., p. 22). Prossegue o autor: “Nada obstante o que sustentam os autores antes indicados, pode-se afirmar uma insuficiência da liberdade negativa, que precisa sem complementada pela noção de liberdade positiva. Não se trata de desconsiderar a liberdade negativa, mas, sim, reconhecer que ela não pode ser concebida como um conceito que encerre a “verdadeira liberdade”.” (Ibid., p. 29)

¹¹⁶ “Supondo por um momento que essa “liberdade negativa”, a liberdade face às restrições impostas pela limitação coercitiva das opções individuais, é de fato o único aspecto libertário da condição humana a que se pode aspirar, serão as excessivas ambições reguladoras/legislativas do poder político seu único ou ao menos seu principal inimigo? Será a diminuição da interferência legislativa nas opções humanas – a chamada “desregulamentação” – uma porta para a autêntica expansão da “liberdade negativa?”” (BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 78)

A liberdade positiva, por sua vez, preconiza uma visão da liberdade como uma autodeterminação inerente ao indivíduo¹¹⁷. Assim, a liberdade transcende em muito um espaço de ausência de coerção para ser permeada por condições estruturais que garantam o efetivo exercício da liberdade¹¹⁸, devendo exprimir a possibilidade de se fazer o que se valoriza, o que importa¹¹⁹⁻¹²⁰.

A concepção positiva da liberdade é claro fruto da emergência de um Estado cada vez mais social, assistencial e promocional, o qual não se atém unicamente à sua função de guarda noturno mas promove as mudanças que pretende ver acontecendo¹²¹. Com efeito,

¹¹⁷ “Embora se verifique entre os liberais uma prevalência de noções que remetem o conceito de liberdade à ausência de coerção (sobretudo quanto se trata a liberdade exercida na seara das relações privadas), qualificando-se como liberdade negativa – e, não raro, também formal –, há desde compreensões que trazem à liberdade um sentido de autodeterminação inerente ao que se pode denominar de “liberdade positiva”, até teses que sustentam uma concepção francamente substancial de liberdade. Verifica-se uma especial ênfase à liberdade negativa entre os autores que se qualificam como “libertários” (*libertarians*), com um sentido mais plural que abrange, inclusive, a liberdade positiva, em muitos dos que se denominam “igualitários” (*egalitarians*). (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 21). Ainda: Mas a boa sociedade pode – e deve – tornar livres seus integrantes, não apenas livres de um ponto de vista negativo – no sentido de não serem coagidos a fazer o que não fariam por espontânea vontade – mas positivamente livres, isto é, no sentido de serem capazes de fazer algo da própria liberdade, de serem capazes de fazer coisas... (...) Os indivíduos só são livres quando podem instituir uma sociedade que protege e promove sua liberdade, a não ser que instituem juntos um agente capaz de alcançar exatamente isso. (BAUMAN, op. cit., p. 112)

¹¹⁸ “Ronald Dworkin, também um *egalitarian*, valoriza a liberdade positiva como algo que é tutelado no âmbito de uma democracia constitucional (inclusive quando, em favor de um direito constitucional, a Corte Constitucional decide contrariamente a uma decisão majoritária). Não se limita, portanto, à noção de liberdade como ausência de coerção. Sem embargo disso, sua compreensão sobre o tema remete menos a uma liberdade individual positiva de autodeterminação e mais a um conceito de liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política “verdadeira”, assim entendida como aquela que (a) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, reputar-se seu membro moral, bem como (b) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e (c) “seja feita de agentes morais independentes” (não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes).” (PIANOVSKI RUZYK., op. cit., p. 15-16)

¹¹⁹ “Trata-se da liberdade assegurada formalmente, da qual, em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício. Por liberdade como efetividade pode-se entender, a seu turno, na esteira do pensamento de Amartya Sen, a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades.” (Ibid., p. 60)

¹²⁰ Em sua tese, Pianovski analisa a visão da liberdade na perspectiva de Sen, para quem a liberdade decorre da possibilidade real que cada um tem de fazer aquilo que valoriza: “Segundo Sen, como visto anteriormente, ao contrário do que defende boa parte da tradição liberal, a liberdade não se resume à garantia formal da liberdade de escolhas em um espaço de não coerção: se as restrições econômicas impuserem a impossibilidade efetiva de realização de escolhas, estará caracterizado um déficit de liberdade. A liberdade não seria apenas aquela tomada como garantia formal, mas deve ser tomada, também, como liberdade efetiva. A maior ou menor liberdade decorre do conjunto capacitatório de cada indivíduo, ou seja, da possibilidade real que cada um tem de fazer aquilo que valoriza. Trata-se de reconhecer, ao contrário do que afirmam Berlin, Hayek, Friedman e, até mesmo, Rawls, que as condições de exercício da liberdade (tomada como autonomia formal) podem ser, elas próprias, liberdades, cuja não satisfação inviabiliza a possibilidade de realização de escolhas e, nessa medida, nega o próprio valor da liberdade.” (Ibid., p. 81-82)

¹²¹ “O Estado assistencial, de fato, não pretende apenas levar a fazer (por meio de normas positivas ou sanções positivas), mas ele mesmo faz. As normas de organização são precisamente aquelas pelas quais o Estado regula a

paulatinamente o Estado liberal clássico de outrora, marcadamente composto por normas negativas, foi sendo substituído pelo Estado assistencial.

Observa-se, nesse Estado assistencial, a concomitância de normas negativas e positivas e, assim, de normas de organização, por meio das quais o próprio Estado promove as mudanças que entende necessárias. O Estado garantidor revela-se cada vez mais atuante nas regulações das diversas áreas. Dentre elas, inelutavelmente, o direito civil. Assim, “diante das novas exigências, o Estado vai se configurando como interventor, planejador e regulador. O direito civil muda de função”¹²².

Paulatinamente ganha mais relevo a intervenção estatal por meio de ações diretas, tendo em vista que há um crescente interesse estatal em promover as mudanças pretendidas por meio da regulação da ação de seus órgãos. Ganham relevo, para este Estado social, ainda, as chamadas técnicas de encorajamento, que estão a revelar uma função cada vez mais promocional do Direito¹²³. As técnicas de encorajamento almejam proporcionar ou facilitar as demandas sociais que surgem de uma forma não apenas negativa, com o intuito de manter a ordem social, mas também positiva¹²⁴.

ação dos próprios órgãos. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006. p. 1.). Ainda: “A concepção de um estado mais social não é imune a críticas de teor liberal: As exigências de intervenção estatal na contrato são simétricas às reivindicações de intervenção do Estado no governo da sociedade. Nas estratégias solidarísticas é possível vislumbrar argumentos colocados ao lado do apoio ao Estado social e aos direitos reconhecidos no segundo pós guerra pelas novas democracias constitucionais, empenhadas (não apenas em preservar as liberdades fundamentais negadas pelos Estados fascistas, as também) em transformar a sociedade e reduzir progressivamente as desigualdades econômico-sociais. Por outro lado, na defesa de um direito privado unitário, de uma ordem fundada apenas sobre o terreno comum oferecido pela liberdade contratual, pode-se vislumbrar uma linha discursiva que do liberalismo originário chega ao neoliberalismo, à negação (à la Hayek) do Estado social e economicamente interventor, chega à rejeição de uma visão “dinâmica” da igualdade e de quaisquer atribuições ao poder público de um dever redistributivo e equalizador, a não ser a assunção do mercado e da liberdade contratual como “modelo.” (CAZZETTA, op. cit., p. 85-86)

¹²² PERLINGIERI, op. cit., p. 128-129. Em sentido semelhante, Heloisa Carpena Vieira de Mello (A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 309) evidencia a revisão do direito civil engendrada pelo surgimento do chamado Estado Social: “Todavia, a massificação das relações sociais e a reação que se operou com o surgimento do chamado Estado Social conduziram a uma revalorização do homem, reclamando a revisão dos institutos clássicos do Direito Civil.”

¹²³ “A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011. p. 13).

¹²⁴ “É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo de

As técnicas de encorajamento são, pois, imprescindíveis à promoção de mudanças sociais, cujo alcance não era possível na presença única das chamadas técnicas de desencorajamento, estando aptas, então, à atribuição de um valor positivo à transformação.

A expansão de medidas adequadas a expressar um novo modelo de Estado mais social e interventor espalhou-se pelos diversos ramos do direito, dentre eles, inelutavelmente, o direito privado. Com efeito, os clássicos institutos do direito civil passam a ser revisitados pela nova e cada vez mais solidária ótica constitucional, que incide diretamente sobre os privados¹²⁵.

A liberdade pensada positivamente ganha prestígio substancial nos contornos do direito contratual. O exercício livre da autonomia privada concebido como a possibilidade de contratar está a revelar um viés ainda abstrato da liberdade de contratar¹²⁶. A liberdade positiva se desdobra sobre o contrato, por exemplo, quando se verifica a iniciativa de contratar ou não, a possibilidade de escolha do outro contratante e a definição de cláusulas a que estará obrigado o contratante¹²⁷. O contrato é, pois, espaço de exercício da liberdade como efetividade¹²⁸.

conservação social e as segundas, com o objetivo de mudança. Podemos imaginar duas situações-limite: aquela em que se atribua valor à inércia, isto é, ao fato de as coisas permanecerem como estão, e aquela em que se atribua um valor positivo à transformação, isto é, ao fato de a situação subsequente ser diferente da anterior. No âmbito, pois, das duas situações (de inércia e de transformação), podemos imaginar dois pontos de partida distintos: aquele em que o comportamento seja permitido e aquele em que o comportamento seja obrigatório.” (Ibid., p. 19 e 20).

¹²⁵ “Na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos manifesta-se o núcleo do princípio do Estado social: a responsabilização não apenas da sociedade mas do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem-estar dos outros. Na legislação do moderno direito privado, esta solidariedade encontra sua expressão na crescente intervenção do Estado no domínio dos interesses privados. Tal intervencionismo, marcado por grande produção legislativa, irá se refletir diretamente na atividade do Juiz, que não mais se limita à perquirição da vontade das partes no momento da contratação, passando a exercer efetivo controle sobre a relação contratual através de interpretação finalística, ou seja, consentânea com os princípios constitucionais que regem a ordem econômica, vigilante aos limites, à liberdade de estabelecer cláusulas e fixar o conteúdo do contrato, atenta à função deste direito. É neste panorama de crise que ressurgiu a teoria do abuso do direito, descortinando verdadeiras “janelas” no ordenamento, de molde a permitir ao intérprete e aplicador da norma a adequação de condutas na ótica da “solidariedade constitucional”, referida por Pietro Perlingieri, que inspira e vincula tanto o legislador com o intérprete, apontando para uma releitura de institutos, às luz dos valores eleito pelo constituinte.” (CARPENA, op. cit., p. 309). Ainda: “A teoria contratual sofreu uma série de alterações qualitativas em decorrência dos avanços tecnológicos e da subsequente massificação da sociedade – e conseqüentemente, da padronização dos contratos – passando de uma visão liberal, sustentada pelas idéias oitocentistas da liberdade formal e da autonomia da vontade, para uma outra, intervencionista e protecionista, que visa a igualdade material e a defesa social da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratuais.” (MULHOLLAND, op. cit., p. 255-256)

¹²⁶ “Desse modo, a concepção da autonomia privada do ordenamento jurídico brasileiro depende do valor que ele atribui ou reconhece à liberdade da pessoa para regulamentar seus próprios interesses”. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79)

¹²⁷ “É que a autorregulamentação de interesses privados que a autonomia privada acaba por assegurar consiste, a rigor, em uma expressão de liberdade formal. Não deixa de ser liberdade positiva, mas é pensada em termos

Reconhece-se, no entanto, que nem sempre o efetivo exercício da liberdade – efetividade esta correspondente a uma liberdade concretizada¹²⁹ em poder de decisão – irá exprimir uma liberdade de participação em todas as decisões que precedem o exercício da liberdade. O fato é que o indivíduo, ainda que livre, é-o a partir do funcionamento da ordem sistêmica instituída pelo mercado¹³⁰. Assim, as escolhas não serão integralmente livres, dado que a um exercício de liberdade antecede uma prévia escolha de opções disponíveis.

É imprescindível que a prática da liberdade seja acessível a um maior número possível de pessoas, de modo a se garantir a distribuição de oportunidades de acesso e valorização das

abstratos: é formalmente assegurada a todos a possibilidade de contratar definindo o conteúdo da avença, que obrigará o contratante. Não se cogita, aí, da efetiva possibilidade de realizar as escolhas que podem implicar tanto na iniciativa de contratar ou não e de escolher o outro contratante (liberdade de contratar) como na definição das cláusulas que obrigarão o contratante (liberdade contratual). Com efeito, tanto a liberdade contratual como a liberdade de contratar, se pensadas em termos apenas de autonomia privada, não transcendem a seara da liberdade como abstração. Dir-se-á que o exercício da autonomia importa a passagem da abstração para a concretude. Porém, a concretude do contrato celebrado pode importar um exercício apenas presuntivo de liberdade. O que se materializa como contrato a partir da chancela legal prévia nem sempre pode ser reputado como o efetivo conjunto de escolhas que o indivíduo poderia realizar.” (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 295)

¹²⁸ “É por isso que no âmbito estrito da dimensão funcional vinculada à autodeterminação, pode-se cogitar de um contrato que, sendo exercício de autonomia privada, tem entre suas funções a realização de atos de autodeterminação e, mais que isso, pode, ampliar espaços de autodeterminação dos contratantes – inclusive, sustentamos, pensada como liberdade material. Explica-se: o contrato, como instrumento de satisfação de necessidades, pode ser visto, também, como um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade⁵²⁸. Mas essa afirmação deve ser compreendida não, pura e simplesmente, como exercício de autonomia formal: trata-se de ferramenta útil à realização de aspirações existenciais, que se expressam em termos de liberdade positiva, e que somente se mostram viáveis mediante a existência de liberdade como efetividade.” (Ibid., p. 299)

¹²⁹ “A concretização da liberdade se reflete, também, à liberdade de desfrutar de vantagens e da afetação dos bens: “Desta forma, busca-se assegurar a liberdade do homem, mas não uma liberdade abstrata e sim a liberdade concreta, concernente ao desfrute de vantagens e à afetação dos bens. Refere-se, pois, a uma liberdade real, sem deixar de considerar os limites dessa liberdade e, assim, dos poderes jurídicos colocados à disposição pelo ordenamento.” (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. 163)

¹³⁰ “Toda a vida desse indivíduo acaba por se reduzir ao consumo, que terá tanta mais liberdade quanto puder consumir. Segundo Barcellona, os indivíduos nunca tiveram tanta liberdade, em um espaço tão restrito, uma vez que, ao mesmo tempo em que são livres para consumir, restringe-se seu espaço de participação nas decisões, que decorrem do funcionamento da ordem sistêmica (instituída pelo mercado) que prescinde do sujeito. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que no espaço de não coerção do consumo privado os indivíduos são livres, retira-se a possibilidade de que estes sejam realmente livres para definir os rumos da sociedade, para o exercício de sua cidadania. A liberdade política do cidadão é substituída pela liberdade econômica do consumidor”. (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 36) “Daí a possibilidade de convergência entre a tese de Barcellona e a afirmação de Bauman de que “o ganho de liberdade supostamente obtido em compensação na fase final moderna ou nos tempos pós-modernos é em larga medida ilusório”. Mesmo porque, no dizer de Bauman, os códigos de escolha são impostos pelo mercado de tal forma que, a rigor, escolha efetiva não há.” (Ibid., p. 36) Prossegue o autor: “O que se pode apontar como efetivamente ilusória é a pretensão de afirmar a liberdade negativa como a “verdadeira liberdade”. Restringir a liberdade a esse conceito negativo é legitimizar a indefinida reprodução dos mesmos discursos, e, nessa medida, a reprodução das mesmas agendas e códigos de opção. Dentre as mais relevantes contribuições de Bauman está, nessa medida, a pretensão de definir a liberdade individual não apenas como a possibilidade de fazer escolhas, mas, também, como a possibilidade de, no âmbito do político, participar da definição de agendas. (Ibid., p. 38)

liberdades. Por outro lado, a confluência de várias liberdades pode levar à concorrência entre liberdades, de modo que “somente a liberdade legitimaria a restrição a outra liberdade”¹³¹.

Há também um notável ponto de encontro entre a liberdade formal, lastreada em um espaço em que não haja coerção - e a liberdade propugnada nas relações interprivadas do século XIX. O caráter individualista, por clara influência do liberalismo econômico, deu lugar a um contexto de forte e livre autorregulamentação dos interesses privados, “livres” que eram do intervencionismo estatal¹³².

Aparentemente paradoxal, o fato é que muitas vezes a intervenção na liberdade de contratar revela-se como meio necessário à ampliação e efetivação do exercício da própria liberdade de contratar. Isso porque “intervir de modo a assegurar o acesso a bens essenciais é, a rigor, intervir para promover ampliação da liberdade substancial dos contratantes”¹³³. A valor, nem toda intervenção na dinâmica contratual será apta para tolher a liberdade dos contratantes, mas, antes, para concretizá-la.

A publicização do direito privado, erigida no século XX, trouxe significativas mudanças à noção de liberdade como poder impenetrável de autonomia dos interesses

¹³¹ “Essas regras de prioridade visam, assim, assegurar a maior igualdade possível na distribuição das liberdades básicas e, ainda, definir regras procedimentais puras para que possa ocorrer a distribuição de oportunidades de acesso e valorização dessas liberdades. Assim, somente a liberdade legitimaria a restrição a outra liberdade, bem como as desigualdades de oportunidades somente se justificam para maximizar oportunidades aos “menos favorecidos” (Ibid., p. 68). Ainda: “a ponderação entre liberdades pode fazer com que haja a prevalência concreta de um perfil sobre o outro importando um direcionamento do exercício da liberdade formalmente assegurada para o incremento de outras liberdades, sobretudo como liberdade substancial” (Ibid., p. 342)

¹³² “Essa liberdade na propriedade adquire, no Direito Civil, uma qualificação que pode ser identificada na expressão autonomia privada. Referir-se à liberdade nas relações interprivadas acaba por ser, a partir, sobretudo, do século XIX, versar sobre uma liberdade formal, que se assegura em um espaço de não coerção, no qual os indivíduos podem autorregular seus interesses privados. O universo em que esse enlace entre propriedade e autonomia privada se localiza é o de um Direito de matriz individualista, pautado pelo liberalismo econômico – ainda que não, propriamente, pelo liberalismo político democrático. A disciplina jurídica que é aí engendrada encara o indivíduo como sujeito de direito abstrato e atomizado, como se ele antecedesse os vínculos sociais. Esse perfil se modifica em parte ao longo do século XX, por meio, entre outras transformações, da denominada “funcionalização social” do Direito Civil, sobretudo da propriedade.” (Ibid., p. 8)

¹³³ “Assim, intervir de modo a assegurar o acesso a bens essenciais é, a rigor, intervir para promover ampliação da liberdade substancial dos contratantes. Pode-se, é certo, criticar o que se está a desenvolver sob o argumento de que essa incidência de direitos fundamentais importa intervenção legislativa e jurisdicional sobre a autonomia privada. Consiste, entretanto, em restrição à autonomia privada com o fim de realizar liberdade(s). A limitação a uma dada liberdade – e a própria vinculação dos particulares aos direitos fundamentais antes referidos – encontrariam fundamento no incremento de outra liberdade. Isso não reduz o sentido da verdade ao mero exercício aquisitivo de bens, ou, menos ainda, ao consumo: revela um direcionamento funcional que o direito ofereceria aos próprios bens.” (Ibid., p. 319)

particulares, a qual não poderia mais convalescer – ou não mais com a mesma intensidade – diante a “perspectiva de inclusão e revalorização da dignidade da pessoa humana”¹³⁴.

Curial notar que a intervenção na liberdade encontra na própria liberdade sua motivação e limite. Isso porque a liberdade continua sendo a regra, cujas exceções surgem na medida em que se faz necessária sua limitação. A restrição à liberdade só poderá ocorrer se e até onde for motivada pela promoção de outras liberdades, de modo a manter coerente o sistema de liberdades¹³⁵.

Interessante salientar a moderna – conquanto não tão recente – discussão acerca da existência de espaços de liberdade, também chamados de “espaços de não-direito”¹³⁶. A discussão gira, em apertadíssima síntese, em torno da possibilidade de haver algumas parcelas impenetráveis pelo direito ou por qualquer meio de regulação, de modo que, em determinadas

¹³⁴ “A construção, ao longo do século XX, de um novo modelo de Estado capitalista – o Estado de Bem Estar Social – erigido, sobretudo, por um ideário social-democrata, fez com que se instaurasse um paradoxo: de um lado, apresentou-se perspectiva de inclusão e revalorização da dignidade da pessoa humana – ao menos no plano do discurso. De outro, o modo pelo qual se buscou instrumentalizar essa dignidade foi o recurso a pretensões coletivistas, centradas na figura do Estado. Isso levou à denominada “publicização” do direito privado, colocando-se, ao lado do interesse individual, o interesse “coletivo.” (PIANOVSKI RUZYK, p. 9). Ainda: “Vimos alguns exemplos através dos quais se mostra a força de atração que vai exercendo o princípio da centralidade da pessoa. Tanto a interpretação contratual como a legislação consumerista, os danos físicos, o contrato de serviços, bem demonstram este redimensionamento. A pessoa se apresenta como um núcleo de irradiação de direitos. Uma vez que este fenômeno tenha sido captado nos tratados internacionais e nas Constituições, produz-se um enlace, um ponto de contato, entre o Direito Privado e o Público Constitucional.” (LORENZETTI, op. cit., p. 159.)

¹³⁵ “Em conflitos do tipo autonomia-heteronomia, necessita-se resolver em favor da liberdade, pois o princípio é a liberdade, e a exceção são os limites. Assinala Rawls que a liberdade tem um peso absoluto em relação aos motivos do bem público e os valores perfeccionistas. A liberdade somente pode ser limitada se favorece outras liberdades a fim de adaptá-la a um sistema de liberdades coerente, já que do contrário se chocariam entre si.” (Ibid., p. 437-438)

¹³⁶ “O debate quanto à existência de espaços de não direito traduz a discussão sobre as liberdades do indivíduo, no sentido de saber se existiria um espaço na vida privada em que o indivíduo pudesse exercer o seu direito de liberdade de forma absoluta, sem restrições impostas pelo Estado ou qualquer espécie de ingerência estatal.” (BANDEIRA, Paula Greco. Espaços de não direito e as liberdades privadas. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 52. Rio de Janeiro: Padma, out-dez. 2012, pp. 121-136, p. 124) Ainda: “Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, o que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ele importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direito alheios. [...] De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustra sua possibilidade de realização existencial. Todos possuem o inalienável direito de serem tratados como pessoas, e o tratamento como pessoa exige o reconhecimento da autonomia moral do agente, da sua ontológica liberdade existencial.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2006. p. 154-155)

situações, as pessoas poderiam conduzir seu projeto de vida imunes de quaisquer interferências¹³⁷.

A análise de espaços de liberdade poderia ressignificar a própria concepção de fatos jurídicos, de modo que os fatos em que o direito não interviesse poderiam ser considerados como fatos juridicamente irrelevantes ou, mesmo, não seriam fatos jurídicos. Pietro Perlingieri é refratário a essa ideia. Para o autor, todo fato recebe uma valoração expressa ou implícita pelo ordenamento¹³⁸. Com efeito, mesmo os fatos imunes à regulação do direito – que integrariam esses “espaços de liberdade” – se enquadrariam como fatos juridicamente relevantes, eis que sua relevância jurídica seria verificada no momento de apreciação anterior à conclusão de sua impenetrabilidade pelo direito.

As discussões acerca dos espaços de liberdade não afetariam, contudo e em tese, o objeto da presente pesquisa. Isso porque a análise dos referidos espaços refere-se muito mais às situações subjetivas existenciais, relegando às situações subjetivas patrimoniais apenas uma gradação de intervenções na liberdade¹³⁹. Os estudos dos espaços de liberdade têm se dedicado prioritariamente à liberdade individual, em perspectiva voltada à privacidade, à intimidade e ao livre exercício da vida privada¹⁴⁰.

Passa-se, agora, à análise da solidariedade. As duas guerras já vivenciadas a nível mundial deixaram cicatrizes que podem ser percebidas até os dias atuais. Dentre os incomensuráveis resquícios deixados pela Primeira e Segunda Guerra Mundial – em sua

¹³⁷ “A maior dificuldade do direito tem sido estabelecer um compromisso (pacto) aceitável entre os valores fundamentais comuns, aqueles aptos a delimitar os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 75)

¹³⁸ “Não existe, portanto, fato que não receba uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento. Há quem afirme a existência de fatos juridicamente irrelevantes: é uma teoria herdada do passado, da concepção do direito como garantidor das situações adquiridas, do ordenamento construído somente por regras, e não por princípios. Os chamados fatos <<juridicamente irrelevantes>>, na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos. A respiração de uma formiga não é um fato juridicamente irrelevante> simplesmente não é um fato.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 640)

¹³⁹ A distinção de tratamento aos referidos espaços imunes a interferências estatais também se verifica em parcelas de regulação e promoção pela Constituição Federal: “A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.” (SARMENTO, op. cit., p. 177)

¹⁴⁰ “O princípio da liberdade individual consubstancia-se, hoje, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.” (MORAES, op. cit., p. 108)

maioria, altamente deletérios -, sobretudo pela Segunda Grande Guerra, observa-se uma forte tendência solidarista entre as nações e, também, de modo interno¹⁴¹. A solidariedade revela-se como importante mecanismo apto a ensinar as futuras gerações a não mais cometer os mesmos erros do passado¹⁴².

A solidariedade, enquanto valor geral que encontra guarida nos regulamentos de base do sistema¹⁴³, passa a permear os institutos de direito civil de modo a exigir a interferência de um Estado social que se pretende contrapor ao Estado liberal que o precedeu¹⁴⁴.

Pode-se afirmar que o princípio da solidariedade social deve se voltar ao pleno desenvolvimento da pessoa, relacionando-se à igualdade e à igual dignidade social¹⁴⁵. A

¹⁴¹ “No século passado surgiu, em grande parte como consequência das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra, um novo tipo de relacionamento entre as pessoas – um relacionamento baseado na chamada solidariedade.” (MORAES, op. cit., p. 109)

¹⁴² Uma menção menos rar deste termo se constata na Constituição imediatamente sucessiva à segunda guerra mundial: na esteira do maior massacre na história, as atrocidades perpetradas em particular pelos nazistas e pelas milícias da República de Salò sobre os combatentes, a resistência, os dissidência, sobre as minorias étnicas, na mesma população desarmada, em referência à solidariedade no texto das leis fundamentais soa como uma condenação do passado, um aviso ao presente, um compromisso com o futuro; a referência à solidariedade também esbarra no individualismo exagerado, que pisoteia a dignidade da pessoa e ignorar o sentimento de fraternidade e de apoio mútuo entre as pessoas, entre os cidadãos, entre as categorias sociais; Também soa como um ensinam paraento as futuras gerações, para não continuar cometendo os mesmos erros registrados na história e esse alto cargo. (ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile: Storia, fonti, interpretazione*. Vol. I, São Paulo: Livraria dos Advogados Editora, 2000. p. 604). Em tradução livre. No original: “*Uma menção menos rara di questo termine si constata nelle contituzioni immediatamente successive ala seconda guerra mondiale: sull’onda del più grande massacro della storia, delle atrocità perpetrate in particolare dai nazist e dalle milizie della Repubblica di Salò sui combattenti, sui resistenti, sui dissidenti, sulle minoranze etniche, sulla stessa popolazione inerme, il riferimento alla solidarietà nel testo delle leggi fondamentali suona come una condanna del passato, um monito al presente, um impegno per il futuro; il riferimento alla solidarietà à anche uno sbarramento all’individualismo esasperato, che calpesta la dignità della persona e ignora i sentimenti di fratellanza e di recíproco sostegno tra gli uomini, tra i cittadini, tra le categorie sociali; Esso suona anche come um insegnamento alle generazioni future, perché facciano tesoro degli errori registrati dalla storia e si tramandio questo alto messaggio.*”

¹⁴³ Ibid., p. 604.

¹⁴⁴ “Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção da crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome a solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 231.) O fenômeno do dirigismo contratual também é apontado por Gustavo Tepedino (O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3): “Tal quadro começa a se redefinir, gradativamente, na Europa, já desde o início do século XX, e no Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, ao qual se associa o fenômeno conhecido como dirigismo contratual.”

palavra “solidariedade” é derivada do termo “*obligatio in solidum*”, que no direito romano expressava, primitivamente, a obrigação comunitária, ou seja, as responsabilidades que o indivíduo tinha em relação a uma coletividade à qual pertencia.

Consoante o vernáculo, tem-se por solidariedade o laço ou vínculo de pessoas ou coisas independentes, o sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses dum grupo social, duma nação ou da humanidade¹⁴⁶.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴⁷:

A Constituição de 1988, ao estabelecer os objetivos da República Federativa do Brasil, no art. 3º, I, indica, entre outros fins, a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Neste mesmo art. 3º, no inciso III, há outra finalidade a ser atingida, que completa e melhor define a anterior: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Assim, esses incisos do art. 3º conclamam os Poderes da República a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial. Pode-se então deduzir que, de acordo com o texto constitucional, a conformação de nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social. A expressa referência feita pelo legislador constituinte à solidariedade cria em nosso ordenamento um princípio jurídico novo, a ser levado em conta sempre, inclusive nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é por todos os membros da sociedade. 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, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, como a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Para Honneth – e também para Hegel e Mead – haveria, além das esferas do amor e do reconhecimento do direito, a esfera da solidariedade. Esse terceiro plano de reconhecimento diria respeito à positiva consideração das propriedades e capacidades concretas do indivíduo.

¹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 37.

¹⁴⁶ Solidariedade. In. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed.; Curitiba: Posigraf, p. 747.

¹⁴⁷ MORAES, op. cit., p. 110-111.

Assim, torna-se imprescindível que para o reconhecimento sejam consideradas suas peculiaridades concretas. Outrossim:

Por isso, sob as condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar de “solidárias” porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade: só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.¹⁴⁸

Depreende-se da esfera da solidariedade que, além da tolerância em relação à outra parte¹⁴⁹, é possível desenvolver um interesse afetivo pela particularidade alheia, de modo que todos estão, em alguma medida, ligados a um destino comum¹⁵⁰.

Ademais, a solidariedade revela-se como mecanismo inafastável do exercício das liberdades, devendo coexistir com a livre iniciativa, a liberdade de empresa e a propriedade privada:

Quando se trata da liberdade, a Constituição brasileiro não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capilarizada através das suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela propõe-se a reduzir esta

¹⁴⁸ HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais* [Kamp um Anerkennung]. São Paulo: Editora 34, Tradução de Luiz Repa, 2003. p. 210-211.

¹⁴⁹ Vê-se, aí, a presença da solidariedade horizontal, que deve se espalhar pelas relações interpessoais: “A solidariedade intensa desta forma se aproxima do significado adotado na Constituição italiana. Mais uma vez, a solidariedade não é apenas vertical, mas também horizontal (os pobres têm de ser solidários uns aos outros, os empresários devem ser solidários uns com os outros: §1941). Em outras palavras, a solidariedade está conectada com a igualdade, a dignidade, a fraternidade, a justiça social.” (ALPA, op. cit., p. 615). Em tradução livre. No original: “*La solidarietà intensa in questo modo si avvicina al significato accolto nella Costituzione italiana. Ancora: la solidarietà non è solo verticale, ma anche orizzontale (i poveri devono essere solidali tra loro, gli imprenditori devono essere solidali tra loro: §1941). In altri termini, la solidarietà è connessa con l’eguaglianza, la dignità, la fratellanza, la giustizia sociale.*”

¹⁵⁰ “Na verdade, a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.” (SARMENTO, op. cit., 296)

desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que, sem isto, a liberdade não passa de retórica vazia. Mas se, por outro lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de variadas fórmulas compomissórias.¹⁵¹

Importante salientar que, no caso concreto, deve-se analisar a pertinência da liberdade e da solidariedade em relação a todos os envolvidos: a princípio, credor, devedor e terceiro interferente. Em tese, a favor do credor poderia se apontar a solidariedade e, por outro lado, em prol da atuação do devedor e terceiro em celebrar contrato incompatível intercederia a liberdade. Por certo, resolver o embate entre liberdade e solidariedade por critérios matemáticos – de modo que a liberdade seria “majoritária” por abranger, a um só tempo, interesses do devedor e do terceiro – configuraria uma incoerência metodológica que salta aos olhos. O direito não é uma ciência exata e resolver embates principiológicos tão substanciais por parâmetros matemáticos esvaziaria a própria essência da ciência humana que é.

A análise da prevalência entre liberdade e solidariedade no caso concreto que traga a lume a discussão acerca da responsabilidade civil do terceiro interferente deve perpassar não apenas pelos interesses concretos postos em questão, mas também pelo cenário mercadológico pretérito e pelas possíveis repercussões que a ponderação entre liberdade e solidariedade acarretará, a fim de que seja garantida uma coerência sistêmica e, também, concreta.

Para tanto, importante se fará a análise dos pressupostos de responsabilidade civil do terceiro interferente (a serem analisadas nos itens 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.5) e, também, de circunstâncias específicas a deflagrarem a responsabilidade civil do terceiro interferente (que serão objeto de análise nos itens 2.3, 2.4 e 2.5). Mas não é só. A verificação de pressupostos e situações específicas – como a presença de cláusula de exclusividade, cláusula de não

¹⁵¹ SARMENTO, op. cit., p. 175. O autor (op. cit., p. 295) prossegue: “as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a ideia de solidariedade. [...] Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo. “

concorrência e direito potestativo de livre denunciabilidade pelo devedor por si só não acarretará necessariamente a tutela externa do crédito.

É salutar que, da análise do caso concreto, a liberdade de iniciativa não esmoreça diante da responsabilização do terceiro interferente a ponto de obstaculizar a fluidez de um nicho mercadológico marcado pela concorrência tenaz. Por exemplo, em contratos de prestação de serviços entre jogadores de futebol e clubes futebolísticos é, de tão comum, explícita a constante interferência em relações contratuais previamente estabelecidas. Ainda, outro exemplo assaz comum é o de escritórios de advocacia que amealham clientes que já tenham celebrado contratos de prestação de serviços advocatícios com outro estabelecimento.

Necessário perquirir se a aparente prevalência da liberdade sobre a solidariedade elidiria automaticamente a possibilidade de responsabilização do terceiro interferente junto ao devedor perante o credor. Em atividades marcadamente concorrenciais, por exemplo, o terceiro por vezes já intervém em relação contratual previamente constituída sabedor da possibilidade de arcar com os prejuízos experimentados pelo credor. Nessa hipótese, indaga-se: a forte concorrência que marca alguns arranjos contratuais estaria a revelar a prevalência da liberdade sobre a solidariedade? Mais: se prevalente sobre a solidariedade, a liberdade legitimaria a conduta do terceiro interferente e afastaria, necessariamente, sua responsabilidade civil perante o credor?

Em um primeiro momento, seria coerente afirmar que em parcelas mercadológicas marcadas por forte e comum concorrência a liberdade prevaleceria sobre a solidariedade. A coerência é dissipada, porém, quando se verifica que da própria concorrência assaz advém a quase automática possibilidade de o terceiro interferente ser solidariamente responsável com o devedor frente ao credor. A incoerência se estabelece, portanto, ao afirmar que em determinadas situações – só verificáveis a partir da análise concreta – a liberdade prevaleceria sem, contudo, afastar a responsabilidade civil do terceiro.

Não se pode conceber como tutelável a liberdade do terceiro interferente se também ensejadora de responsabilidade civil a ele. Ou bem a liberdade é prevalente sobre a solidariedade e afasta a responsabilidade civil do terceiro ou é a solidariedade que prevalece por impor ao terceiro, em violação aos parâmetros impostos pela boa-fé objetiva, a responsabilidade pela lesão experimentada pelo credor em decorrência do inadimplemento contratual com o qual ele contribuiu.

A liberdade prevalecerá, pois, quando o exercício da liberdade de contratar do terceiro for tutelável ao ponto de eximi-lo de qualquer responsabilização em face do credor. Para tanto, a boa-fé objetiva e o abuso do direito (a serem ainda analisados nos itens 1.6.2 e 1.6.3

respectivamente), apontados pela presente pesquisa como fundamentos à responsabilização civil do terceiro interferente, servirão como importante mecanismo hermenêutico para o balizamento da atuação do terceiro.

A prevalência da solidariedade irá se impor, porém, quando a atuação do terceiro em conluio com o devedor violar os padrões da boa-fé objetiva a ponto, pois, de retirar o merecimento de tutela ao exercício da liberdade do terceiro interferente¹⁵². Com efeito, não é a naturalidade que marca a atuação de terceiros interferentes em alguns contextos mercadológicos parâmetro suficiente ao balizamento do merecimento de tutela da ação do terceiro e sua consequente – ou não – responsabilização civil, mas também – e prioritariamente – o atendimento aos princípios propugnados pelo ordenamento no caso concreto sob análise, tendo como especial referencial o princípio da boa-fé objetiva.

1.5 Responsabilidade civil do terceiro interferente e concorrência desleal

Reconhecida a importância da tutela externa do crédito, apta a dar ensejo à responsabilização do terceiro interferente – a partir, é claro, de critérios gerais e específicos, conforme se demonstrará –, não se pode prescindir da análise de independência da responsabilidade civil do terceiro interferente em relação a um instituto correlato que, por si só, poderia ser apontado como apto a satisfazer os interesses do credor em face do devedor e do terceiro cúmplice. Para tanto, delimitou-se o contorno dessa análise ao instituto da concorrência desleal.

Faz-se salutar analisar em que medida a concorrência desleal perderá a suficiência em regular situações de violação ao crédito, de modo a exigir recurso necessário à disciplina da responsabilidade civil do terceiro interferente. Nesta esteira, deve-se distinguir repúdio e consequente regulação aos atos de concorrência desleal por parte do Estado e a possibilidade de extensão da responsabilidade pela reparação do dano ao terceiro interferente, está última objeto da pesquisa.

¹⁵² “Com essa perspectiva, o merecimento de tutela de um ato de autonomia privada passa por sua submissão ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, portanto, por necessidade de unidade sistemática que tanto as situações subjetivas patrimoniais, quanto existenciais, são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana.” (MEIRELES, op. cit., p. 86)

Para o estabelecimento de um *standard* de concorrência é imprescindível que se leve em consideração a análise funcional dos concorrentes, dos consumidores e da coletividade¹⁵³. A propósito, no Brasil, a regulação da concorrência foi fortemente influenciada pela proteção ao consumidor. Diversamente do sistema desenvolvido nos Estados Unidos, onde a legislação antitruste foi editada a fim de manter a concorrência, no Brasil a repressão ao abuso do poder econômico teve por escopo a tutela do consumidor¹⁵⁴.

A associação entre o direito de concorrência e a tutela do consumidor é evidenciada pelo teor dos artigos 170 da Constituição Federal¹⁵⁵ e 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)¹⁵⁶. Isso porque o artigo 170 da CF, o qual informa a base principiológica que deve servir de arrimo à ordem econômica, traz em seu bojo a livre concorrência e a defesa do consumidor. O inciso VI do artigo 4º do CDC, por sua vez, traz como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a coibição à concorrência desleal, na condição de abuso praticado no mercado de consumo.

Pode-se afirmar que a tutela da concorrência desdobra-se por meio do direito privado, o qual se atém à propriedade intelectual e à proteção do fundo do comércio, e também do

¹⁵³ DUTOIT, Bernardo. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 717/1995. Jul, 1995. p. 8.

¹⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil. In *Revista de Direito Privado*. Vol. 60/2014. Out-Dez. p. 260. O autor prossegue: “Com efeito, no sistema brasileiro, “houve a edição de normas proibitivas da fixação de preços mediante acordos entre empresários, da venda de produtos abaixo do preço de custo, da estocagem abusiva de mercadorias, entre outras práticas. O antitruste surgiu no território brasileiro como uma “aura do nacionalismo”, ou seja, de proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro.” (Ibid., p. 260). Ainda: “Os primeiros tempos de proteção da concorrência americana não indicaram qualquer preocupação com os consumidores, era a pequena empresa que se queria colocar a salvo dos *octopus* de então, compreendida em harmonia com o pensamento da época e como condição para o desenvolvimento da economia. A articulação das primeiras leis antitrustes estaduais, que impulsionaram a aprovação do estatuto federal, não foi motivada por preocupação social referente a qualidade de produtos ou mesmo preços, mas sim por um desejo de conservação das posições da burguesia industrial.” (CARPENA, Heloísa. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência. In *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 12/2005. Jan, 2005, p. 46)

¹⁵⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

¹⁵⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

direito público, a teor da regulação estatal sobre o espaço que serve de cenário para as mais diversas formas de concorrência¹⁵⁷.

A intervenção do Estado no mercado pode ser atribuída à concepção de um sistema constitucional econômico, expressado pela denominada “Constituição Econômica”, erigida especialmente na Alemanha após o fim da Primeira Guerra Mundial como símbolo do “fim de uma época econômica e política do capitalismo”¹⁵⁸. Esse novo modelo econômico de Constituição se ancora, essencialmente, na democracia econômica e na administração autônoma da economia¹⁵⁹. Com efeito, a intervenção estatal passa a atingir “diretamente os postulados da forma econômica liberal, como a livre iniciativa privada, a livre concorrência e a não intervenção estatal.”¹⁶⁰

O exercício da concorrência deve ser livre, mas não ilimitado¹⁶¹. A regulação pelo mercado regida tão só pela “mão invisível”, proposta por Adam Smith, gerou distorções no mercado, dando ensejo ao surgimento de monopólios e a inúmeras e inusitadas práticas de abuso do poder econômico¹⁶². O repúdio do ordenamento deve se dirigir aos atos de

¹⁵⁷ “ (...) a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da propriedade intelectual denominado concorrência desleal e, na proteção do fundo do comércio ou do aviamento, pelo direito comercial. Tem também sua parcela de direito público, seja na regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, esta objeto do chamado direito de defesa da concorrência, ou direito antitruste.” (BARBOSA, Denis Borges. PORTO, Patrícia. Concorrência desleal em configurações ornamentais de produtos de consumo durável. 2006, p. 1-10. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/ornamentais.pdf>. Acesso em 12/01/2016).

¹⁵⁸ GAMA, op. cit., p. 257.

¹⁵⁹ A expressão “Constituição Econômica” surge no período pós-1ª Guerra Mundial – símbolo do fim de uma época econômica e política do capitalismo e do começo de outro momento -, especialmente na Alemanha, e baseada em duas ideias fundamentais: (a) a de democracia econômica; (b) a de administração autônoma da economia. Não se revela suficiente atribuir à pessoa a condição de “cidadão político”, mas transformá-la em “cidadão econômico”. [...] A Constituição Econômica é um conceito que não se refere a uma ordem econômica efetiva (ou preexistente), mas, sim, se relaciona a uma tarefa, a uma ideia dirigida ao futuro. As normas da Constituição Econômica visam estabelecer uma nova ordem econômica destinada a alterar a estrutura econômica existente. Dois dos objetivos fundamentais da República brasileira são erradicar a pobreza e a miséria, bem como reduzir as enormes desigualdades sociais e regionais. (Ibid., p. 257-258)

¹⁶⁰ Ibid., p. 258. Ainda: “Na atualidade, o Direito Econômico representa o conjunto de normas e técnicas jurídicas empregadas pelo Estado na realização de sua política econômica, surgindo uma nova função de direção da Economia pelo Estado. O Estado direciona o comportamento dos agentes econômicos, não apenas para preservar, mas para conduzir o mercado. São técnicas de direção sobre o mercado que o Estado emprega para cumprir sua função de implementar política pública.” (Ibid., p. 7)

¹⁶¹ Uma tensão possível e existente entre o Direito da concorrência livre, que postula a liberdade de concorrência, e o direito da concorrência desleal, que postula limitações a essa liberdade, não impede, de facto, a necessidade da sua harmonização entre si, num equilíbrio desejado. (SANTOS JÚNIOR op. cit., p. 532)

¹⁶² “Contrariando o pensamento de Adam Smith – segundo o qual o mercado seria regulado pela “mão invisível” – a livre concorrência, sem controle estatal, gerou distorções no mercado, através do aparecimento de monopólios e toda a sorte de práticas de abuso do poder econômico. Assim, tais distorções não poderiam passar despercebidas, gerando uma reação do Estado.” (SILVA, Alberto Luís Camelier da. Concorrência desleal e

concorrencial desleal. A concorrência é salutar a qualquer mercado e limitá-la sem que seja por uma motivação maior seria claramente arbitrário e contrário ao princípio da liberdade¹⁶³.

Ainda no século XIX, em 1890, foi editada a lei estadunidense *Sherman*, que propugnava o combate ao poderio dos “Trustes”, grandes conglomerados econômicos. A aprovação do *Sherman Act* não foi, contudo, aceita com tranquilidade pelos economistas norte-americanos¹⁶⁴. Inobstante, “o remédio encontrado pelo legislador norte-americano – e também o brasileiro – foi a intervenção estatal para coibir e balancear atos de abuso de direito e de poder econômico.”¹⁶⁵ Assim, o direito de concorrência (ou direito antitruste) e as políticas públicas por ele implementadas visam a, “simultaneamente, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre e saudável concorrência entre os agentes econômicos.”¹⁶⁶

No Brasil, o primeiro caso que deu azo à discussão acerca da concorrência desleal dizia respeito a uma queixa crime, proposta por Rui Barbosa em 1874, por falsificação de produto¹⁶⁷. O direito de concorrência é atualmente regido pela Lei 12.529/11. Os atos que

antitruste: atuais perspectivas no direito brasileiro. In *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 1/2014. Jan-Fev. 2014. p. 159)

¹⁶³ “De entre as muitas ordenações existentes de negócios contrários aos bons costumes, com base na jurisprudência, revele-se a de Larenz: “1. Negócios que, pelo seu conteúdo, são contrários à Moral dominante, independentemente das instituições ou dos motivos das partes; exemplo histórico é o ciclo das decisões que consideram nulos os contratos referentes a bordéis, que tem reaparecido em decisões mais recentes; 2. Negócios que estabeleçam uma limitação excessiva da liberdade pessoal ou da liberdade econômica das partes; <<contratos de opressão>>, certas proibições de concorrência excessivas e injustificadas, a proibição pós divórcio de residir em determinado local, etc.; decisões mais recentes têm vindo, neste sector, a justificar-se, também, com direitos fundamentais garantidos na Constituição; [...]” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 2. Reimpresão. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1220)

¹⁶⁴ “A proteção da concorrência, em todos os tempos, esteve associada à análise econômica, em maior ou menor escala. Na época da aprovação do *Sherman Act*, por exemplo, os debates foram marcados pela participação ativa de economistas, a maioria dos quais desenvolveu teorias se opondo à política de intervenção, procurando identificar benefícios para os consumidores num mercado concentrado. Desde então, a análise das questões da concorrência jamais se afastou de um conteúdo econômico.” (CARPENA, op. cit., p. 51)

¹⁶⁵ SILVA, op. cit., p. 159. Dados históricos remontam, contudo, o primeiro caso antitruste ao século IV a.C.: “O primeiro caso antitruste relatado na história mundial foi verificado no inverno dos anos 388-387 a.C., no qual alguns agentes econômicos formaram uma espécie de associação para cessar a concorrência entre eles, adquirindo grande quantidade de grãos para estoque além do que lhes era permitido. Na Roma antiga havia prática de monopólios estatais, tal como o monopólio do sal.” (GAMA, op. cit., p. 260). O autor prossegue apontando o monopólio estatal estabelecido pela Coroa portuguesa no período colonial do Brasil: “No Brasil-Colônia era vedado o comércio com outros países que não Portugal, o que gerou uma uniformização dos preços das matérias primas exportadas devido à presença de um monopólio bilateral – um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor de bens provenientes da Europa para o território brasileiro. Todas as atividades se submetiam ao controle da Coroa portuguesa e, assim, a liberdade de comércio se desenvolvia envolta aos monopólios estatais ou concedidos pela Coroa; havia reclamações contra práticas de abuso de posição dominante e de abusos contra o consumidor.” (Ibid., 261)

¹⁶⁶ Ibid., p. 264.

¹⁶⁷ SILVA, op. cit., p. 158. Embora tenha sido julgado improcedente, o caso foi marco importante ao desenvolvimento da Lei de Proteção às Marcas, instituída por meio do Decreto 2.682, de 23 de outubro de 1875.

configuram a concorrência desleal são descritos, contudo, na Lei 9.279/96, em cujo artigo 195¹⁶⁸ são descritas, em rol *numerus apertus*, hipóteses de crimes de concorrência desleal.

A configuração da concorrência desleal como crime faz emergir clara distinção entre o instituto e a responsabilidade civil do terceiro por violação a crédito anteriormente estabelecido: os bens jurídicos tutelados, os ramos de direitos a que se relacionam e o sistema de responsabilização são distintos.

A concorrência desleal tem por escopo a proteção da livre concorrência a fim de que seja mantido um mercado econômico saudável e restritivo a monopólios. A tutela externa do crédito, por conseguinte, tem por desiderato resguardar o respeito ao crédito enquanto interesse jurídico tutelado e em relação ao qual há um dever geral de abstenção quanto a interferências deletérias em situações previamente conhecidas.

A concorrência desleal, assim enquadrada como crime a teor do artigo 195 da Lei 9.279/96, relaciona-se ao direito penal (sem prejuízo de outros ramos, como o direito econômico, por exemplo), ramo tipicamente de direito público. A tutela externa do crédito, noutro caminhar, se encontra no bojo do direito civil, ramo peculiarmente de direito privado. Sem prejuízo da evidente mitigação da dicotomia entre direito público e privado, o fato é que o enquadramento da concorrência desleal como passível de responsabilidade penal e da violação ao crédito por terceiro interferente como passível de responsabilidade civil

¹⁶⁸ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

desmistifica a aparente equiparação entre os institutos.¹⁶⁹ A responsabilidade civil tem seus olhos fitos na reparação vítima do dano, enquanto a responsabilidade penal tem por desiderato a ressocialização daquele que cometeu a infração penal.

Outro importante fator de diferenciação entre responsabilidade civil do terceiro interferente por lesão ao direito de crédito e concorrência desleal diz respeito aos requisitos para a configuração dos institutos em análise. A concorrência desleal, instituto tipicamente regulado pelo direito econômico, requer, para sua configuração, alguns fatores que transcendem a caracterização da violação do crédito pelo terceiro interferente que induz o credor a celebrar contrato incompatível, de modo que nem toda hipótese de responsabilidade civil do terceiro interferente (cujos requisitos serão analisados no Capítulo 2) se enquadrará nos contornos da concorrência desleal.

A ilicitude da interferência de terceiro em relações concorrenciais não se exaure na ciência, pelo terceiro, do contrato incompatível anteriormente celebrado entre credor e devedor. A hipótese de aliciamento de clientela – que em muito se aproxima do escopo deste estudo – requer, para sua configuração, que o terceiro ostente posição dominante no mercado, que sua conduta acarrete a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário do lucro ou dominação de mercados e, ainda, que gere impacto sobre o abastecimento.¹⁷⁰

Vê-se, pois, que a responsabilidade do terceiro por violação ao crédito não se confunde com o controle da concorrência desleal. Isso porque nem toda lesão a direito de

¹⁶⁹ “As sanções contra a concorrência desleal são, também elas, de índole diversa, não pressupondo, muitas delas, a prática de um ilícito civil e um dano efectivo de lesão de um direito. Assim acontece com a tutela penal, enquanto o dano não é elemento típico do crime de concorrência desleal. Mas predisõem-se no Direito da concorrência desleal ou são-lhe aplicáveis também um conjunto de meios de reacção a meros estados de inobservância objectiva ou de contrariedade objectiva aos padrões de leal concorrência: tais reacções podem ser preventivas, dependentes ou não da iniciativa de concorrentes (como as disposições restritivas da atribuição de direitos privativos, no âmbito do CPI, a acção de simples apreciação ou providências cautelares de abstenção ou cessação de uma actividade considerada como de concorrência desleal), ou repressivas, igualmente dependentes ou não da iniciativa de concorrentes (como a pretensão de cessação do comportamento desconforme ou a pretensão de reconstituição de uma situação precedente ao estado desconforme com a concorrência desleal ou providências administrativas, como a apreensão de produtos ou mercadorias em face de situações indiciárias de infração).” (SANTOS JÚNIOR., op. cit., p. 535-536)

¹⁷⁰ “Note-se, todavia, que a interferência ilícita do terceiro nas relações concorrenciais exige mais 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 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*. In *Revista Forense*. Número 391. Volume 103. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 107-108)

crédito perpetrada por terceiro será enquadrada na hipótese de concorrência desleal¹⁷¹⁻¹⁷². Com efeito, a regulação da concorrência desleal “não oferece uma tutela imediata, não contingente, segura, geral e uniforme aplicável a todos os domínios em que a interferência do terceiro sobre o direito de crédito possa ocorrer”¹⁷³.

Chega-se, então, à conclusão de que necessária a autonomia da tutela externa do crédito em relação à concorrência desleal, institutos que, embora correlatos, não exaurem todas as peculiaridades atribuíveis à responsabilidade civil do terceiro interferente.

1.6 Fundamentos para a tutela externa do crédito

Questão crucial relativa à tutela externa do crédito diz respeito aos seus fundamentos. Se, historicamente, a experiência estrangeira já propôs a distinção entre relatividade e oponibilidade dos contratos, ou, ainda, o recurso à eficácia interna e externa das obrigações para justificar a extensão de certos efeitos contratuais a terceiros e a criação de um dever geral

¹⁷¹ A este teor, Santos Júnior (op. cit., p. 540) afirma que: “Um ilícito civil de lesão por terceiro do direito subjectivo alheio pode ser e pode não ser qualificável também como um acto de concorrência desleal, dependendo da verificação no caso das condições de tal qualificação, mas a responsabilidade civil decorrente daquele ilícito civil traduz uma tutela imediata do crédito, que não depende e supera uma eventual tutela mediata que pudesse decorrer, assim, indirectamente, da qualificação do acto como de concorrência desleal.”

¹⁷² “A existência de legislação que coíba a concorrência desleal também não torna desnecessário o reconhecimento da tutela externa do crédito. Há inúmeros casos de violação deste direito que não dizem respeito à concorrência. Sendo, assim, afastamos facilmente o argumento que entende que com a repressão à concorrência desleal já se estaria protegendo o direito de crédito.” (BELO, op. cit., p. 193)

¹⁷³ “Em síntese: o Direito contra a concorrência desleal não oferece uma tutela imediata, não contingente, segura, geral e uniforme, aplicável a todos os domínios em que a interferência do terceiro sobre o direito de crédito possa ocorrer e aplicável a todos os tipos de interferência. A aplicação do principio da responsabilidade civil por lesão do direito subjectivo alheio sim.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 540). Ainda: “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 econômico. Apenas a reparação do dano 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 industrial, como da novel lei de defesa da concorrência, 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.” (LABOURIAU, Miguel de Paula. *A responsabilidade do terceiro pela lesão ao crédito alheio*. 182 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 114-115)

de respeito às situações creditícias, não havia se debruçado ainda sobre o fundamento axiológico do instituto.

Atualmente, aventam-se três fundamentos para a tutela externa do crédito: (i) o princípio da função social do contrato, que, nessa acepção, ampliaria as garantias asseguradas às partes contratantes, atribuindo a terceiros o dever de observância ao crédito constituído entre outras partes; (ii) a boa-fé objetiva, na figura parcelar de criação de deveres anexos, incidente não só no âmbito contratual; ou (iii) a vedação ao abuso do direito, em específico, do direito de contratar. A propósito, ressalte-se que todos os fundamentos previstos em doutrina se encontram expressamente previstos na normativa civil atual¹⁷⁴.

1.6.1 Princípio da função social do contrato

O princípio da função social dos contratos assume relevo no contexto da constitucionalização do direito civil que, ao sustentar a releitura dos tradicionais institutos jurídicos à luz dos valores informados pela Constituição Federal, promoveu efetiva revolução dogmática.¹⁷⁵ A cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana¹⁷⁶ – em seus quatro substratos, notadamente, liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade social – foi alçada a fundamento da República¹⁷⁷, exigindo a funcionalização das situações subjetivas patrimoniais àquelas existenciais¹⁷⁸.

¹⁷⁴ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”; “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”; “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁷⁵ Note-se que, com a Constituição de 1988, a proteção à dignidade da pessoa humana torna-se o ápice hierárquico do ordenamento. Sobre o tema, veja-se: Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa humana*, São Paulo: Renovar, 2009. p. 29.

¹⁷⁶ “Enquanto cláusula geral, a dignidade da pessoa humana pode encontrar dificuldades quanto à determinação de seu conteúdo: Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao se buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípios constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação.” (MORAES, op. cit., p. 84)

¹⁷⁷ Artigo 1º da Constituição Federal, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Ao distinguir a solidariedade constitucional de

Nesse contexto, a autonomia privada é remodelada¹⁷⁹, encontrando limitação interna no atendimento aos valores constitucionais de cunho existencial, os quais passam a integrar o próprio conceito de ordem pública.¹⁸⁰ O espaço de exercício dessa autonomia deve, conseqüentemente, se revelar como terreno fértil à promoção dos valores propugnados pelo ordenamento¹⁸¹.

No plano contratual, o abstrato sujeito de direitos presente no direito codificado dá lugar à pessoa humana, qualificada no âmbito de concreta relação jurídica, com redobrada atenção às suas específicas particularidades – em termos de capacidade, de vulnerabilidade em concreto e de condição socioeconômica¹⁸².

outros modelos, Pietro Perlingieri (*O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 462) afirma: “Tais formas de solidariedade, embora presentes em muitas normas ordinárias, não dizem respeito à solidariedade constitucional, pela qual a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve se direcionar à eficiência destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa. O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos conteúdos da igualdade e da igual dignidade social”

¹⁷⁸ “Pode o direito, assim, realizar valorações que rechacem finalidades econômicas em proveito de interesses existenciais⁵⁴⁴, seja dos contratantes, seja de terceiros. Uma visão reducionista a respeito da função social do contrato que a reduza ao mercado ou mesmo a submeta a um juízo de precedência da função econômica parece incompatível com a base normativa dessa função social – que não se restringe à fórmula excessivamente genérica do art. 421 do Código Civil.” (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 311)

¹⁷⁹ “O contrato continua, pois, sendo um instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica. Mas a liberdade é qualificada, inspirando-se na lealdade e na confiança, que devem existir entre as partes, e a eficiência consiste na adaptação às necessidades do mercado. A função social abrange, pois, a manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, sem prejuízo da obediência aos princípios éticos, pois a função do direito consiste em conciliar a economia e a moral, garantindo, assim, a segurança jurídica sem a qual nenhum país pode progredir.” (WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar. 2004. p. 5). Ainda: “Além disso, a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre a Função Social dos Contratos, in _____; FACHIN, Luiz Edison (Coords.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas — Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11)

¹⁸⁰ Conforme leciona Gustavo Tepedino (Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, 2000. Editorial): “Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certo desdém, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública.”

¹⁸¹ “Com este prisma, a autonomia privada deixa de ser caracterizada como um poder sobre o qual incidem certos limites para se tornar um poder promocional de valores. Desse modo, aquela percepção negativa da liberdade não é mais suficiente para explicar a atuação da vontade dos particulares.” (MEIRELES, op. cit., p. 91)

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo. O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo. In *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro. v. 1, 2014. p. 141.

Na esteira dos novos princípios contratuais, o princípio da função social dos contratos, positivado no artigo 421 do Código Civil,¹⁸³ vem alterar o próprio fundamento axiológico da liberdade contratual¹⁸⁴. Informado pelos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da igualdade substancial e da solidariedade social, o princípio da função social exige dos contratantes a persecução de interesses extracontratuais socialmente relevantes, ao lado de seus interesses individuais¹⁸⁵.

Desta maneira, o princípio da função social insere no plano contratual a noção de ordem pública constitucional, impondo aos contratantes a observância de normas inderrogáveis, que visam a assegurar, em última instância, a promoção da pessoa humana e dos valores constitucionais. Como informa Gustavo Tepedino:

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. Por isso mesmo, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que ‘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’¹⁸⁶

¹⁸³ Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁸⁴ Em crítica à tímida aplicação do princípio da função social dos contratos, confira-se a lição de Anderson Schreiber (O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão, in Sílvio de Salvo Venosa et al. *10 Anos do Código Civil – Desafios e Perspectivas*, São Paulo: Atlas, 2012. p. 141): “A função social do contrato, que, no plano puramente teórico, prometia revolução até superior àquela representada pelo advento da boa-fé objetiva, alterando o próprio fundamento axiológico da liberdade contratual, não encontrou, ainda, uma aplicação prática digna de suas potencialidades. A imensa maioria dos manuais ainda mantém a função social do contrato em um plano abstrato, quase filosófico, e a jurisprudência tem encontrado dificuldade em empregá-la sem o verniz demagógico e oportunista que, muitas vezes, se lhe imprime no cotidiano dos foros, onde a função social tem sido invocada ora como argumento para a defesa dos interesses patrimoniais de concorrentes dos contratantes, ora como fundamento para a absoluta desconsideração do contrato, resultado que representa a verdadeira antítese de um princípio ‘contratual’. A melhor doutrina, contudo, tem dado passos importantes para que a função social encontre efetiva realização, como instrumento dinâmico de reformulação do contrato, de modo a adequá-lo concretamente a interesses sociais relevantes afetados pela sua execução.”

¹⁸⁵ Conforme indica Gustavo Tepedino (Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In *Temas de direito civil*. T.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20): “Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho.”

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. “Notas Sobre a Função Social dos Contratos”, in _____; FACHIN, Luiz Edison (Coords.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas — Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Por conseguinte, tem-se a mitigação do princípio da relatividade dos contratos: são estipulados deveres às partes contratantes que também se voltam ao atendimento de interesses coletivos. Nessa medida, ao elaborar o concreto regulamento de interesses consubstanciado no contrato, as partes deverão atentar para os interesses pertencentes à coletividade na qual se inserem.

Com efeito, a metodologia civil-constitucional¹⁸⁷ propõe seja realizado efetivo juízo de valor do ato (*meritevolezza*)¹⁸⁸, de modo que os interesses individuais dos titulares das situações jurídicas subjetivas só sejam considerados merecedores de tutela se e na medida em que se revelarem como interesses socialmente relevantes que venham a ser igualmente tutelados.¹⁸⁹ Ou seja, não se verifica uma absoluta e incontestável atribuição de poderes ao titular da situação subjetiva, mas, antes, o exercício de tais poderes só será protegido enquanto realizar também interesses coletivos, na denominada socialização dos direitos subjetivos.¹⁹⁰ O princípio da função social opera, portanto, transformação qualitativa dos contratos, apreendidos como instrumentos voltados à concretização de valores constitucionais.

¹⁸⁷ “Essa metodologia tem origem no contexto da Europa pós-guerra, quando diversas nações – especialmente aquelas submetidas a regimes autoritários derrotados no conflito – decidiram editar Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana.” (KONDER, Carlos Nelson. SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. In *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 10. Out-Dez, 2016. p. 11)

¹⁸⁸ “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realidade dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre estes, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 649-650)

¹⁸⁹ Segundo leciona Pietro Perlingieri (Id., p. 650), ao abordar os atos negociais: “Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional”.

¹⁹⁰ Remeta-se, mais uma vez, à lição de Gustavo Tepedino (O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro. v. 1, 2014. p. 141): “Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica privada 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 não mais se justifica apenas como expressão da liberdade individual, mas, além disso, também em virtude da função que tais interesses desempenham para a promoção de posições jurídicas externas, as quais alcançam e integram a ordem pública constitucional. 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).”

A função social do contrato, apontada por Orlando Gomes como “função econômico-social do contrato”, preceitua que o direito deve intervir no contrato devido à sua função econômico-social. O autor prossegue afirmando que contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica¹⁹¹. Partindo dessa premissa, a função social do contrato atua, então, como um filtro do merecimento de tutela dos contratos¹⁹².

Apesar de sua axiomática importância, a função social do contrato vem enfrentando considerável dificuldade quanto à determinação de seu conteúdo.¹⁹³ A partir de sua inserção no art. 421 do Código Civil de 2002, diversas correntes de pensamento se propuseram a desvendar o conteúdo e o alcance da função social do contrato¹⁹⁴.

Pode-se elencar três principais posições acerca do conteúdo e o papel da função social. Aponta-se, em uma primeira concepção, a função social como orientação de política legislativa constitucional. Em suma, as críticas a essa posição refutam-na por entenderem que tal visão não expressaria o real sentido do princípio e, ainda, subverteria a hierarquia de valores do ordenamento. Aponta-se, ainda, a função social como expressão do valor social das relações contratuais, de modo que a formação do contrato não deve ser valorada apenas pela vontade dos contratantes, mas também pelos efeitos que o contrato projeta na sociedade. Por essa vertente, a função social serviria de fundamento à responsabilização do terceiro cúmplice, na medida em que propiciaria a apreensão do contrato como fato social.¹⁹⁵ Por fim,

¹⁹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 21. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 20.

¹⁹² “Outra corrente, a que nos filiamos, vislumbra no princípio da função social do contrato também outras aplicações práticas. Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Justamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc.), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, o fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca a sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz.” (GOMES, op. cit., p. 50-51)

¹⁹³ “Lamenta-se, ao invés de festejar, que o novo Código Civil tenha se contentado em enunciar a cláusula geral da função social, sem trazer luzes sobre a sua efetividade, tal como fizera a Constituição da República a respeito da função social da propriedade. Essa tarefa restou ao intérprete, que deve valer-se do métodos da hermenêutica, especialmente de uma interpretação sistemático-axiológica capaz de fornecer à dita norma efetividade em coerência com as demais normas e valores do ordenamento.” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. MORAES, Maria Celina Bodin. Rio de Janeiro: Renovar: 2006. p. 284)

¹⁹⁴ TEPEDINO, op. cit., p. 2.

¹⁹⁵ Sob esse viés, Tereza Negreiros (op. cit., p. 267) defende que “em contraposição à concepção individualista, o princípio a função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social”. A autora defende, ainda, que a tutela externa do crédito seria justificável pela função social do contrato e pelo abuso do direito, eis que a liberdade de contratar seria dotada de uma função social, de modo que o exercício desta liberdade em contrariedade a esta função

poder-se-ia conceber a função social como um novo princípio que impõe deveres e não direitos aos contratantes em face de interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo contrato. Com efeito, sob esta perspectiva, o exercício do direito só será merecedor de tutela se atender aos referidos interesses.¹⁹⁶

É possível vislumbrar semelhança entre a função social do contrato e a causa do contrato – apontada como importante baliza à qualificação do negócio jurídico -, posto que ambas são dotadas de grande abertura semântica¹⁹⁷. A semelhança, contudo, não leva à identidade entre os institutos: a causa é entendida, dentro as diversas acepções a ela atribuíveis, como a síntese dos efeitos essenciais do contrato, ao passo que a função social do contrato se atém à finalidade concreta do negócio jurídico¹⁹⁸.

Pode-se afirmar, mais, que o princípio da função social do contrato é consectário dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa¹⁹⁹ (art. 1º, IV), da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social²⁰⁰ (art.

representaria abuso de direito (o terceiro que firma contrato com devedor incompatível com relação primitiva deste com o credor exerce sua liberdade de contratar de forma abusiva e em violação à função social, devendo, por isso, ser responsabilizado). Ainda: “O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social.” (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. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 750. Abr. 1998. p. 67)

¹⁹⁶ “Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que os interesses socialmente relevantes, postos que alheios à espera individual, venham a ser igualmente tutelados. [...] 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, op. cit., p. 100)

¹⁹⁷ “É bem verdade que tanto causa como função social são conceitos de grande abertura semântica. Por isso, é factível que se encontre, dentre as inúmeras teorias sobre a causa, alguma ou mesmo várias que se mostrem incompatíveis com uma determinada acepção da função social do contrato. Contudo, deve-se convir que dentre as principais sugestões de concretização da função social do contrato é a sua aproximação com a causa do contrato que revela maiores potencialidades normativas.” (RENTERÍA, op. cit., p. 304)

¹⁹⁸ “A qualificação causal consegue, com efeito, suprir as deficiências da qualificação estrutural que se baseia na identificação dos elementos essenciais do contrato. Basta pensar na distinção entre a compra e venda de coisa futura e a empreitada, em que o dono da obra não forneceu a matéria prima. Estruturalmente, ambos os negócios podem apresentar as mesmas obrigações: a construção de uma coisa (obrigação de fazer) e a sua futura transferência (obrigação de dar). Contudo, quando se analisa a finalidade concreta desse negócio ou a sua função, a distinção se evidencia. O contrato de empreitada tem por finalidade entregar ao empreiteira uma coisa feita sob medida, realizada para atender as suas necessidades específicas, ao passo que o bem entregue por meio de compra e venda futura não apresenta essa especificidade, ainda que ele tenha sido construído pelo vendedor.” (Ibid., p. 307). Para análise profícua acerca dos contornos da aproximação entre causa e função social, ver, por todos, KONDER, Carlos Nelson. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. 1. ed., 2014. 354p.

¹⁹⁹ Fundamento da República.

3º, I), de modo que impõe às partes contratantes o dever de perseguir também interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela, que se relacionam com o contrato ou são, de alguma forma, por ele atingidos²⁰¹.

Como corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio da função social, enquanto elemento interno e justificador da autonomia privada²⁰², deve guardar compatibilidade com a proteção da subjetividade. Assim, a função social deve ter mais um caráter reprodutor da pessoa do que uma vinculação estritamente social²⁰³, sob pena de se incorrer no risco de dar maior importância a um viés primordialmente coletivista em detrimento – ou mesmo negação – da própria dignidade da pessoa tomada em sua concretude²⁰⁴.

Carlos Eduardo Pianovski relata em sua tese que, dentre as acepções acerca da função social, identificam-se as “que a compreendem como pertinente a interesses difusos de natureza não patrimonial, como dirigida a interesses existenciais de natureza jusfundamental ou, mesmo, como pertinente à promoção de eficiência no mercado²⁰⁵”.

O princípio da função social do contrato tem correspondência constitucional com o princípio da solidariedade social, o qual impõe a contratantes e terceiros a colaboração mútua.

²⁰⁰ Objetivo da República.

²⁰¹ TEPEDINO, op. cit., p. 5.

²⁰² 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. (Ibid., p. 8)

²⁰³ “Por isso, impõe-se um repensar da categoria função social das figuras jurídicas do Direito Civil sob uma ótica renovada e dialética, que seja efetivamente compatível com a proteção da subjetividade concreta e inter-relacional. Substrato para a hipótese da presente tese consiste a noção de que o Direito Civil não atende a uma função coletiva sem face, nem, tampouco, a um indivíduo abstrato, apêndice da propriedade, mas, sim, à liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade. A função social, assim, mais do que estritamente “social”, é uma função reprodutora da pessoa.” (PIANOVSKI RUZYK, op. cit., p. 11)

²⁰⁴ “Por isso, parece fundamental, ante a longa crise pela qual passa o paradoxal Estado Social – quando alguns chegam a apresentar como suposta solução um “novo” liberalismo - refletir sobre como pode se dar uma nova configuração do conteúdo e da função do espaço privado no âmbito do Direito, sobretudo no que tange o Direito Civil, em um exame que dê conta de propiciar uma compreensão sobre a relação entre esse ramo do Direito e a Constituição. A idéia de que o Direito Civil deveria atender a uma função social baseada em uma noção de viés primordialmente coletivista (como o positivismo “solidarista” de Duguit, chancelado por Gaston Morin⁴), além de negar limites de factibilidade, pode constituir caminho que nega a própria dignidade da pessoa tomada em sua concretude, pois o coletivo abstrato é vazio de conteúdo, pelo que a doutrina contemporânea vem buscando oferecer configuração diversa a esse dado funcional.” (Ibid., p. 10)

²⁰⁵ Ibid., p. 293.

Neste caminhar, não se prescindiria de tal colaboração quando a prévia existência do contrato seja conhecida pelos terceiros, ainda que as relações creditórias não tenham, em regra, eficácia real. A relatividade do direito de crédito não pode ser invocada para que este direito seja desrespeitado por terceiros, sob pena de sucumbir a solidariedade que marca o sistema constitucional vigente²⁰⁶.

A função social do contrato pode ser concebida a partir de uma forma intrínseca, norteada pelos princípios da igualdade material, equidade²⁰⁷ e boa-fé objetiva, e, ainda, sob viés extrínseco, na medida em que propõe releitura do princípio da relatividade do contrato, e volta a preocupação das repercussões contratuais ao largo campo das relações sociais²⁰⁸.

Uma vez consagrada a premissa de que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, de modo que não é impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas²⁰⁹, a função social

²⁰⁶ “Nesta sua acepção, o princípio da função social encontrava 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.” (NEGREIROS, op. cit., p. 209)

²⁰⁷ “Conclui-se que a equidade, no Direito actual, corresponde a um modo de decidir extra-sistemático, porquanto prescinde da autoridade particular das proposições juspositivas. Mas porque não arbitrário, o modelo de decisão, por ela propiciado, respeita o sentido material do jurídico, representado, numa sociedade estabilizada, pelo seu Direito positivo, despido de tecnicismo e formalismos espúrios. A sua grande especificidade reside no alargar dos pontos de vista a atender – sempre que o Direito se apresente restritivo, o que, elo proliferar de cláusulas gerais, é, excepção – e na sua justificação, que pretere os articulados legais a favor do processo e da aceitabilidade das suas consequências, isto é, pelo consenso que suscite, centrados no caso concreto. O extra-sistematismo da equidade é formal; materialmente, a decisão équa integra-se no sistema apreendido por quem decida.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 1205)

²⁰⁸ “A primeira – intrínseca – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos (...). Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica do crédito.” (NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 226.)

²⁰⁹ “É que o direito privado, ao ter como objeto as relações próprias dos indivíduos, acaba por cair, facilmente, na idéia de uma autonomia absoluta dos privados (tônica do direito civil oitocentista, que reproduzia a idéia de Summer Maine acerca da migração da sociedade estatutária para a sociedade contratual). Tudo isto impregnava de maneira bastante exacerbada a visão oitocentista da autonomia privada que considerava a vontade das partes soberana para decidir o conteúdo contratual, limitar a modificação do mesmo e fixar o alcance das manifestações volitivas emitidas. o corolário disto, tinha-se que, no campo do direito privado, as vontades davam-se às suas regras, não se admitindo qualquer ingerência externa aos contratantes.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão a solidariedade social. In O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 151)

poderia ser apontada como fundamento à tutela do crédito violado por terceiro que atua junto com o devedor em prol do inadimplemento contratual²¹⁰⁻²¹¹. O enunciado 21 da 1ª Jornada de Direito Civil da Justiça Federal corroborou essa posição, ao consagrar que “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”.

A função social pode ser vista, também, como um limite²¹² ao exercício da liberdade de contratar, de modo que tal liberdade só seria exercível se e enquanto respeitasse a função social do contrato. É possível, contudo, vislumbrar uma correlação entre liberdade de contratar e função social do contrato²¹³.

Ao comentar o texto do artigo 421 do Código Civil Judith Martins-Costa tenta elucidar o sentido extraído do exercício da liberdade de contratar em razão da função social do contrato. Para a autora, a função social atua, concomitantemente, como um limite interno –

²¹⁰ Veja-se, por todos que sustentam ser a função social fundamento à tutela externa do crédito, Tereza Negreiros, segundo a qual “em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social” (NEGREIROS, op. cit., p. 267).

²¹¹ “Com efeito, essa forte conexão entre, de um lado, função social do contrato e, de outro lado, a perspectiva funcionalizadora da autonomia privada é destacada por quase todos os estudos que se detiveram sobre o tema. Mesmo em seus desdobramentos mais específicos, como em matéria de tutela externa do crédito, a função social não deixa de remeter-se à funcionalização da relação jurídica.” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. MORAES, Maria Celina Bodin. Rio de Janeiro: Renovar: 2006. p. 296)

²¹² “De resto, é inegável que o nosso ordenamento se destaca por ter consagrado explicitamente a função social como razão e limite para o exercício da liberdade de contratar, sem que se encontre nos ordenamentos estrangeiros enunciados similares.” (Ibid., p. 285)

²¹³ “Pode-se pensar, ainda, a função social como um limite definidor de até onde podem os contratantes chegar no exercício de sua liberdade contratual e quais efeitos são inadmissíveis como decorrentes de um contrato (seja entre as partes, seja perante terceiros). Sem embargo de se poder pensar função como limite, as mesmas críticas antes formuladas a uma função social-limite externo da propriedade são aplicáveis a eventual cogitação de uma função social-limite externo do contrato. Já como prestação, a função social pode ser pensada como algo que se realiza em favor de um ente ou de dados sujeitos. Pode ser pensada tanto em termos de função social extrínseca como de função social intrínseca. Parece ser na função prestacional intrínseca que - nos limites do estágio atual da doutrina sobre a função social do contrato - residem as melhores (embora não exclusivas) possibilidades de interlocução (e de fundamentação) entre função como liberdade(s) e função social do contrato - o que será desenvolvido na seção subsequente.” (PIANOVSKI REZYK, op. cit., p. 304). O autor prossegue afirmando: “Na verdade, antes de se cogitar de em que sentido seria possível compreender a função social como princípio em razão do qual se exerceria a liberdade contratual, é necessário que se compreenda em que seara de operatividade se localiza essa função social, bem como cogitar de parâmetros para pensar em seu conteúdo. Do que se examinou até agora, tem-se por certo que a função social pode se dirigir a uma seara externa à relação estrita entre os contratantes, como as compreensões doutrinárias antes explicitadas dão conta de demonstrar.” (Ibid., p. 308-309)

dada sua dimensão intersubjetiva que vincula as partes – e externo²¹⁴ – referente à relação entre partes contratuais e terceiros.²¹⁵

A propósito, há um projeto de lei em tramitação (Projeto de Lei nº 6960/2002) que objetiva a alteração da redação do artigo 421 de modo que seu conteúdo passe a ser “A função liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

A associação da função social do contrato à necessidade de que o contrato atenda a um interesse coletivo pode acarretar algumas compreensões equivocadas. Esse interesse da coletividade não se exaure na lógica de mercado. A predominância econômica do interesse que sustenta o contrato não pode reduzir seu funcionamento a filtros que inobservem – ou subestime – interesses extracontratuais que porventura estejam presentes²¹⁶.

²¹⁴ “Essa distinção efetuada por muitos juristas na condução de seus resultados não pode passar despercebida, pois a opção por uma estrutura discursiva, que distingue uma eficácia externa diversa daquela interna, tem repercussões importantes sobre os resultados alcançados e explica, a nosso ver, a preferência por aplicar a função social do contrato sobre a dita face externa da relação contratual. Jorge Cesa Ferreira da Silva e Luis Renato Ferreira da Silva vão mais longe e sugerem que a função social do contrato seria um princípio de “normatividade exógena”, ou seja, agiria somente sobre os reflexos externos da relação contratual.” (RENTERÍA, op. cit., p. 286)

²¹⁵ Segundo Judith Martins-Costa (apud PIANOVSKI RUZYK, op. cit., 338), “pode-se afirmar que a liberdade de contratar deve ser exercida “em razão” da função social do contrato significa, de modo concomitante, “a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra, trans-subjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual”. Ainda: “Quando o Novo Código Civil passou a funcionalizar o contrato, acabou por dizer exatamente o que já dissera a Constituição acerca da propriedade e o Código Civil acerca do poder familiar. O artigo 421 reconhece o direito básico (liberdade de contratar), porém “em razão e nos limites” da função social do contrato. Com isto está condicionada a manutenção da liberdade enquanto o contrato cumprir a sua função social. No momento em que isto deixar de ocorrer, a liberdade de contratar não será mais mantida, pois não estará cumprindo sua função.” (SILVA, op. cit., p. 155)

²¹⁶ Carlos Eduardo Pianovski, em sua tese, menciona a visão de Rui Stoco, segundo o qual a função social se resumiria ao atendimento de interesses mercadológicos: “Entretanto, quanto ao conteúdo dessa função externa e, mesmo, quanto à sua natureza (limite externo, limite interno ou prestação), o que até agora se revela não é um consenso. Pode-se identificar, a rigor, uma referência mais ou menos genérica a interesses sociais, ou a interesses coletivos, ou ao bem-comum. Tamanha indeterminação abre espaço para que se preencha o conteúdo desse “interesse coletivo” até mesmo com concepções que o reduzem aos interesses do mercado. Nesse sentido, destaca-se a tese de Rodolfo Sacco. O jurista italiano analisa a função social do contrato partindo de uma afirmação controversa: “a função social é o mercado” (Ibid., p. 309). O autor prossegue: “Embora as relações de mercado permeiem o tecido social, sendo inclusive decisivas para definir sua configuração, é preciso que se tenha em conta que a sociedade não se esgota no mercado. Supor que o contrato, por ser operação econômica, estaria submetido integralmente às necessidades de eficiência da economia é desprezar interesses que transcendem o mercado e que com ele podem colidir. A preservação ambiental, antes indicada, é, v.g., função que, por certo não se confunde com o mercado. O mesmo se diga a respeito de direitos fundamentais como saúde, educação ou moradia que podem se realizar por meio de contratos, e que podem integrar, nessa medida, suas finalidades.” (Ibid., p. 309). No mesmo sentido: “A realidade não pode se reduzir somente aos aspectos econômicos. As razões do mercado são expressões de uma realidade bem mais completa, caracterizada também por impulsos de natureza diversa inspiradas em razões que são não somente mercantis, mas éticas e/ou religiosas, humanitárias e solidárias e que apresentam até mesmo como contestadoras das meras razões do

Em última instância, reduzir a função social ao mercado – ou a ele subordiná-la, como antecedente da função social – pode constituir o mais grave esvaziamento do conteúdo jurídico do princípio, fazendo com que qualquer suposta e mediata obtenção de benefícios econômicos – sobretudo exteriores à avença – fundamente um suposto cumprimento da função social. Em um argumento *ad absurdum*, seria possível admitir que todo o contrato que importe trânsito jurídico de bens ou de interesses patrimoniais – *rectius*, qualquer contrato – atenderia à sua função social, pois contribuiria para o incremento das relações de mercado. Não parece ser esse, porém, como exposto, o sentido funcional que a Constituição define para os contratos²¹⁷.

À função social do contrato pode se associar à imposição de um comportamento solidário e cooperativo não só entre as partes contratantes – pois a essa função específica já se dedica a boa-fé objetiva -, mas também quanto aos reflexos externos das relações contratuais que possam afetar a esfera de terceiros²¹⁸.

Embora o contrato tenha por objetivo precípua atingir os interesses dos contratantes, não se pode olvidar que a relação contratual também pode ter uma faceta pública, de modo que “os contratos passam a entretecer uma rede na qual cada trama se imiscui com outra de modo a formar um todo que, rompido em um nó, tende a esgarçar toda a rede²¹⁹”.

mercado.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128-129)

²¹⁷ PIANOVSKI, op. cit., p. 316.

²¹⁸ “Nesta idéia de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a idéia solidarista insculpida no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Eu diria que, dentro da relação contratual, entre os contratantes, atua a idéia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do artigo 422 do Novo Código). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia da função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código).” (SILVA, op. cit., p. 153)

²¹⁹ “Os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna. Sua importância e precedência com relação a outros institutos que, em momentos outros da evolução humana tiveram destaque (como a propriedade imobiliária para o Código de 1916, por exemplo), fez com que se percebesse o caráter transcendental dessas relações no que diz respeito ao interesse dos contratantes. Quero dizer que se passou a considerar que o contrato atende ao interesse dos contratantes, mas extrapola a esses interesses na medida em que atinge toda a cadeia econômica em que se insere. Neste sentido, o contrato, típico ato de autonomia privada, passa a ter uma faceta pública, no mínimo em relação àqueles que possam estar indiretamente vinculados ao adimplemento ou à quebra de um contrato. Admitindo-se o encadeamento das relações econômicas como antes cogitado, certo que os contratos passam a entretecer uma rede na qual cada trama se imiscui com outra de modo a formar um todo que, rompido em um nó, tende a esgarçar toda a rede.” (Ibid., p. 156)

É possível, ainda, que à função social do contrato se some o abuso do direito como, simultaneamente, fundamento à tutela externa do crédito, tal qual afirma Tereza Negreiros. Para a autora, o terceiro que contribui para a violação de crédito alheio exerce sua liberdade de contratar em desacordo com a sua função social, eis que tal liberdade viola um direito de crédito alheio, de cuja existência o terceiro tivera prévio conhecimento²²⁰.

Em visão dissonante, Gustavo Tepedino afirma que a função social não seria o fundamento adequado à tutela externa do crédito, pois, nesta, o que se visa é tutelar os interesses do credor, ao passo que a função social se atém a interesses extracontratuais socialmente relevantes²²¹. De fato, embora consectária do princípio constitucional da solidariedade, a responsabilidade civil do terceiro interferente se atém eminentemente ao atendimento dos interesses do credor e não se propõe a tutelar interesses outros que se revelem como socialmente relevantes.

1.6.2 Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, segundo fundamento apontado à tutela externa do crédito, foi inserida expressamente em nosso ordenamento a partir da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)²²². Consoante tal princípio, as partes contratantes devem pautadas pela ética da igualdade e da solidariedade. Durante a trajetória contratual²²³, deve-se preservar a atividade econômica em detrimento da vantagem individual²²⁴.

²²⁰ NEGREIROS, op. cit., p. 255

²²¹ Segundo o autor, “o esmorecimento do princípio da relatividade indica [...] 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-o servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato.” (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do *the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 251)

²²² Art. 4º, III, e 51, IV, do CDC. Antes, porém, da edição do CDC, a boa-fé, sob aspecto ainda subjetivo, era prevista no art. 131 do Código Comercial como regra de interpretação contratual.

²²³ A propósito, o Enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal dispõe que “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo et all. *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*. V. II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, p. 17.

A autonomia privada em âmbito contratual revela-se como importante expressão do princípio da liberdade, eis que, por meio do contrato, as partes podem exarar sua vontade de acordo com os interesses que melhor lhes convenham²²⁵⁻²²⁶. Imprescindível é a análise do comportamento dos contratantes, no exercício de sua autonomia privada, à luz da boa-fé objetiva, a qual se revela como importante instrumento de compatibilização dos interesses contratuais aos valores constitucionais²²⁷.

Nessa esteira, a boa-fé objetiva assume o notável papel de balizar a autonomia da vontade, clara expressão de liberdade²²⁸, aos interesses juridicamente relevantes de cuja tutela as partes não podem prescindir.²²⁹ Portanto, “ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé

²²⁵ A importância já conferida à autonomia privada é apontada por Maria Celina Bodin de Moraes: “A autonomia dos privados se contrapõe à ordem pública e/ou aos interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses dos privados. Tal concepção, denominada liberalismo jurídico, apresentava o Direito Privado como o “coração de toda a vida jurídica” e o Direito Público apenas como uma “leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro”. (MORAES, op. cit., p. 104.)

²²⁶ Ao tratar da autonomia da vontade, Caio Mário afirma que “em suas linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos. Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outro vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25).

²²⁷ “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. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 269.)

²²⁸ “O princípio da autonomia da vontade pode ser resumido na seguinte afirmação: o homem é dotado de vontade livre e essa vontade livre pode criar direitos e obrigações. Em outras palavras: é a liberdade reconhecida as pessoas para celebrar contratos conforme lhes convenha, a determinar seu conteúdo, efeitos e duração. “ (NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39). O autor prossegue afirmando que “A liberdade e a igualdade que presidem as relações entre os indivíduos fazem do contrato um princípio de justiça. Sua execução obrigatória decorre do respeito à vontade das partes contratantes, uma vez que o elemento “consentimento” é imprescindível para a formação do vínculo contratual. A autonomia da vontade permite aos indivíduos que resolvam como queiram sobre as obrigações a assumir.” (Ibid., p. 44)

²²⁹ Afirma Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado (*Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. I, p. 374): “Rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.” Ainda segundo o mesmo autor: “De como opera a boa-fé. A boa fé opera *ex lege*. Nem ao agente é dado excluí-la, nem evitá-la. Produz-se ela no mundo fático. Produzida, os seus efeitos são os de suporte fático em que se coloca.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. I, p. 197)

atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”²³⁰.

O fortalecimento da boa-fé objetiva em matéria de direito contratual é fruto da repersonalização do Direito Civil, cujos olhos se atêm cada vez mais à pessoa em detrimento do patrimônio. Assim, mesmo relações regidas por caráter eminentemente patrimonial – como o são os contratos em sua maioria – devem, sempre e sempre, preocupar-se com aspectos existenciais dos contratantes²³¹.

A boa-fé objetiva serve como arrimo sobre que se firmam as partes em face de exercícios exacerbados da liberdade contratual que possam atingir a dignidade humana dos contratantes. Tal princípio consiste em uma “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”²³².

Ademais, em contraposição à concepção da boa-fé subjetiva, criadora de deveres meramente negativos, a boa-fé objetiva não se contenta em preconizar a abstenção de sua violação, mas também requer das partes atitudes positivas que visem ao cumprimento do contrato que atenda da melhor forma os interesses, também existenciais, dos contratantes²³³.

²³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

²³¹ “Finalmente, um aspecto que salta aos olhos é a evidente conexão da boa-fé com um tema que tem desafiado tanto o labor acadêmico como o forense: a repersonalização do Direito Civil. Com este termo, quer-se indicar, de modo geral, a idéia de que a pessoa humana, em uma noção que vá além da sua versão individualista e abstrata (daí falar-se em repersonalização e não em personalização), deve configurar o centro da gravitação do Direito Civil (e não mais o patrimônio).” (SILVA FILHO; PEZZERELLA, op. cit., p. 293)

²³² MARTINS-COSTA, op. cit., 1999. Assim, “Pode-se apontar três funções primordiais que delineiam os contornos da boa-fé objetiva: boa-fé como cânon interpretativo, boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos e boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” (Franz Wieacker apud TEPEDINO, Gustavo, *et.all.*, op. cit., p. 17.)

²³³ Assim: “Já a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial. 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 aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato”. (TEPEDINO, op. cit., p. 16). Ainda: “A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar.” (PEREIRA, op. cit., p. 20.) Em sentido semelhante: “Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. 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, e vista.” (NEGREIROS, op. cit., p. 122-123)

A consagração da boa-fé em sua vertente objetiva é fruto de um “fenômeno de progressiva objetivização das categorias jurídicas privadas”²³⁴.

Observa-se, mais, que o foco do contrato desloca-se das consequências do inadimplemento da prestação pelo devedor para as causas que devem levar ao adimplemento da prestação devida – ou, por outra via, ao combate preventivo às causas que impedem o adimplemento da obrigação. Isso se deve, em grande medida, à análise funcional da relação jurídica, a qual é melhor compreendida como ligação entre situações jurídicas subjetivas.

Assim, a ressignificação da relação jurídica, a partir de sua análise funcional, leva à inelutável constatação de que este vínculo consiste na ligação entre situações jurídicas subjetivas. Com efeito, tal releitura rompe com a concepção de outrora segundo a qual a relação jurídica seria a ligação entre sujeitos, eis que é possível que haja uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses que não se traduz necessariamente como ligação entre sujeitos²³⁵.

A nova concepção da relação jurídica com pano de fundo na ligação entre situações subjetivas leva à necessária mitigação da dicotomia entre credor e devedor, segundo a qual a relação jurídica, ainda enquanto ligação entre sujeitos, teria como personagens, destacáveis e impermeáveis, credor e devedor.

Consagrar, então, a relação jurídica como ligação entre situações subjetivas e não mais a ligação entre sujeitos leva à ilação de que os ocupantes dessas situações subjetivas serão, simultânea e correspectivamente, credores e devedores. Não há, pois, situação jurídica cujo

²³⁴ “O desenvolver da técnica, a emergência de um novo sistema de produção massificada de bens e serviços e a profunda alteração do tecido socioeconômico, que atinge em diversos graus os vários países europeus em fins do século XIX, reflete-se de forma dramática na dogmática civilista, manifestando-se, em geral, por meio de um fenômeno de progressiva objetivização das categorias jurídicas privadas. A objetivização de tais categorias, se por um lado é funcional à tutela do crédito e ao desenvolver a circulação da riqueza, por outro favorece a abertura do sistema e demanda solidárias, em razão da equidade e da justiça social, e promove assim a socialização dos haveres, alinhada com os postulados do solidarismo jurídico, que não tarda a afirmar-se como doutrina à la Page, na sua tranquilizante natureza quietístico-compromissória.” (SABBIONETI, op. cit., p. 76). Ainda: “Em que pese a substancial transformação trazida pela boa-fé objetiva à categorias jurídicas privadas, a incidência do princípio em relações empresariais ainda encontra resistência: Ainda há forte resistência à influência transformadora da boa-fé nas relações empresariais – resistência que se afigura intensamente contraditória, tendo em vista que o próprio conceito representa fruto da construção jurisprudencial germânica em casos envolvendo acordos celebrados entre comerciantes, atentos à confiança na palavra dada por homens de negócios. [...] Tal dicotomia não encontra amparo no tecido normativo brasileiro, que trata dos contratos de modo unificado, e ameaça a abrangência da constitucionalização, ao isolar as relações interempresariais em círculos imunes à incidência dos valores constitucionais e à atuação das cláusulas gerais, como se, na ilha do direito de empresa, continuasse a prevalecer um liberalismo de mercado, imune a intervenções jurídicas e a todas aquelas novéis construções inspiradas na tábua axiológica da norma fundamental da ordem jurídica brasileira.” (KONDER; SCHREIBER, op. cit., p. 21)

²³⁵ “Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em ligação entre sujeito.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 732)

titular afigure-se apenas como credor ou como devedor. O fato de o titular de situação jurídica subjetiva ser predominantemente credor de determinada prestação, a depender da natureza contratual, não afasta a premissa de que também pode ser devedor em relação ao titular da situação subjetiva adversa²³⁶.

O reconhecimento de deveres não expressos correspondentes a ambas as partes (e não apenas ao chamado “devedor”) decorre da percepção de que não se pode distinguir as situações subjetivas entre ativas e passivas, pois mesmo as situações ditas passivas contêm alguns direitos e poderes²³⁷.

A funcionalização das relações contratuais²³⁸ leva à passagem de uma posição de subordinação para uma relação de colaboração entre os titulares das situações jurídicas subjetivas, de modo que o credor também possui deveres genéricos e anexos de cooperação para o adimplemento do devedor.²³⁹

²³⁶ “Como foi antecipado, a complexidade intra-obrigacional não se queda pela posição do devedor. Ela atinge a do credor. Este aspecto foi desbravado pela determinação e pelo estudo da mora do credor. Numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos; contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário podia dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado. A solução prática deste problema foi encarada através da consignação em depósito – 841.º ss. – ou, no caso de prestações insignificáveis, através da fixação, ao credor, de um prazo razoável para que possibilite o cumprimento, decorrido o qual sobrevem a extinção – 808.º, por analogia. A leitura juscientífica destes fenômenos não se faria esperar: querendo evitar as consequências desagradáveis implícitas na consignação em depósito ou na extinção da sua obrigação, o credor deveria possibilitar o cumprimento. A análise atenta da ideia <<possibilitar o cumprimento>> cedo revelou que estava em jogo, não apenas a abstenção de atitudes impeditivas, mas ainda a necessidade de, por formas activas, facultar a actuação do devedor. Chegou-se, assim, aos deveres de colaboração por parte do credor.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 593-594)

²³⁷ “As situações subjetivas não se podem distinguir – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que as chamadas situações ativas compreendem também deveres gerais e específicos (*obblighi*) e as chamadas situações passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação jurídica não está na ligação entre direito subjetivo de um lado e dever, ou dever específico (*obbligò*), do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não encontrem justificativas em situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, deveres específicos (*obblighi*), isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação jurídica sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples coligação (como entre poder jurídico e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentemente no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (como nas obrigações onde a situação de débito se contrapõe àquela de crédito).” (PERLINGIERI, op. cit., p. 734-735).

²³⁸ Acerca da importância e crescimento do aspecto funcional: “Com o enorme aumento das funções do Estado no passagem do Estado liberal para o Estado social, o problema fundamental para uma teoria sociológica do direito, isto é, para uma teoria que considera o direito como um subsistema social geral, é o de verificar se, paralelamente, não foram aumentadas e mudadas as funções do direito, e, entenda-se, do direito estatal, o que explica o imprevisto surgimento e a rápida difusão da perspectiva funcionalista”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006, p. 83).

²³⁹ “A obrigação não se identifica com o direito ou com os direitos do credor, ela se configura cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva a partir da qual focar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor, a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento do devedor.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 912-913). A cooperação que deve permear a relação contratual engendra deveres, inclusive, ao credor de cooperar com o adimplemento do devedor, o que dá ensejo ao

O conteúdo variável e complexo da obrigação na relação jurídica é fruto da concepção pluralista e dinâmica do negócio jurídico, de modo que o credor também se revela como devedor de deveres acessórios que completam e integram o núcleo central da relação jurídica²⁴⁰.

A ressignificação da relação obrigacional leva, pois, a uma necessária passagem do foco no inadimplemento e suas consequências jurídicas à prevalência e promoção do adimplemento contratual, de cuja prioridade não pode prescindir nenhum dos titulares das situações jurídicas subjetivas.²⁴¹

Como cláusula geral que é, o princípio da boa-fé detém alto grau de abstração, vez que seu real sentido apenas se materializa no plano concreto²⁴². Aponta-se, aliás, para um risco de sua inutilidade em decorrência da pouca determinabilidade de seu conceito²⁴³. Ganha curial relevo, neste contexto, a análise das funções atribuídas ao referido princípio.

chamado *duty to mitigate the loss*, corolário da boa-fé objetiva que impõe ao credor de determinada prestação tomar todas as medidas possíveis e razoavelmente exigíveis para mitigar os prejuízos advindos do inadimplemento do devedor. O assunto foi tratado pela primeira vez no Brasil por Véra Maria Jacob de Fradera (Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, vol. 19. Rio de Janeiro, jul/set 2004. p. 109/119).

²⁴⁰ “Chega-se, portanto, à concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, que supera a concepção tradicional, marcadamente formalista e abstrata. 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 e conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e direito de exigir a prestação do credor.” (KONDER, Carlos Nelson, RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II, p. 268.)

²⁴¹ “Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 8. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p 20-21).

²⁴² Paradoxal à crítica do alto grau de abstração das cláusulas gerais é a elevação da importância dessa técnica legislativa que surge como necessário mecanismo apto a abarcar a constante renovação de situações jurídicas constantemente renovadas – e renováveis – no tempo e espaço. A importância da técnica das cláusulas gerais é tratada por Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. _____ (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10): “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.”

²⁴³ “Esta banalização da boa-fé, que já se vê por toda parte, traz, a longo prazo, o grave risco de um ocaso do conceito por sua inutilidade, uma vez que servindo de justificativa para decisões em todos os sentidos, a boa-fé acaba por não ser determinante a qualquer fundamentação, e sua invocação perde sentido” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 125).

Podem-se apontar três funções²⁴⁴ primordiais que delineiam os contornos da boa-fé objetiva: boa-fé como cânon interpretativo, boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos e boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos²⁴⁵.

A função interpretativa, apontada, inclusive, pelo artigo 113 do Código Civil²⁴⁶, preconiza que a boa-fé serve para esclarecer a finalidade das partes no contrato. Assim, o contrato não deve atingir finalidade diversa da pretendida pelas partes, devendo o negócio jurídico ser interpretado de maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé.

A boa-fé, em sua acepção de criadora de deveres jurídicos, impõe às partes a observância de deveres de lealdade, cooperação, transparência e informação²⁴⁷. Com efeito, a boa-fé tem um aspecto muito mais positivo e pró-ativo por parte dos contratantes. Além de cumprirem suas obrigações principais, devem também cumprir deveres acessórios que surgem antes, durante ou mesmo depois da execução do contrato. Note-se que a função em comento

²⁴⁴ “O princípio da boa-fé funciona como elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Atribuem-se-lhe, do ponto de vista técnico, três funções principais: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial. A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes. Tal perspectiva encontra-se positivada no art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Já a segunda função tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Consiste, assim, em critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos. Tal função revela-se no art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Por fim, a boa-fé exerce a função criadora de deveres anexos à prestação principal. Trata-se dos deveres de informação, lealdade e transparência, que se agregam implicitamente ao regulamento de interesses.” (TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252-253)

²⁴⁵ Franz Wieacker apud TEPEDINO, (TEPEDINO, Gustavo *et al.* Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. V. II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17)

²⁴⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁴⁷ Os deveres de informação se ligam, em alguma medida, à proteção da confiança das partes contratantes, confiança esta pautada, inclusive, na boa-fé objetiva e da qual erige a proteção ao sujeito de boa-fé quando às expectativas nele geradas a partir da aparência de situações jurídicas. O tema é tratado por Carlos Nelson Konder para quem “a ampla consagração do princípio da boa-fé objetiva é um exemplo marcante dessa proteção da confiança demandada pela própria organização social”. (KONDER, Carlos Nelson. *A proteção pela aparência como princípio*. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114). Ainda: “Não há, em nosso ordenamento, uma cláusula geral de proteção da confiança em virtude da aparência. Para alguns autores, é possível inferir a aceitação em nosso direito da teoria da aparência como um princípio implícito. Contudo, o entendimento é bastante controvertido. O que há em nosso sistema é uma série de dispositivos específicos de aparência de direito, isto é, situações concretas nas quais se protege o sujeito de boa-fé em virtude de uma falsa aparência de regularidade jurídica, em detrimento do verdadeiro titular do direito.” (Ibid., p. 116-117). É possível, nessa toada, verificar aproximação entre a boa-fé e a confiança: “A aproximação entre confiança e boa fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit, p. 1241)

expande em muito os contornos do inadimplemento, de modo que este não ocorre apenas quando o devedor não cumpre o dever principal, mas também quando descumpre deveres anexos.²⁴⁸ Ademais, a boa-fé pode – e deve – ser estendida aos momentos pré e pós contratuais²⁴⁹, impondo deveres anexos às partes, os quais, sequer, precisam constar expressamente no instrumento do contrato.

A boa fé admite, enfim, função de norma de limitação na medida em que se torna importante parâmetro para a análise do exercício de direitos abusivos²⁵⁰, arbitrários ou irregulares.

O respeito ao princípio da boa-fé objetiva é imposto não só aos contratantes, mas vincula igualmente os demais membros da coletividade²⁵¹. Por isso, parte considerável da doutrina atual defende ser a boa-fé o princípio mais adequado a fundamentar a tutela externa do crédito, eis que esse princípio “alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros”²⁵².

A responsabilidade do terceiro interferente advém de duas facetas ligadas à boa-fé objetiva, uma comum a todos aqueles alheios à relação contratual estabelecida entre credor e devedor e outra que corresponde especificamente ao terceiro interferente. A intervenção deletéria em relações contratuais alheias vai de encontro a um dever geral de abstenção e de

²⁴⁸ “Conceito de inadimplemento. O inadimplemento consiste, de ordinário, em tornar o devedor impossível a prestação, ou em deixar, simplesmente, de prestar. Não se exaure, com isso, o conceito de ilícito relativo; porque o devedor pode violar o negócio jurídico sem tornar impossível a prestação, ou sem deixar de prestar, sendo possível (e.g.: o devedor remete a coisa defeituosa, ou animal doente, cuja doença se contagia ao rebanho; o mandatário afasta-se das instruções recebidas). Foram essas espécies que serviram à descoberta de H. Staub: a da violação positiva do contrato, conceito a que temos de dar a extensão devida (violação positiva por ato ilícito negativo, violação positiva de relação jurídica)” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. II, p. 280-281). Ainda: Nesta linha, importa sublinhar o papel decisivo da boa-fé no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a matriz dos denominados deveres laterais, como os deveres de cuidado para com a pessoa e o patrimônio da contraparte, os deveres de informação e esclarecimento, etc. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 126)

²⁴⁹ “Por último, do ponto de vista da responsabilidade em que as partes podem incorrer, a violação da boa-fé é susceptível de geral responsabilidade pré-contratual, responsabilidade contratual ou mesmo responsabilidade pós-contratual, consoante o momento em que ocorra tal violação.” (Ibid., p. 126-127)

²⁵⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁵¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Diálogos sobre direito civil* – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 463.

²⁵² TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do *the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 464. Acrescente-se que as funções a serem desempenhadas pela boa-fé objetiva são desenvolvidas de acordo com a “criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 18)

não ingerência na situação de outrem, expressada pelo brocardo *neminem laedere* e fruto, também, da boa-fé objetiva.

A identificação da violação da boa-fé objetiva ganha contornos ainda mais específicos quando se verifica que o terceiro interferiu na situação alheia sabedor de sua existência e incompatibilidade e, ainda assim, celebrou contrato com o devedor em prejuízo ao credor. Como se verá, a responsabilidade civil do terceiro interferente é necessariamente subjetiva (a este teor se dedicará o item 2.5). Porquanto violadora de deveres de lealdade e cooperação, a conduta do terceiro que deliberadamente intervém prejudicialmente em relação contratual previamente estabelecida de que tinha conhecimento revela-se como clara inobservância à boa-fé objetiva.

1.6.3 Abuso do direito

Há, por fim, quem fundamente a tutela externa do crédito no abuso do direito. Segundo Fernando Noronha, se o terceiro, agindo no exercício de seu direito, não o faz de forma regular, age em abuso do direito²⁵³. Assim, reconhecendo que o terceiro que viola ou induz o devedor à violação de crédito anteriormente pactuado exerce seu direito de autonomia contratual de forma contrária à boa-fé, pode-se afirmar que o terceiro também agiu em abuso do direito²⁵⁴.

O ato abusivo era inicialmente atribuído à *aemulatio*, cuja origem remonta ao direito romano, inicialmente concebida no contexto de questões relativas ao uso da água.

²⁵³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 464-465.

²⁵⁴ Para Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Luiza Lourenço Bianchini (op. cit., p. 464) “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”. Paula Greco Bandeira diverge da posição que fundamenta a tutela externa do crédito no abuso do direito: “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. Por essa razão, o terceiro que coopera com o devedor ou o induz ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com obrigação anteriormente assumida pelo devedor, infringe este dever legal, praticando, por isso mesmo, ato ilícito. Ora, se de ilícito se está a tratar, o abuso do direito não pode servir de fundamento para a responsabilidade do terceiro cúmplice”. (BANDEIRA, op. cit., p. 103).

Posteriormente, durante a Idade Média, o instituto foi expandido e melhor desenvolvido em questões envolvendo relações de vizinhança²⁵⁵.

Para sua configuração, a *aemulatio* deveria refletir a soma de dois atributos: o intuito de lesar e a ausência de proveito para o sujeito que praticou a ação. Preenchidos, pois, os dois requisitos, estaria configurado o ato emulativo²⁵⁶. Destaca-se que para a configuração do abuso do direito, quando ainda associado eminentemente ao ato emulativo, era indispensável a constatação da intenção perniciosa do agente, devendo sempre se deflagrar sua intenção em causar prejuízo²⁵⁷.

A construção científica do abuso do direito chegou, então, à sua associação ao direito subjetivo, de modo que se procurou “identificá-lo como resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do próprio direito.”²⁵⁸. Com efeito, o abuso passa a ser identificado quando se constatar descompasso entre determinada conduta e a finalidade da concessão de sua realização²⁵⁹.

No contexto brasileiro, a inserção do abuso deu-se no âmbito do direito processual, em casos de abuso do direito de ação, quando o autor promovia ação com finalidade diversa da prevista pela norma, ou de defesa, quando a defesa do réu se dava de modo desproporcional (por exemplo, negando fatos notórios ou contestando direito líquido e certo do autor)²⁶⁰.

²⁵⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. op. cit., p. 63. Ainda: “O instituto do abuso do direito é construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, embora sua origem seja comumente identificada nos atos emulativos do direito medieval, sendo também encontrados vestígios da teoria no direito romano.” (CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos da ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) *O código civil na perspectiva civil—constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 423-443, p. 423). Há, porém, quem defenda que a origem do instituto remonta ao século XX: “Verdadeiramente, a teoria do abuso do direito surge e vai-se afirmando no contexto histórico-social do liberalismo capitalista da segunda metade de novecentos, como reação à mentalidade que o século anterior impusera ao mundo dos códigos de direito privado e às contradições ínsitas entre os princípios formulados e a prática, quer no âmbito das relações entre os particulares quer no das relações entre estes e a administração pública” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op. cit., p. 49-50).

²⁵⁶ CARDOSO, op. cit., p. 64.

²⁵⁷ Ibid., 68.

²⁵⁸ CARPENA, op. cit., p. 425.

²⁵⁹ “... mas pode-se encarar a hipótese de o mesmo sujeito circular numa via pública aos encontrões com as pessoas que por ele se cruzam, no deliberado propósito de as importunar”. Nesta situação, ainda que o sujeito possa estar exercendo a liberdade que lhe assiste como prerrogativa jurídica, seu comportamento evidentemente se choca com o valor que lhe serve de fundamento e portanto será tido como abusivo. Como se percebe claramente, a identificação do ato ilícito é mais direta e evidente, pois há uma norma prevendo a restrição da liberdade e tal preceito foi descumprido. O ato abusivo, no entanto, será identificado a partir da constatação de que há, no exemplo dado, um descompasso entre a conduta, concretizando o exercício do direito de ir e vir, e a finalidade pela qual o ordenamento garante ao titular este mesmo direito ou liberdade, que certamente não é a mesma que o sujeito persegue, na hipótese.” (CUNHA DE SÁ apud CARPENA, op. cit., p. 429-430)

²⁶⁰ CARDOSO, op. cit., p. 74.

Aponta-se o abuso do direito como fundamento à tutela externa do crédito²⁶¹ em razão de sua estreita relação com a boa-fé objetiva²⁶². Isso porque a boa-fé objetiva funciona como um dos critérios axiológico-materiais para a verificação do abuso do direito. Especificamente no contexto contratual, “o ato abusivo revela-se frequentemente como contrariedade à boa-fé”²⁶³. O exercício de direitos subjetivos passa a ter limitações impostas por cláusulas gerais como a ordem pública, a lealdade, a diligência e a boa-fé, todas elas expressões gerais do princípio constitucional da solidariedade²⁶⁴.

Há, porém, críticas no que diz respeito à conexão exagerada entre abuso e boa-fé, tendo em vista que a verificação do abuso não se exaure nas hipóteses de prática de atos contrários à boa-fé objetiva. Por exemplo, é possível que o ato seja abusivo por sua contrariedade à ordem pública, ao dever de diligência ou a qualquer interesse outro digno de tutela. Com efeito, afirma-se que “a boa-fé expressa, sem dúvida, o princípio solidarista que inspirou os modernos legisladores constituintes, mas não ostenta posição exclusiva”²⁶⁵.

²⁶¹ Acerca dos que entendem ser o abuso do direito fundamento à tutela externa do crédito, ver, por todos, Antonio Ferrer Correia (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, Coimbra: Livraria Almedina, 1985), Davi Monteiro Diniz (Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. In : Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 27, jan-fev. 2004) e Antonio Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, op. cit., 2013).

²⁶² No que diz respeito à aproximação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito, Anderson Schreiber (*A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 112) afirma que “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. Ora, aqui, nada mais se tem que aquela terceira função que a dogmática germânica atribui a boa-fé: a de impedir ou inadmitir o exercício de um direito que lhe seja contrário.”

²⁶³ “[...] no domínio contratual em que as partes devem proceder segundo a lealdade e confiança mútuos entre os contratantes, o ato abusivo revela-se frequentemente como contrariedade à boa-fé” (PINHEIRO; GLITZ, op. cit., p. 305).

²⁶⁴ Perlingieri, op. cit., p. 681. Ainda: “A proibição dos atos emulativos, que antes da entrada em vigor do Texto constitucional era indício de uma tendência do legislador a infringir o dogma do individualismo e do egoísmo próprio do direito subjetivo, atualmente colora-se com o dever inderrogável de solidariedade (art. 2 Const). O princípio solidarista << não permite um exercício do direito de modo a não realizar uma proporcionalidade entre o efeito vantajoso a favor do titular e o efeito desvantajoso para os terceiros que o ato é destinado a produzir.” (Ibid., p. 682)

²⁶⁵ CARDOSO, op. cit., p. 92.

A abusividade de direitos subjetivos se verifica quando seu exercício ocorrer de modo contrário ou estranho à função concebida à situação subjetiva. Neste sentido, Perlingieri²⁶⁶ afirma:

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 [...]. Em definitivo, tem-se abuso toda vez que um comportamento, ainda que coincidindo com o conteúdo do direito considerado de um ponto de vista formal, substancialmente constitui um seu desvio.

A associação do abuso ao ato ilícito, decorrente da literalidade do disposto no artigo 187 do Código Civil é alvo de contundente crítica por parte da doutrina. A relação entre o ato ilícito e o elemento culpa, próprio da responsabilidade civil subjetiva, levaria à necessidade de que se condicionar a responsabilização civil por quem age em abuso do direito à comprovação de sua culpa. Dito de outro modo, se ilícito o ato decorrente de abuso do direito, necessária seria a prova da culpa daquele a quem se atribui o exercício abusivo de direito²⁶⁷.

²⁶⁶ Perlingieri, op. cit., p. 683-684.

²⁶⁷ “Não foi feliz, todavia, o legislador de 2002, ao definir o abuso do direito como espécie de ato ilícito. A opção legislativa contraria a doutrina mais moderna do abuso do direito, que procura conferir-lhe papel autônomo na ciência jurídica”. (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 121). Ainda: “A ultrapassada concepção do abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional. Além disso, a associação do abuso com o ilícito restringe as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização do ato ilícito, deixando escapar um sem-número de situações jurídicas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et all. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 346). Heloisa Carpena (op. cit., 2001, p. 57-58), diversamente, entende que o ato abusivo encontra-se no plano da ilicitude: “no ato abusivo o sujeito viola a estrutura do direito, ultrapassando seus limites e atuando portanto sem direito, no plano da ilicitude. Havendo abuso, o comportamento do titular, embora

Para elucidar melhor a questão, foi aprovado o Enunciado nº 37, da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, cujo teor dispõe que : “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Alicerça-se a equiparação do ato abusivo ao ato ilícito na identificação dos efeitos deles decorrentes, eis que ambos, enquanto esvaziados de direito, ensejariam responsabilidade civil²⁶⁸. No entanto, tão ilação é altamente questionável. Não é efeito imediato – nem tampouco requisito para sua caracterização – do ato abusivo a causação de um dano²⁶⁹. A lesão a um bem jurídico é, contudo, requisito à responsabilidade civil. Destarte, nem todo ato abusivo fará emergir responsabilidade civil ao que o praticar, mas apenas aquele do qual advier algum dano.²⁷⁰

Crítica – ou ao menos relevante questionamento – há, também, quanto ao advérbio “manifestamente”, constante do artigo que trata do abuso do direito. A questão que surge é: para que se configure como abusivo, o ato deve sê-lo de modo ostensivo (de fácil percepção) ou, então, exageradamente (de grande contingência)? Questiona-se, pois, se esse termo diria respeito ao grau ou à quantidade do abuso²⁷¹.

preencha a estrutura do direito subjetivo, não cumpre o valor normativo que é seu fundamento de validade. A forma está presente, mas o seu preciso valor está ausente”.

²⁶⁸ Tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, consentâneo com os bons costumes ou conforme a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultam do seu fundamento axiológico. (CARPENA, Heloisa. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 315)

²⁶⁹ “O dano é efeito eventual do ato abusivo: “o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano e nem por isso deixa de ser lícito. Não pode, portanto, caracterizar abuso do direito o fato de seu exercício causar eventualmente um dano, ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inegável do exercício do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.” (PEREIRA, op. cit., p. 429-430)

²⁷⁰ “As teorias que negam a autonomia do ato abusivo o equiparam ao ilícito em virtude da identificação de efeitos. De fato, tanto um quanto outro ensejam a responsabilidade civil do agente, visto que em ambos os casos, ele atua sem direito. As duas espécies de ato atrairão, assim, as mesmas sanções. Contudo, a caracterização do ato como ilícito não enseja necessariamente a obrigação de indenizar, que pode ou não lhe ser consequente.” (CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos da ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) *O código civil na perspectiva civil—constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 428).

²⁷¹ As perguntas são suscitadas e imediatamente respondidas por Heloisa Carpena (referência), para quem o termo manifestamente não estaria a se referir nem ao grau nem à quantidade, eis que tal circunstância não é elemento do ato abusivo e, portanto, basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência” (CARPENA, op. cit., p. 439).

O abuso do direito pode ser apontado como fundamento à tutela externa do crédito tendo em vista que a interferência por terceiro em situação creditória de modo prejudicial ao credor pode revelar-se como um exercício disfuncional²⁷² à liberdade de contratar, na medida em que esse terceiro, conhecedor da relação contratual anterior incompatível, celebra contrato com o devedor em clara desconformidade ao teor solidarista que deve reger as contratações.

Aponta-se como exemplos de abuso do direito por parte de terceiros práticas de concorrência desleal e hipótese em que o terceiro colabora com o devedor na violação de cláusula de exclusividade ou de preferência²⁷³.

Importante salientar que o abuso do direito enquanto fundamento à tutela externa do crédito não se confunde com o abuso do direito enquanto possível instituto correlato temática desta pesquisa. Embora ensejador de responsabilidade civil, a configuração do ato de terceiro enquanto abusivo não daria ao instituto do abuso autossuficiência tal a ponto de tornar prescindível a tutela externa do crédito e as especificidades que lhes são inerentes. Deve-se, pois, destacar o abuso do direito da tutela externa do crédito de modo a estabelecer a autenticidade e necessária independência desta em relação àquele.

O terceiro que interfere em situação creditória anterior por meio de celebração de contrato incompatível com outro negócio jurídico anteriormente celebrado, razão pela qual vem a ser responsabilizado juntamente com o devedor perante o credor – após, evidentemente, preenchidos todos os pressupostos para sua responsabilização (tema a ser analisado no capítulo 2), abusa de sua liberdade de contratar.

O abuso do direito poderia ser aventado enquanto instituto autônomo e pretensamente abarcador da tutela externa do crédito, tendo em vista que o ato abusivo remete, por si só, à

²⁷² Sobre o exercício de um direito disforme à sua função ou espírito: “Josserand, no entanto, não se desprende totalmente da concepção subjetiva, na medida em que reconhece a subsistência do elemento subjetivo (que ‘subsistirá sempre’, assevera), ao lado do elemento objetivo, social, que passa a ocupar a condição de fator preponderante. Defende que o critério para a identificação do ato abusivo é o ‘desvio do direito do seu espírito’, da finalidade da instituição, da sua função social. O abuso do direito se dá através do exercício ‘em direção contrária ou disforme com a função e o espírito’ do direito. Utiliza-se, todavia, do *motivo* do atuar do agente na concretização do critério finalístico proposto. Em outras palavras, sustenta que o afastamento da função social do direito se dá quando as razões que levaram o titular a agir de certa forma não se conformam com a missão social do direito. A intenção ou o ‘estado de espírito’ do titular do direito permanece, portanto, como elemento caracterizador do abuso, como a ‘verdadeira pedra angular’ da teoria” (CARDOSO, Vladimir Mucury, op. cit., p. 73).

²⁷³ “Em relação a terceiros, pode-se vislumbrar o abuso em diversas situações, tais como no caso de a contratação visar a prejudicar os credores de um dos contratantes, ou de concorrência desleal, ou ainda do terceiro que colabora com o devedor na violação de cláusula de exclusividade ou de preferência, desde que tenha o terceiro conhecimento da obrigação violada e tenha agido contra a boa-fé.” (Ibid., p. 100)

responsabilidade civil.²⁷⁴ Nesta esteira, poderia chegar-se à simples conclusão de que se a conduta do terceiro sempre se enquadraria como abusiva e, se ao ato abusivo o ordenamento já prevê um sistema de responsabilidade civil, não haveria necessidade de se conceber a tutela externa do crédito como instituto autônomo ao abuso do direito. Tal argumento, contudo, não colhe.

Como se verá, a responsabilidade civil do terceiro interferente será, necessariamente, subjetiva. O conhecimento prévio do contrato incompatível – ou, ao menos, o dever de conhecê-lo – por parte do terceiro é salutar à sua responsabilização civil.²⁷⁵ Ao celebrar com o devedor contrato incompatível do qual tinha conhecimento o terceiro viola um padrão objetivo de conduta, violação esta balizada, dentre outros aspectos extraídos do caso concreto, pela boa-fé objetiva.

A responsabilidade civil por abuso do direito, doutra banda, vem sendo apontada como objetiva. A natureza da responsabilidade civil por abuso do direito, após calorosos – e ainda contemporâneos - debates doutrinários e jurisprudenciais, vem se consagrando como objetiva. Aliás, dispõe o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”²⁷⁶

²⁷⁴ “Importante salientar, contudo, que não há direta correspondência entre ato abusivo e ato ilícito: Conforme se depreende do breve histórico traçado da evolução do conceito de abuso, o reconhecimento da 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*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 50. Abr-jun/2012. Rio de Janeiro: Padma, 2012, pp. 35-91, pp. 66-67). Pode-se distinguir, ainda, o ato ilícito do ato abusivo quanto ao parâmetro de desconformidade que marca sua identificação: “Tanto no ato ilícito cõo 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, op. cit., p. 58)

²⁷⁵ “O conhecimento por parte do terceiro do contrato com cuja violação se associa ao conhecimento para provar que o terceiro é responsável, pode resultar de qualquer informação? Será que não poderia, em alguns casos, resultar de acordos de publicidade organizados por lei a revelar oficialmente determinados actos a terceiros? Praticamente, a pergunta pode ser feita para atos sujeitos à transcrição ou à formalidade da cessão de créditos.” (LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Libraire Dalloz, 1962, p. 452). Em tradução livre. No original: “*La connaissance par le tiers du contrat à la violation duquel il s'associe, connaissance à prouver pour que le tiers soit responsable, peut-elle résulter d'un renseignement quelconque? Ne doit-elle pas, dans certains cas, résulter des modes de publicité organisés par la loi pour révéler officiellement certains actes aux tiers? Pratiquement, la question se pose pour les actes assujettis à la transcription ou à la formalité de la cession de créances.*”

²⁷⁶ “A aprovação do enunciado é fruto da resistência ao ato emulativo outrora caracterizante do abuso e, também, à contemporânea tendência de objetivação da responsabilidade civil. O enquadramento do abuso do direito como hipótese de responsabilidade objetiva não é, contudo, imune a críticas: Certamente, a verificação do abuso não pode mais levar em conta a intenção psicológica de prejudicar – fala-se, este aspecto, de uma investigação objetiva. Não se pode inferir, porém, dessa assertiva que o codificador teria afastado a responsabilidade subjetiva

Com efeito, o ponto nodal em se admitir que o abuso do direito serviria, além de fundamento, de instituto que abarcaria por inteiro a tutela externa do crédito é verificado justamente a partir da dicotomia de sistemas de responsabilidade civil. Prescindir da autonomia da tutela externa do crédito e admiti-la como abrangida pelo abuso do direito acarretaria dizer que a responsabilidade civil do terceiro interferente é objetiva, o que vai claramente de encontro aos contornos da responsabilidade civil do terceiro interferente.²⁷⁷

Após análise dos fundamentos apontados pela doutrina à possibilidade de responsabilidade do terceiro interferente – função social do contrato, boa-fé objetiva e vedação abuso do direito -, faz-se necessário o retorno ao desafio de apontar a base principiológica sobre que se poderia arrimar a possibilidade de responsabilização civil do terceiro interferente.

Em que pesem os fundamentos apontados, o fato é que a tutela externa do crédito é também importante corolário do princípio constitucional da solidariedade social²⁷⁸, que, ponderada com a liberdade²⁷⁹, servirá de baluarte à reprimenda necessária – e apenas quando necessário – ao terceiro que contribui ao inadimplemento contratual em prejuízo do credor da relação primitiva.

A conduta do terceiro que celebra com devedor contrato incompatível ao celebrado anteriormente entre este e o credor é dissonante, pois, ao princípio constitucional da solidariedade (o que não afasta o necessário cotejo deste princípio constitucional com o da liberdade, como já analisado no item 1.4) e também ao princípio da boa-fé objetiva.

Nesta esteira, importante lembrar que o princípio da boa-fé objetiva não tem sua fonte adstrita à regulamentação contratual²⁸⁰, mas antes tem fundamento constitucional, eis que é

(que preservou para os atos ilícitos) e adotado a responsabilidade objetiva para os danos decorrentes do abuso do direito.” (SOUZA, op. cit, p. 74)

²⁷⁷ “A fim de se reforçar o argumento de que a tutela externa do crédito não pode ser totalmente abarcada pelo abuso do direito: Reconhecemos que determinadas condutas que violam o direito de crédito também poderiam ser configuradas como abuso de direito, mas aquelas não se reduzem a estas. Podemos dizer que a prática de abuso de direito é moralmente mais grave que algumas lesões de direito de crédito. O recurso exclusivo ao abuso de direito para reprimir a violação àquele direito deixaria sem tutela algumas situações que também merecem repressão. Não é desnecessária, assim, a figura da tutela do direito de crédito, diante do tratamento existente em face do abuso de direito.” (BELO, op. cit., p. 19)

²⁷⁸ Art. 3º, I, da Constituição Federal.

²⁷⁹ Art. 1º, IV, da Constituição Federal. Na hipótese em análise, a ponderação referida diz respeito especificamente entre a solidariedade social e o valor social da livre iniciativa.

²⁸⁰ “assim, as cláusulas gerais de lealdade e de diligência (arts. 1.175 e 1.176 Cód. Civ.) não se referem exclusivamente às situações creditórias e à noção de adimplemento, mas têm relevância geral. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202)

extraído da cláusula geral de tutela da pessoa humana²⁸¹. Mais especificamente, tal princípio se relaciona ao objetivo fundamental da República quanto à construção de uma sociedade solidária, “na qual o respeito ao próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica”²⁸².

Não se pode olvidar, ainda, a relação de complementaridade apontada entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito, de modo que “o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas”²⁸³.

A conduta do terceiro configura-se, pois, a um só tempo, como violadora da boa-fé objetiva – por estar em dissonância à solidariedade de matriz constitucional que, ponderada no caso concreto, prevaleceria sobre a liberdade de contratar – e como ato abusivo por parte do terceiro interferente.²⁸⁴

²⁸¹ “Princípios como o da solidariedade social, o da prevalência do bem comum e o da igualdade se materializarão sobretudo como orientação à tarefa do intérprete, e também do legislador, que deles não poderão se afastar, eis que constituem seu pressuposto de validade. A boa-fé, princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, expressa tais valores e, como cláusula geral hoje positivada no ordenamento, limita o exercício do direito de contratar, impondo comportamentos coerentes com o ideário do Estado Social.” (CARPENA, Heloisa. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 310)

²⁸² “A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.” (NEGREIROS, op. cit., p. 117). Ainda: “Simultaneamente, no âmbito contratual, a tensão objetivamente típica do solidarismo provoca p <<éclatement de la conception classique du contrat>> (Gazzaniga), que cessa de ser considerado a manifestação por antonomásia da autonomia privada e passa a ser apreendido como um *fait social*, como uma *charte de réglementation*, cujo conteúdo se deve interpretar com conformidade com as exigências da equidade e da boa-fé.” (SABBIONETI, op. cit., p. 77)

²⁸³ “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.” (NEGREIROS, op. cit., p. 141). Ainda: “O dever de não abusar traduz—se no dever de atuar segundo valores sociais, segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultam do seu fundamento axiológico, valorativo. A determinação deste fundamento permitirá estabelecer os contornos da licitude.” (CARPENA, op. cit., p. 434)

²⁸⁴ “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, com 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 imposto pela boa-fé.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 200). Ainda: “Diante de um direito positivo e assim estruturado,

Ao se afastar das diretrizes impostas pela boa-fé objetiva e, ainda, ao desrespeitar o dever geral de abstenção no que tange à interferência deletéria em situação creditória alheia de que tinha conhecimento, o terceiro exerce de modo disfuncional seu direito à contratação.²⁸⁵ Com efeito, tal exercício não será merecedor de tutela e o terceiro poderá, pois, ser responsabilizado civilmente pelos danos que advierem do inadimplemento do contrato anterior ao credor.

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, op. cit., p. 117-118)

²⁸⁵ Santos Júnior (op. cit., p. 521), de modo diverso, é categórico ao dizer que a hipótese de responsabilização civil do terceiro interferente não se coaduna ao abuso do direito, pois, segundo o autor, o direito expresso pela liberdade de contratar sucumbiria diante de um dever, anteriormente imposto ao terceiro, de se abster de interferir prejudicialmente em situações de crédito: “Com efeito, como vimos, uma vez que o dever geral de respeito dos direitos de crédito alheios se concretize, nas situações de que se trate, mediante o conhecimento do crédito em causa por terceiro, ergue-se, para este, um limite concreto à sua liberdade de actuação, que cessa, enquanto se trate de interferir com esse direito de crédito. Pelo contrário, o que há, então, na esfera jurídica do terceiro, é o dever concreto de respeitar esse direito de crédito. Desse modo, se não se observar este dever, pode incorrer em responsabilidade civil. O problema não é, pois, de uma liberdade de que se abusasse; é de, estando adstrito a um concreto dever de não interferir com o crédito alheio – e, na medida em que há adstrição a um dever, não há liberdade de violação desse dever -, proceder ou não em conformidade com esse dever, neste último caso, podendo, naturalmente, verificar-se responsabilidade civil perante o titular do direito, o credor.”

1 NATUREZA E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO INTERFERENTE

O reconhecimento da tutela externa do crédito torna imperiosa a reflexão sobre a responsabilização civil do terceiro cúmplice ao inadimplemento.

Por certo, o devedor do contrato preexistente deverá suportar as consequências jurídicas de seu inadimplemento. Somando-se à responsabilidade do devedor, ter-se-ia a responsabilização do terceiro, sob pena de permitir que um ato desconforme ao direito permaneça impune.²⁸⁶ A presente pesquisa pretende debruçar-se, então, sobre os pressupostos e efeitos da responsabilização do terceiro cúmplice ao inadimplemento de contrato pré-existente.

2.1 A natureza extracontratual da responsabilidade do terceiro

Primeiramente, cumpre perquirir se a natureza da responsabilidade civil do terceiro será contratual ou extracontratual e, em seguida, analisar as consequências do enquadramento encontrado. A doutrina é majoritária ao apontar que a responsabilidade do terceiro é extracontratual²⁸⁷, fundada na premissa de que a conduta do terceiro viola um dever geral de abstenção²⁸⁸, e não uma prestação contratual.²⁸⁹

²⁸⁶ BANDEIRA, op. cit., p. 111.

²⁸⁷ Propugnam pela natureza extracontratual da responsabilidade do terceiro interferente Simone Calastreng (op. cit.), Henri Lalou (*Traité pratique de la responsabilité civile*, 6. ed., par Pierre Azard. Paris, 1962), Alex Weil e François Terré (*Droit civil: les obligations, ...*), E. Santos Júnior (op. cit.), Antonio Menezes Cordeiro (op. cit.), Antonio Junqueira de Azevedo (op. cit.).

²⁸⁸ “O contrato, pois, como fato social, em virtude de sua existência, conferindo direitos e deveres, não pode deixar de produzir certas repercussões relativamente a terceiros; não pode deixar de ser logicamente oponível contra terceiros, não quanto aos seus efeitos diretos, imediatos, mas os indiretos, nascidos do jogo de interferências entre eles e as situações marginais. Há um dever jurídico de não interferir ou impedir o cumprimento do contrato; trata-se de um ilícito gerador de responsabilidade que no direito inglês se denomina “*tort of interference*” (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. Volume 821. Ano 93. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 80-98, p. 83)

²⁸⁹ A este teor, Santos Júnior (op. cit., p. 104) afirma que “se a um terceiro não cabe o dever de prestar, que apenas compete ao devedor, não se vê bem – apesar de, como veremos melhor, ter havido quem defendesse o contrário – que o problema da responsabilidade de terceiro se possa situar no domínio da responsabilidade

Nessa linha, os partidários da teoria da eficácia externa do crédito afirmam que a responsabilização do terceiro decorre de inobservância ao dever geral de respeito ao crédito alheio.

Tal conclusão também é alcançada pela corrente doutrinária que fundamenta a tutela externa do crédito na oponibilidade dos contratos a terceiros. O contrato é compreendido como um fato social, cognoscível por terceiros à relação contratual, os quais devem respeitá-lo. Em consequência, ao terceiro que contribui para a violação do contrato não se poderia imputar um inadimplemento contratual – vez que não figura como parte no regulamento de interesses estabelecido pelas partes –, antes, se está diante da violação do dever geral de não causar prejuízos a outrem (*neminem laedere*)²⁹⁰, a configurar a responsabilidade aquiliana.

Em posicionamento minoritário, Henri e Leon Mazeaud sustentam que a disciplina da responsabilidade aquiliana se aplica tanto ao terceiro interferente quanto ao devedor. Para tanto, afirmam que a responsabilidade extracontratual do terceiro atrai a responsabilidade do devedor inadimplente, transmutando sua natureza²⁹¹.

De acordo com o anteriormente exposto, entende-se que o dever de respeito às situações subjetivas creditícias alheias é consectário do princípio da boa-fé objetiva. Como consequência lógica e necessária, a violação de tal dever atrairia a responsabilidade extracontratual subjetiva prevista no *caput* do artigo 927, Código Civil.²⁹²

Infere-se, a partir de então, não ser o inadimplemento contratual do devedor parâmetro único para a imputação de responsabilidade ao terceiro interferente. Isso porque não se pode presumir a culpa do terceiro interferente tal qual se presume a culpa do devedor quando inadimplente com obrigação assumida na relação contratual estabelecida com o credor.

contratual. Desse modo, parece que a responsabilidade de terceiro por lesão do crédito ou será aquiliana ou não existirá”.

²⁹⁰ “Do que se trata é de saber se a lei – reflectindo as concepções ético-jurídicas reinantes na sociedade ou propondo-se ela própria influir nos padrões éticos correntes, em ordem a elevar o teor de moralidade das relações do tráfico jurídico – considera ou não a conduta daquele que cientemente prejudica o direito do credor como merecedora de um juízo de reprovação, seja por ofensa do princípio do *neminem laedere* (raiz da responsabilidade aquiliana), seja por atentar contra a cláusula geral dos bons costumes (abuso de direito).” (CORREIA, op. cit., p. 46)

²⁹¹ Nas palavras dos autores (MAZEAUD, H. e L. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 3. ed. 1938, p. 153-154): “porque a responsabilidade do terceiro cúmplice é aquiliana, a do autor principal muda de natureza e se torna aquiliana”. Em tradução livre. No original: “Puisque, dit-on, la responsabilité du complice est délictuelle celle de l’auteur principal change de caractère: elle devient délictuelle.”

²⁹² BANDEIRA, op. cit., p. 113.

Na responsabilidade contratual há, em regra, presunção de culpa em relação à parte inadimplente, de modo que cabe àquele que descumpriu obrigação contratual provar que não agiu com culpa ou demonstrar a ocorrência de causa excludente do nexo de causalidade²⁹³.

A análise do enquadramento da responsabilidade civil do terceiro interferente como contratual ou extracontratual não pode passar indiferente à mitigação da dicotomia entre esses sistemas de responsabilidade. Muito embora haja diferenças substanciais entre responsabilidade contratual e extracontratual²⁹⁴, observa-se que muitas distinções classicamente instituídas entre elas não se sustentam.

Uma distinção apontada entre ambas consiste na dualidade de suas fontes, eis que a lei seria a fonte da responsabilidade civil extracontratual e a manifestação de vontade, por sua vez, estaria a embasar a responsabilidade civil contratual. De fato, para serem implementadas as consequências do inadimplemento, é necessário que uma manifestação de vontade gere um vínculo obrigacional, enquanto que na responsabilidade extracontratual não há necessariamente relação jurídica preexistente entre os sujeitos. Porém, na hipótese de descumprimento de qualquer tipo de obrigação, as consequências estão previstas em lei.

A responsabilidade civil contratual e a extracontratual são segmentadas no Código Civil. A responsabilidade extracontratual vem disciplinada pelos artigos. 186 a 188 e 927 a 954 e a responsabilidade contratual, por sua vez, pelos artigos. 389 a 420.

Embora o Código atual preveja tratamentos distintos sob alguns aspectos quanto à responsabilidade contratual e extracontratual, pode-se reconhecer que, em determinados casos, essa dicotomia pode ser mitigada. Essas disciplinas não permanecem estanques²⁹⁵, eis que diversos artigos servem para ambos os segmentos da responsabilidade civil. Por exemplo, os artigos 390²⁹⁶, 403²⁹⁷ e 944²⁹⁸ podem ser aplicáveis em caso de responsabilidade civil contratual e extracontratual.

²⁹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações*. v. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 180.

²⁹⁴ Carlos Nelson Konder aponta algumas dessas distinções relevantes entre responsabilidade contratual e extracontratual, cabendo destaque à indenização da vítima e ao ônus da prova: *Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 50, 2012.

²⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

²⁹⁶ Art. 390. “Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

²⁹⁷ 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”.

Além disso, alguns artigos que estão no segmento da responsabilidade contratual dizem respeito à responsabilidade extracontratual e vice-versa, a exemplo dos artigos 398²⁹⁹ e 939³⁰⁰, que, embora inseridos nos segmentos de responsabilidade contratual e extracontratual, nesta ordem, dispõem sobre responsabilidade extracontratual e contratual, respectivamente.

A simbiose entre as responsabilidades contratual e extracontratual revela-se deveras importante quando se torna possível, e algumas vezes necessário, aplicar a um segmento jurídico o tratamento jurídico previsto para o outro. Por isso, pode-se afirmar que “o reconhecimento da ‘contratualidade’ não serve para impor, automaticamente, a aplicação de todas as normas previstas para a responsabilidade contratual, como se fosse o encastelamento em um núcleo de normas isolado do restante do sistema”³⁰¹. Com efeito, a desagregação dos institutos não deve ser absoluta, pois a complementaridade entre eles muitas vezes revelar-se-á útil à completude do ordenamento³⁰².

À parte das relevantes discussões doutrinárias acerca da conexão entre responsabilidade contratual e extracontratual, as quais não são objeto de reflexão da presente pesquisa, o fato é que a disciplina da responsabilidade por inadimplemento contratual prevê hipótese de presunção de culpa que a responsabilidade extracontratual do terceiro interferente não poderia abarcar³⁰³. A necessidade de conhecimento prévio do terceiro quanto ao contrato anterior incompatível³⁰⁴ põe fim a quaisquer hipóteses de presunção de culpa pelo simples inadimplemento pelo devedor. Para que seja responsabilizado o terceiro, deve-se comprovar sua ciência – ou dever de ciência - do contrato entre credor e devedor, o que dará ensejo ao preenchimento do pressuposto culpa.

²⁹⁸Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

²⁹⁹Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

³⁰⁰Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

³⁰¹KONDER, op. cit., pp. 236.

³⁰² A este teor, fez-se pertinente o ensinamento de Norberto Bobbio, segundo o qual o ordenamento é completável. (BOBBIO, op. cit., p. 142).

³⁰³ “De outro ângulo, distingue-se, classicamente, a responsabilidade em contratual ou extracontratual, conforme decorra de uma violação a um dever jurídico estabelecido, respectivamente, em contrato ou na lei. No primeiro caso, a culpa tem-se presumida no inadimplemento da obrigação contraída através do negócio jurídico; enquanto no segundo, o ônus da prova incumbe, em regra, à vítima.” MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26)

³⁰⁴ SANTOS JÚNIOR, E. op. cit., p. 487.

Necessário salientar, contudo, que, ao estar ciente do contrato anterior e, mesmo assim, celebrar contrato incompatível com o devedor o terceiro é tão responsável quanto o devedor pelo inadimplemento. Assim, ambos – devedor e terceiro – são coautores quanto ao inadimplemento contratual sofrido pelo credor, dando ensejo à natureza solidária da responsabilidade entre estes (a ser objeto de análise no item 3.1). O enquadramento da responsabilidade civil do terceiro interferente como extracontratual tem relevo, então, no momento de comprovação do pressuposto culpa, necessário à deflagração da responsabilidade do terceiro.

2.2 Prevalência da solidariedade sobre a liberdade no caso concreto

Curiosamente paradoxal é a constatação de que, embora contrapostos, liberdade e solidariedade são princípios que se complementam reciprocamente. Isto porque, quando ponderados – e aplicados -, os conteúdos expressos pelo princípio da liberdade e pelo da solidariedade tornam-se complementares³⁰⁵, de modo que “a imposição da solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade”³⁰⁶.

³⁰⁵ “A complementaridade, aliás, é atributo do direitos, de modo que ora um direito será instrumento para a realização de outro e ora um direito irá restringir o outro, sem que, contudo, o exclua: Não há possibilidade de atender a todos na máxima quantidade desejável para cada indivíduo, pelo caráter relativo de todos os direitos. Cada direito concedido a uma parte é uma perda ao direito de outro. De maneira que a complementaridade deve ser precisa em dois campos. Em alguns casos, complementar significa que a norma é instrumento para a realização de outra, e em outros casos significa que concorrem entre si e uma restringe a outra, sem que por isto se exclua.” (LORENZETTI, op. cit., p. 433)

³⁰⁶ “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 em 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 comunidade.” (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). Ainda: “A prevalência inconteste dos agentes que 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 constitucional.” (LABOURIAU, Miguel de Paula. *A responsabilidade do terceiro pela lesão ao crédito alheio*.

Reconhece-se, então, claro nexos entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários³⁰⁷⁻³⁰⁸.

A impossibilidade de prévia determinação de prevalência entre liberdade e solidariedade não se revela como abstração entravadora de soluções concretas ao problema da responsabilização do terceiro interferente. Pelo contrário, admitir como ponderáveis tais valores reforça o instituto em estudo, pois a premissa de que a liberdade não pode, sempre e indistintamente, sobrepor-se à solidariedade³⁰⁹ leva à inexorável necessidade de tutela do crédito quando a interferência sobre este expressar tal sobrelevação, a qual não poderá subsistir imune de responsabilização civil. O exercício da liberdade deve estar em constante observância aos ditames informados pela solidariedade.³¹⁰

A responsabilização do terceiro cúmplice ao inadimplemento contratual não atrapalharia o exercício da liberdade de iniciativa nem entravaria o comércio jurídico³¹¹, posto

182 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro). Ainda, “a iniciativa econômica privada tem de visar, primariamente, um objectivo, que é o progresso colectivo, que necessariamente se sobrepõe e não se confunde com os objectivos privados do empresário. Ainda assim, o seu exercício tem de situar-se dentro dos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano, ou seja para além das imposições positivas, sofre as limitações negativas que a circunscrevem.” (ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almeda, 1995. p. 20).

³⁰⁷ “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, imanentemente, do seu interior vinculam a liberdade econômica legitimando-a como poder de relevância constitucional. Nisso consiste o nexos 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 e 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, op. cit., p. 521-522).

³⁰⁸ “O princípio da autonomia contratual é considerado um dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. Mas há o conflito de diferentes concepções de liberdade contratual. Uma quanto à derivação de liberdade pessoal, a outra uma derivação da liberdade de iniciativa econômica; a primeira é absoluta e, portanto, não tolera limitações; a segunda é relativa e impõe correções em termos de justiça de troca e de solidariedade social.” (ALPA, op. cit., p. 636). Em tradução livre. No original: “*Il principio di autonomia contrattuale è considerato uno dei valori fondamentali degli ordinamenti giuridici. Sono però in conflitto due diverse concezioni di libertà contrattuale. L'una ne fa una derivazione della libertà personale, l'altra una derivazione della libertà di iniziativa economica; la prima è assolutista e quindi non tollera limitazioni; la seconda è relativista e impone correzioni in termini di giustizia dello scambio e di solidarietà sociale.*”

³⁰⁹ “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, op. cit., p. 528).

³¹⁰ “A solidariedade (ou, antes, a densa rede de solidariedades grandes e pequenas, superpostas e cruzadas) serviu em todas as sociedades como um abrigo e garantia de certeza (ainda que imperfeitos) e, portanto, de crédito, autoconfiança e coragem sem os quais o exercício da liberdade e a vontade de experimentar são impensáveis.” (BAUMAN, op. cit., p. 37)

³¹¹ “Argumento usualmente referido pelos defensores da teoria clássica é o de que a consagração do princípio da responsabilidade de terceiro por lesão do crédito implicaria um sério entrave ao comércio jurídico. Não vigorando o princípio do *numerus clausus* dos direitos de crédito e não beneficiando estes, em regra, de

que a oponibilidade do crédito em face de terceiro que celebra contrato incompatível com devedor não se impõe indistintamente, mas apenas quando o terceiro o fizer conhecedor da relação contratual anterior incompatível.

A liberdade prevalecerá quando o exercício da liberdade de contratar do terceiro for tutelável ao ponto de eximi-lo de qualquer responsabilização em face do credor. Para tanto, a boa-fé objetiva e o abuso do direito, apontados pela presente pesquisa como fundamentos à responsabilização civil do terceiro interferente, servirão como importante mecanismo hermenêutico para o balizamento da atuação do terceiro. A prevalência da solidariedade irá se impor, por outro lado, quando a atuação do terceiro em conluio com o devedor violar os padrões da boa-fé objetiva a ponto, pois, de retirar o merecimento de tutela ao exercício da liberdade do terceiro interferente.

2.3 Dano: efeitos do inadimplemento contratual provocado pelo terceiro

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil³¹²⁻³¹³. O giro conceitual apontado por Orlando Gomes retira o protagonismo do ofensor e o repassa à vítima da lesão,

publicidade, a adopção da teoria da eficácia externa das obrigações, propiciando a proliferação de acções de responsabilidade contra terceiros, acabaria por originar, em muitos casos, quer a pura abstenção de agir quer uma perturbante preocupação de rodear a acção de acumuladas cautelas, pelo receio de que se pudesse ser responsabilizado por interferência com o crédito de outrem, tudo acabando por redundar num claro abrandamento ou entrave do tráfico jurídico. Trata-se de um argumento que não colhe. Desde logo, *os factos* demonstram o infundado de tal receio. Nos Estados Unidos da América, há muito que vigora o princípio, com a extensão que tivemos ocasião de referir e com intensidade de aplicação que se infere da existência de múltiplos casos jurisprudenciais... e trata-se, “apenas”, do país economicamente mais poderoso do mundo. De igual modo, nem a Inglaterra nem a França deixaram de se desenvolver economicamente, apesar da firma e antiga consagração do princípio nas suas ordens jurídicas e nem mesmo consta que a economia italiana tenha sofrido qualquer particular desaceleração a partir do momento em que o princípio passou a ser acolhido na maioria da sua doutrina e da sua jurisprudência.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 514). Em seguida, o autor reforça sua posição ao afirmar que “o conhecimento do crédito constitui, como regra, uma condição de efectivação da oponibilidade, nomeadamente, na sua expressão comum de um dever de abstenção de interferir, sob pena de responsabilidade civil. O desconhecimento do crédito afasta, pois, simplesmente, qualquer hipótese de responsabilidade de terceiro”. (Ibid., p. 515)

³¹² “Qualquer hipótese de responsabilidade de terceiro por lesão do direito de crédito pressuporá, como em qualquer hipótese de responsabilidade civil, a existência de um dano. O dano constitui, de facto, uma condição indefectível de toda a responsabilidade civil, além de medida da obrigação de indemnizar, de acordo com o princípio de que se deve reparar todo o dano causado.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 502)

³¹³ Em que pese a ainda incipiente corrente que propugna pela possibilidade de responsabilidade civil sem dano, robusta doutrina ainda sustenta ser o dano elemento essencial à responsabilidade civil.

de modo que se observa um deslocamento gradual do foco do instituto do ato ilícito para o dano injusto³¹⁴.

Essa expressiva alteração de paradigma reverbera uma expansão quantitativa e qualitativa das hipóteses ensejadoras de responsabilidade civil. O fenômeno é descrito por Anderson Schreiber³¹⁵, para quem a expansão é: (i) quantitativa, explicando-se pela substancial propositura de ações pleiteando a reparação por danos ressarcíveis, notadamente os danos morais; e (ii) qualitativa, eis que progressivamente novos interesses passam a ser tidos como merecedores de tutela e, por conseguinte, objeto de reparação civil.

Ilicitude e responsabilidade civil não são mais incidíveis, na medida em que a crescente valoração do dano injusto, percebido a partir da focalização da lesão ocasionada a um bem jurídico da vítima, torna possível a hipótese de responsabilidade civil engendrada a partir da ocorrência de danos, “à primeira vista, lícitos”³¹⁶, os quais configuram como “danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito”³¹⁷.

Acerca do pressuposto dano, gerado ao credor – vítima da interferência prejudicial do terceiro, em conluio com o devedor –, cabe indagar se seria configurado unicamente pelo inadimplemento da prestação previamente ajustada ou, então, se exigiria para sua configuração a existência de lesão a bens jurídicos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial do credor. Necessário perquirir, mais, se o prévio estabelecimento de cláusula penal compensatória entre credor e devedor acarretaria conseqüências no que diz à apuração e quantificação da indenização devida pelo terceiro ao credor.

A resposta à primeira questão já encontra amparo no ordenamento jurídico e na doutrina pátria, eis que o dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil e decorre, para sua verificação, da comprovação de lesão a bem jurídico tutelável. Nessa esteira, além do inadimplemento contratual para cuja ocorrência contribuiu o terceiro, seria necessária para a

³¹⁴ “[...] 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” (BODIN DE MORAES, op. cit., p. 179).

³¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84-85

³¹⁶ MORAES, op. cit., p. 235.

³¹⁷ “[...] em cada vez mais numerosas situações, o mesmo ordenamento jurídico determina danos que se forem causados, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida. Aqui também os danos seriam, à primeira vista, lícitos; geram, no entanto, obrigação de indenizar. Neste caso enquadram-se, por exemplo, as inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas seja através de cláusula geral (CC, parágrafo único do art. 927) seja mediante dispositivos específicos (CC, arts. 931, 932, 937, 938 etc.), consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito” (MORAES, op. cit., p. 325).

responsabilização deste- e também do devedor - a comprovação dos danos experimentados pelo credor da relação originária³¹⁸.

A verificação do dano não pode, portanto, prescindir dos efeitos nocivos que o inadimplemento causar ao credor. Uma distinção pode surgir, porém, quando credor e devedor tenham estipulado cláusula penal a título de prefixação de perdas e danos para a hipótese de inadimplemento, de modo que haveria dois caminhos a serem percorridos para fins de estabelecimento do montante do dano percebido pelo credor e, por conseguinte, ressarcível pelo devedor e terceiro.

Nesse caso, o valor devido pelo terceiro interferente poderia estar adstrito à quantia estabelecida na cláusula penal ou, doutro modo, ao terceiro corresponderia o valor efetivamente apurado do dano. A essa questão específica se dedicarão os itens 3.2 e 3.3 deste estudo.

2.4 Nexo de causalidade: o necessário liame entre a atuação do terceiro e o inadimplemento contratual

A configuração do nexos de causalidade será estabelecida a partir da análise entre a conduta praticada pelo terceiro, juntamente com o devedor, e o dano sofrido pelo credor em virtude do inadimplemento da prestação. A necessária ligação entre a conduta do terceiro e o inadimplemento causado ao credor é, pois, salutar para a configuração do nexos de causalidade³¹⁹.

³¹⁸ “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 ação interferente de terceiro (este último aspecto, bem entendido, transcendendo já o âmbito do apuramento do dano, para entrar no domínio do problema da ação de terceiro e do nexos de causalidade).” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 502-503). Ainda, “Diversamente, pode-se entender pela suficiência do inadimplemento contratual, ocasionado pela celebração de contrato incompatível entre devedor e terceiro, para fins de preenchimento do pressuposto dano. Ainda: A demonstração das perdas e danos, exceto nos contratos de prestação de serviços, pois *legem habemus* (art. 608 do CC/2002 (LGL\2002\400)), também se prefigura indispensável à condenação do terceiro. (RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 81)

³¹⁹ Acerca do nexos de causalidade: “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 necessariedade, 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 à categoria de causa necessária do dano.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 102).

O nexu causal, pressuposto mais técnico e “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil”³²⁰, consiste, em linhas gerais, no vínculo estabelecido entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro.³²¹ O nexu expressa relação entre a causa e o efeito, entre a conduta e o resultado.

A definição do nexu de causalidade ganha ainda mais relevantes contornos a partir do recrudescimento da responsabilidade civil objetiva. A dispensa da prova da culpa desloca para o nexu de causalidade o importante papel de filtro de hipóteses de responsabilidade civil, de modo que o liame causal revela-se como último pressuposto a ser preenchido – ou afastado, caso se identifique alguma causa apta a rompê-lo – para a deflagração da responsabilidade objetiva.³²²

Várias teorias erigiram-se no intuito de conceituar o pressuposto para responsabilidade civil em análise, dentre as quais se destacam a teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada, teoria da causa eficiente e teoria da causa direta e imediata.³²³

A teoria da equivalência de condições (*conditio sine quo non*), elaborada pelo penalista alemão Maximiliano Von Buri³²⁴, propugna que todas as causas, mais ou menos eficazes para a produção do dano, terão a mesma relevância para fins de abarcar os responsáveis pelo dano. Essa teoria não teve acolhia no âmbito da responsabilidade civil por ampliar em muito o dever de reparar³²⁵.

³²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 76.

³²¹ Adriano de Cupis (apud SCHREIBER, op. cit., p. 55).

³²² “Embora ainda hoje isto, em alguma medida, se verifique na prática jurisprudencial, o advento da responsabilidade objetiva veio transformar radicalmente a atuação das cortes em geral, exigindo redobrada atenção na decisão acerca do nexu causal, cuja interrupção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação. Assim, não apenas o convencimento acerca da causalidade perdeu seu antecedente moral justificador da responsabilização – a prova da culpa -, mas também toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica de nexu causal.” (SCHREIBER, op. cit., p. 56)

³²³ Ibid., p. 56.

³²⁴ “A origem dessa teoria remonta, consoante abalizada doutrina, aos estudos de Jhon Stuart Mill. Com efeito, em 1843, sob o título “*A system of logic*”, Stuart Mill já afirmava que “todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do consequente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, se uma outra forma, todas elas, embora tenha sido Von Buri que, inspirado no filósofo inglês, a desenvolver no campo do Direito.” (CRUZ, op. cit., p. 37)

³²⁵ “A Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais mereceu, portanto, as críticas da doutrina, em razão de seus transbordamentos inevitáveis, ensejando regressões infinitas a causas anteriores, que quase sempre levam a decisões injustas. (Ibid., p. 45). O retumbante inconveniente de sua aplicação está em ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido sobre a vítima. Com razão, já se afirmou que a adoção da teoria da equivalência de condições em âmbito civil tornaria cada homem responsável por todas as desgraças que atingem a humanidade.” (SCHREIBER, op. cit., p. 57)

Segundo a teoria da causalidade adequada, surgida a partir do jurista alemão Ludwig von Bar e posteriormente aprofundada por Von Kries, causa é o antecedente não só necessário, mas adequado à produção do dano. Assim, ainda que haja diversas condições para causar o dano, somente será causa a que for mais adequada, em abstrato³²⁶, à produção do resultado danoso.³²⁷ Essa teoria, a contrário da anterior, faz distinção entre as causas mais e menos importantes para a produção do dano, de modo que só será causa a mais relevante (adequada) à produção do resultado.

A causalidade eficiente, desenvolvida na Alemanha³²⁸, informa que para se identificar a causa é necessário recorrer às condições que contribuíram para a geração do dano por meio de critérios quantitativos e qualitativos. Diversamente da teoria da causalidade adequada, a causalidade eficiente propõe seja admitida como causa aquela que, em concreto, foi mais eficiente para a determinação do dano.³²⁹

Para a teoria da causalidade direta e imediata³³⁰⁻³³¹, por fim, é causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem interferência de outras condições sucessivas.

³²⁶ “Não basta, então, que um fato seja condição de um evento; é preciso que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado. Este é o chamado “juízo de probabilidade”, realizado em abstrato – e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorrerem -, cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano.” (CRUZ, op. cit., p. 65). Ainda: “Apreciando certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 369)

³²⁷ “A causalidade adequada, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade. Imputa-se ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são “normais” consequências de seu comportamento. Procurando especificar o critério da normalidade, afirma-se que, a fim de se saber se a causa é ou não adequada a produzir determinado efeito, deve-se perguntar se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas. Somente na primeira hipótese, considera-se que a causa foi adequada a produzir o efeito.” (SCHREIBER, op. cit., p. 58)

³²⁸ “Na Alemanha, desenvolveu-se a Teoria da Causa Eficiente – também denominada teoria da condição mais eficaz ou mais ativa -, segundo a qual não mais interessa o acontecimento que precedeu imediatamente o dano, senão aquele que estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado.” (CRUZ, op. cit., p. 58)

³²⁹ “Procurando fugir à incerteza reinante em matéria de causalidade, formulou-se a chamada teoria da causalidade eficiente, segundo a qual as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, eleger-se como verdadeira causa do evento. Aqui, o juízo acerca da causalidade não se daria em abstrato, mas em concreto, observando qual, dentre as diversas causas, foi a mais eficiente na determinação do dano.” (SCHREIBER, op. cit., p. 59)

³³⁰ Tal teoria também pode ser referida como teoria do dano direto e imediato ou, ainda, teoria da interrupção do nexa causal.

A elasticidade conceitual de nexo causal e a indefinição da teoria adotada no Brasil³³² tem acarretado notável flexibilização desse elemento, de modo a abarcar cada vez mais situações ensejadoras de responsabilidade civil.³³³ O giro conceitual apontado por Orlando Gomes também se desdobra sobre o nexos de causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, cujo conceito passa a ser flexibilizado a fim de permitir a efetivação do princípio da reparação integral³³⁴.

Para a proposta específica a que se propôs analisar o presente estudo, necessário averiguar se a interferência do terceiro – repita-se, na hipótese estrita desta pesquisa, que se delineou em torno da celebração de contrato incompatível entre devedor e terceiro – revela-se como causa necessária aos danos advindos do inadimplemento. Assim, embora não haja relação direta entre o terceiro, enquanto co-autor do dano, e o credor, vítima do dano, o

³³¹ É possível relacionar a teoria da causa direta e imediata ao que se depreende da redação do artigo 403 do Código Civil, em cujo teor se lê que “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.” Importante ressaltar que o termo “inexecução” não limita a incidência do dispositivo legal às hipóteses de responsabilidade extracontratual. Anderson Schreiber (Ibid., p. 61) traz à memória voto do Ministro Moreira Alves, quando ainda em vigência o Código Civil de 1916, acerca do então artigo 1.060, correspondente ao atual artigo 403 do Código Civil: “Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotava quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada” (STF, REExt. 130.764/PR, 1ª T., j. 12.5.1992)”

³³² “A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob a influência de todas as três correntes acima mencionadas, os Tribunais fixam o nexos de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal, e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo. Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In *Revista jurídica*, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002, p. 9)

³³³ “A indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos. Os tribunais têm, por toda parte, se valido da miríade de teorias do nexos causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade consiste, quase sempre, em assegurar à vítima alguma compensação. De certa forma, pode-se afirmar que as cortes têm se recusado a dar à prova do nexos causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, haviam atribuído à prova da culpa, com tão injustos resultados, preferindo navegar por opções teóricas mais ou menos amplas diante de uma legislação lacônica sobre a matéria.” (SCHREIBER, op. cit., p. 65-66)

³³⁴ “Nesse contexto, o conceito de nexos causal é também flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Em face dos princípios constitucionais, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Assim, embora o nexos causal constitua, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que em certas situações o liame causal seja até presumido.” (CRUZ, op. cit., p. 17-18). Para uma leitura acerca da abordagem do nexos causal presumido, v. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

importante é identificar a imprescindibilidade da atuação do terceiro junto ao devedor para o deslinde danoso percebido pelo credor.

Mister salientar, mais, que a atuação necessariamente conjunta entre devedor e terceiro, por meio da celebração de contrato incompatível, levará, pois, à solidariedade entre os agentes enquanto co-autores do dano (a responsabilidade solidária entre devedor e terceiro será objeto de análise no item 3.1)

2.5 Culpa: conduta do terceiro que viola parâmetros objetivos de conduta

Prosseguindo na análise de aspectos da responsabilização do terceiro interferente, não se pode olvidar que a responsabilidade civil do terceiro é necessariamente subjetiva³³⁵, eis que a hipótese em análise não se coaduna ao regime de responsabilidade civil objetiva pátrio.

A responsabilidade civil caminhou – e ainda caminha – no sentido de romper as barreiras que tornavam sobremaneira difícil a reparação da vítima do evento danoso e, por conseguinte, têm sido engendradas medidas que tornem mais acessível a obtenção da reparação. Não há como negar que a admissão da responsabilidade civil objetiva deve-se, em grande parte, à dificuldade que encontrava a vítima de provar a culpa do agente a quem deveria ser imputada a responsabilidade³³⁶.

No cenário brasileiro, o exponencial aumento do número de acidentes de trabalho e a dificuldade com a qual se deparava o operário para provar a culpa do empregador levaram à revisão da noção de culpa no âmbito da responsabilidade civil³³⁷⁻³³⁸. Segundo Anderson

³³⁵ “O terceiro que age intencionalmente ao firmar um novo contrato, interferindo naquele, anteriormente, contratado, incorre em culpa. E, assim, ocasionado o dano, esse deve ser reparado, sob responsabilidade do seu causador. Trata-se de responsabilidade subjetiva, como afirmado por Antonio Junqueira de Azevedo, sendo necessário comprovar os pressupostos culpa, dano e nexa causal.” (GONDIM, Glenda Gonçalves; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da teoria do terceiro cúmplice. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.) *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, pp. 49-69, p. 66)

³³⁶ “A tradicional noção psicológica da culpa, que justificava a reparação do dano em virtude da reprovação da conduta do causador do dano, revelou-se incompatível com o incremento do número quotidiano de acidentes provocado pela complexificação social e pela industrialização. A incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, em casos como este de verdadeira *probatio diabólica*, aliado ao fato de estes danos anônimos serem algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, impôs a utilização de outros critérios de imputação”. (SCHREIBER, op. cit., 2012, p. xiii)

³³⁷ “Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão dos operários mas, também, e principalmente, pelo

Schreiber³³⁹, se a vítima “fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento”

O atual Código Civil³⁴⁰, no parágrafo único de seu artigo 927, previu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva a ser aplicada quando se estiver diante de uma atividade de risco. Nos termos do supracitado artigo, depreende-se que será objetiva (“independentemente de culpa”) a responsabilidade quando a lei o disser e, ainda, quando a atividade desenvolvida, por sua natureza, implicar risco.

As hipóteses de responsabilidade objetiva a serem previstas expressamente em lei³⁴¹ não trazem grandes dificuldades ao aplicador do direito, que, em consonância com a cláusula geral de responsabilidade objetiva, deverá observar se o caso concreto se coaduna a alguma das hipóteses legais que preveem a reparação independentemente da existência de culpa do agente. Contudo, no que diz respeito à segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, discute-se sobre o que seria uma atividade que, por sua natureza, estaria apta a implicar risco para os direitos de outrem³⁴².

empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 157)

³³⁸ No que concerne à reverberação de tal mudança na legislação brasileira, tem-se que: “Tal reformulação de conceitos se faz sentir no Novo Código Civil, com a adoção de um sistema de responsabilidade civil já agora não mais fundado na culpa e tendo o risco como exceção, mas, sim, um sistema dualista, mantendo a culpa e, ao seu lado, erigindo o risco como fundamento da responsabilidade, demonstrando a tendência evolutiva indicada por Bodin de Moraes, no sentido de abandonar-se a culpa (e, em certo sentido, mesmo o risco), adotando-se como critério e fundamento da indenização o dano injusto, com escopo de proteger a dignidade da pessoa humana. (BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação do Valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44)

³³⁹ Op. cit., p. 18.

³⁴⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil.

³⁴¹ Como exemplos, alude-se às previsões dos seguintes diplomas legais: §6º do art. 37 da Constituição Federal (responsabilidade civil da administração pública), Lei 8213/91 (acidentes de trabalho), Decreto-lei 6938/1981 (atividades lesivas ao meio ambiente), Lei 7565/86 (transporte aéreo), Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

³⁴² “Contesta-se, habitualmente, que qualquer atividade humana importa, em alguma proporção, risco a direitos alheios. A crítica, puramente formal, demonstra apenas que o legislador pretendeu, obviamente, referir-se às atividades que tragam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano.” (SCHREIBER, op. cit., p. 68) Algumas vertentes em sede doutrinária tendo por desiderato elucidar o conceito do termo “risco”, dentre as quais se destacam a teoria do risco proveito (também denominada risco-benefício, teve como precursores Raymond Salleilles, para quem aquele que tem o proveito de determinada atividade deverá reparar os riscos dela advindos, independentemente de culpa - *ubi emolumentum, ibi onis*); a teoria do risco profissional (de aplicação específica aos riscos provocados pelo exercício da atividade profissional e com lastro legal no artigo 2º da CLT); a teoria do risco criado (que, tendo como precursor Jossierand, propugna que todo aquele que cria risco deverá reparar os danos deste advindos, independentemente de culpa. Tal teoria parece ser mais abrangente que a do risco proveito, eis que é possível criar um risco sem que se obtenha dele qualquer proveito); a teoria do risco

É possível verificar, nos contornos da responsabilidade civil, uma passagem da responsabilidade para a reparação, eis que “assumir o conceito de reparação como noção chave da disciplina da responsabilidade significa inverter o horizonte habitual”, de modo que “a vítima se torna ao mesmo tempo o protagonista principal do ilícito civil”³⁴³.

Ainda, o crescente deslocamento do foco da responsabilidade civil do autor do dano e sua crescente aproximação da vítima da lesão têm acarretado uma importante passagem da sanção à ilicitude para a reparação do dano³⁴⁴. O fenômeno do giro conceitual, descrito por Orlando Gomes, resume bem essa constatação, de modo que se pode atribuir um deslocamento valorativo – com claríssimas repercussões práticas - do ato ilícito para o dano injusto. Tal tendência reverbera efeitos não só na expansão das hipóteses de responsabilidade objetiva, mas também nas situações ainda abrangidas pela responsabilidade civil subjetiva. Veja-se, a exemplo, a hipótese de culpa presumida, que propugna a inversão do ônus da prova em favor da vítima do dano³⁴⁵.

excepcional (entendida como excepcional o risco que escapa à atividade comum da vítima – a exemplo da Lei 6.453/77, que trata da responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, e a teoria do risco integral (reafirmada em sede jurisprudencial, inclusive pelo STJ, afirmando que em determinadas hipóteses, como a de responsabilidade civil por dano ambiental, o ofensor assume o risco integral da atividade e, com efeito, responde ainda que não comprovado o nexo de causalidade).

³⁴³ “Imposta por razões evidentes de equidade e justiça social, a objetivação da disciplina clássica da responsabilidade se realiza, portanto, mediante a passagem da *responsabilité* à *réparation*, de uma obrigação ressarcitória proveniente de um evento danoso subjetivamente imputável, a uma obrigação de reparar que tem origem em um dano produzido no exercício de uma atividade objetivamente arriscada. Assumir o conceito de reparação como noção chave da disciplina da responsabilidade significa inverter o horizonte habitual, os esquemas e modelos consolidados, provocar uma mudança total de perspectiva. Desse modo, a vítima se torna ao mesmo tempo o protagonista principal do ilícito civil: <<*Le droit moderne ne regarde plus du cote de l'auteur de l'acte, mais su cote de la victime*>>.” (SABBIONETI, op. cit., p. 78)

³⁴⁴ “Tal tendência legislativa torna novamente atual o debate, na realidade nunca exaurido, sobre o papel da culpa, ou melhor, do perfil subjetivo no sistema da responsabilidade civil. Elemento este não excluído por quem, identificando o fundamento da responsabilidade civil no princípio solidarístico, propugnou <<o deslocamento da atenção do ator do dano para a vítima>> e atribuiu ao ressarcimento o papel de remédio para o dano, não de sanção para a ilicitude.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 153).

³⁴⁵ “Na seara das presunções de culpa – porém com sentido mais aprofundado, pois interferindo também no pressuposto do nexo causal – importantes avanços na teoria da responsabilidade civil podem ser observados com uma mais acurada percepção a respeito da teoria *res ipsa loquitur*. [...] Para a sua aplicação, entende a doutrina devam restar presentes três condições fundamentais: 1) que o requerido tenha o direito (dever) de controlar a coisa ou o evento; 2) que o acidente seja tal que não poderia, no curso normal dos eventos, ter acontecido sem a presença de negligência; 3) que não haja nenhum fato ou bases conhecidos sob os quais o acidente possa ser explicado em termos de culpa do requerido, a não ser a incidência da regra *res ipsa loquitur*. O efeito da aplicação da regra não é a objetivação da responsabilidade no caso concreto e, sim, a inversão do ônus da prova, cabendo, desde que presentes as circunstâncias motivadoras da utilização da teoria, ao requerido o ônus de provar que não agiu com culpa.” (BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *A Teoria da Culpa Virtual (res ipsa loquitur)* e suas possibilidades de aplicação no direito de danos brasileiro. *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 732-733)

Em que pese a crescente expansão das hipóteses de responsabilidade civil objetiva pelo ordenamento jurídico pátrio, só se poderá responsabilizar o terceiro interferente por lesão a direito de crédito mediante a verificação do pressuposto culpa, próprio da responsabilidade civil subjetiva. Como se verá, não se pode prescindir da análise do carácter culposo do terceiro interferente ao inadimplemento contratual³⁴⁶.

Interessante notar que há um ponto de encontro entre o pressuposto culpa e a má-fé, eis que ambas se destinam a evitar – e reprimir, cada uma a seu modo – prevaricações³⁴⁷. No entanto, os institutos não se confundem: a culpa, diferentemente da má-fé, “visa tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, de modo a desencadear os esquemas da responsabilidade civil destinada à reparação de danos³⁴⁸”.

Nesta esteira, mister analisar a necessidade – ou não –de que o terceiro aja com dolo. Admitindo-se a necessidade de comprovar o elemento intencional do agente, sua responsabilização só será possível caso fique clara a intenção de lesar crédito alheio. Uma vez admitida como imprescindível a demonstração de dolo do terceiro interferente, seria imputada à vítima – o credor da prestação no contrato preexistente – prova diabólica quanto à demonstração da intenção do terceiro de prejudicar o crédito alheio³⁴⁹.

³⁴⁶ “Nenhuma dúvida pode haver quanto à sua situação no domínio de uma responsabilidade de natureza subjetiva: é uma evidência, que, por isso, não se antecipa, apenas se constata. A não referibilidade do princípio dos créditos a um suporte físico exclui que a responsabilidade de terceiros pudesse alguma vez basear-se numa ideia de risco físico ou em qualquer outra que prescindisse do carácter ilícito-culposo da conduta lesiva do terceiro. Como nenhum sentido faria uma imputação objectiva de responsabilidade a um terceiro, portanto, a alguém alheio à relação obrigacional, a título de risco econômico, de equidade, ou outro.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 223)

³⁴⁷ “A má-fé implicaria, pois, sempre a culpa e inversamente: o dano culposo pressuporia, no sujeito, a má fé. Há traços comuns claros entre culpa e má fé, o que é natural se se atender a que ambas pertencem a uma mesma sistemática jusprivada, tendo nela papéis próximos destinados a evitar, em termos latos, prevaricações. Mas não se conclua, daí, pela confusão nem, muito menos, pela identidade.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 1226)

³⁴⁸ “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 protecção da confiança, seja a das situações materiais afectadas pelo sujeito, mas sem recorrer, em si, ao esquema típico do dever de indemnizar. O concurso é possível: a pessoa que, com má fé e culpa, atinja a posição de terceiro, pode incorrer, reunidos os diversos pressupostos, nas consequências particulares correspondentes à má fé, no caso considerado, e no dever de indemnizar o dano que tenha provocado.” (Menezes Cordeiro, op. cit., p. 1227). Ainda, prossegue o autor: “A má fé e a culpa apresentam-se como conceitos diferentes, com funções próprias, regimes diversos e consequências autónomas, podendo, como é natural, concorrer quando se concretizem as previsões respectivas. Mas mais do que isso: elas correspondem a planos dogmáticos diferentes, com a boa/má fé a introduzir, no seio das situações jurídicas, aspectos que reflectem uma redução dogmática global do sistema e a culpa a exprimir, a um nível mais singelo, um dos elementos previsivos da cláusula geral da responsabilidade civil.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 1228)

³⁴⁹ BANDEIRA, op. cit., p. 116.

O dolo³⁵⁰, enquanto modalidade de culpa *stricto sensu*, consiste na vontade deliberada do agente em provocar o dano. Assim, seria necessária, para a deflagração do dolo, a consideração de elementos subjetivos ou psíquicos do terceiro que contribuir com o inadimplemento do devedor³⁵¹. Já na culpa, a voluntariedade se dirige à prática do ato, e não ao atingimento do resultado danoso³⁵².

Nesse contexto, releva a tendência observada no campo da responsabilidade civil, no sentido de objetivação da culpa, que, paulatinamente dissociada da comprovação da intenção nociva do agente, ganha novos contornos aptos a tornar menos dispendiosa sua demonstração pela vítima do dano. Assim, preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada culpa objetiva³⁵³.

³⁵⁰ “Dolus e culpa. A dicotomia mais importante é entre dolus e culpa. No latim e no grego, o étimo de dolus refere-se a ardil, astúcia, malícia, engano, tal como é o sentido do direito romano.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. II, p. 290).

³⁵¹ “Diz-se, então, que há dolo quando a vontade do agente nasce direcionada para o dano, ou seja, já nasce ilícita, podendo ser afirmado que existe a intenção de provocar este mesmo dano. Este, pelo menos, será o dolo direto; mas também se admite o dolo indireto ou dolo eventual, já referido, que ocorre quando o agente assume o risco de produzir o resultado danoso, embora efetivamente não o deseje. Há culpa grave, ao contrário, quando inexistente a intenção de produzir o dano, tampouco a assunção do risco – a vontade, portanto, é lícita -, mas o agente, por não perceber o que qualquer pessoa é capaz de perceber, não consegue evitar o dano. A solução, naqueles casos em que seja necessário diferenciar as espécies, é, mais uma vez, remetida ao caso concreto, sendo indispensável a consideração de elementos eminentemente subjetivos ou psíquicos do agente para que se tenha um correto veredicto.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 110-111)

³⁵² “O que resta de positivo é o seguinte: todos estão de acordo em que, para a configuração da culpa, e, por conseguinte, para se ter uma responsabilidade civil delitual, necessário se torna a prova de um ato prejudicial em si mesmo, objetivamente ilícito, em razão do que a culpa importa, necessariamente, na realização de um ato objetivamente ilícito, voluntariamente perpetrado.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*. v. V. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 177). O autor prossegue traçando a distinção entre dolo e culpa com base na distinção entre culpa intencional e culpa não intencional, respectivamente: “163 – Culpa intencional e culpa não intencional. A culpa pode tomar duas diretivas, no tocante à vontade que lhe é imanente: ou o causador do dano praticou o ato, agindo com negligência ou imprudência, porém, sem ter visado o resultado danoso o qual estava fora do campo de sua vontade, ou, ao contrário, o causador do dano provocou o evento deliberadamente, tendo em vista produzir o resultado danoso que se concretizou. No primeiro caso, temos uma culpa não intencional, porquanto os fatos, posto hajam sido queridos, contudo não o foram quanto ao seu resultado; no segundo caso, porém, a vontade se produziu não só em relação ao evento como ainda em relação aos resultados do evento, caso em que se caracteriza a culpa intencional que corresponde ao dolo.” (Ibid., p. 179)

³⁵³ SCHREIBER, op. cit., p. 34.

Chega-se, então, a uma noção normativa da culpa – em substituição à noção de culpa psicológica de outrora -, a qual passa a ser verificada quando não observados parâmetros objetivos de diligência de conduta³⁵⁴.

A comprovação da culpa do terceiro interferente deve se pautar na apreciação de sua interferência sem que se indaguem os aspectos anímicos que o levaram a atuar juntamente com o devedor para o descumprimento contratual. Assim, não obstante visão que propugna pela necessidade de comprovação de dolo do terceiro cúmplice³⁵⁵, posiciona-se pela adequação da culpa do terceiro como um dos pressupostos de sua responsabilização, de modo a verificar se o terceiro interferente efetivamente violou parâmetros objetivos de conduta³⁵⁶.

Quanto ao necessário conhecimento do contrato anterior pelo terceiro, Santos Júnior assevera que a fluência dos direitos de crédito inviabiliza, em princípio, sua publicidade organizada.³⁵⁷ De fato, seria inconveniente que o direito de crédito fosse subordinado à

³⁵⁴ “A noção normativa de culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substitui a noção de culpa 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. [...] a figura do ilícito continua ancorada no fato “culposo”, o qual, porém, foi redefinido, através dessa concepção da culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação a parâmetros objetivos de diligência”. (MORAES, op. cit., p. 212). Ainda: “O surgimento da responsabilidade exigia que a vítima conseguisse provar a quebra de um dever de cautela, de um padrão de conduta exigível por parte do agente que causou o dano. Esta exigência de uma avaliação ético-jurídica do comportamento do causador do dano para imputar-lhe o dever de repará-lo era tida como princípio axiomático, correspondente à idéia de punição pelo ilícito cometido” (Ibid., p. 334).

³⁵⁵ “De facto, se considerarmos a interferência jurídica, constata-se que, pela sua natureza, apenas enquanto dolosa (em qualquer das formas que o dolo assumia) 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 incumprimento – pois, se o terceiro conhece o crédito, ou seja, de 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, op. cit., p. 505). Ainda, Karls Larenz também propugna pela necessária identificação do dolo para fins de responsabilização do terceiro interferente: “Assim, para Larenz verificar-se-á desde logo a hipótese de ofensa aos <<bons costumes>> se o terceiro sabia que com a sua aquisição frustrava o direito do credor: aqui, o terceiro responde ante o credor por perdas e danos, por ter causado dolosamente um dano injusto – e terá de abrir mão da coisa em favor dele.” (CORREIA, op. cit., p. 44)

³⁵⁶ MORAES, op. cit., p. 209-217.

³⁵⁷ “No que concerne aos direitos de crédito, a inexistência por si mesmos de signos reveladores não permite que aqueles se revelem natural ou espontaneamente. Depois, esse mesmo caráter abstracto do próprio objecto do direito de crédito, a, em regra, sua menor estabilidade e durabilidade, quando em confronto com outros direitos, como os direitos reais ou os direitos da personalidade, a sua multiplicidade e variedade, em consonância com a dinâmica do comércio jurídico e o *numerus apertus* que em relação a eles vigora, e a própria exigência dessa dinâmica ou fluência do tráfico jurídico inviabilizam, como princípio, uma sua publicidade organizada ou racionalizada. Não sendo natural ou organizadamente reveláveis, eles não são, pois, normalmente cognoscíveis.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 480 e 482). Ainda: “Que requisitos são necessários a fim de que, em qualquer destes casos mas especialmente no incumprimento de uma convenção de preferência (pois a esta hipótese se dirigem principalmente as nossas reflexões), seja lícito ao credor responsabilizar o terceiro que ajustou e

mesma publicidade como o são outros direito, como os direito reais, dada a dinamicidade que marca as relações contratuais. Seria desarrazoado impingir ao terceiro o conhecimento de todas as situações subjetivas que permeiam sua pretensa atuação. Portanto, só se pode reconhecer que o terceiro violou crédito alheio se era de seu conhecimento a relação preexistente³⁵⁸⁻³⁵⁹. O terceiro interferente será, pois, responsável junto com o devedor perante o credor quando conhecedor do contrato incompatível anteriormente celebrado entre credor e devedor³⁶⁰, sendo prescindível analisar possível caráter pernicioso de suas intenções.

concluiu com o devedor um negócio incompatível com a obrigação preexistente? Apenas um: o conhecimento por parte do terceiro do vínculo obrigacional anterior.” (CORREIA, op. cit., p. 35)

³⁵⁸ “Quem de boa-fé celebra um contrato que vem a traduzir-se na lesão de um direito alheio, tem de entender-se que não excede os limites do exercício legítimo da sua liberdade de contratar: *suo jure utitur*. Bem ao invés, procede ilicitamente aquele que, ao firmar com outrem um ajuste contratual, sabe que esse ajuste tornará impossível à outra parte o cumprimento de obrigação anteriormente assumida, causando assim a lesão do direito de um terceiro”. (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 39).

³⁵⁹ O conhecimento pelo terceiro torna, pois, oponível a ele a situação creditória: “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 prestação dirigida contra um terceiro ou oponham a celebração do negócio à pretensão mantida pelo terceiro frente a elas. Em qualquer caso, a oponibilidade se baseia na eficácia indireta do contrato já que não implica uma vinculação de direitos ou obrigações que sujeitam as partes e devem ser respeitados e tomados em consideração pelo terceiro em sua situação, que é o campo próprio da eficácia indireta.” (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. 274). Ainda: “De fato, o conhecimento é essencial para responsabilização do terceiro violador de um direito de crédito. Este fato decorre em razão da relação obrigacional não possuir uma publicidade natural, tal como ocorre com os direitos de personalidade e os direitos reais, na qual a publicidade é inerente à existência da pessoa injuriada ou da coisa danificada, respectivamente. Esta falta de publicidade do direito de crédito possibilita que frequentemente sejam violados estes direitos, sem qualquer intenção do infrator, que às vezes sequer possuía meios de ter conhecimento do direito violado. A imputação de um dever específico de respeitar todo e qualquer crédito, baseada na presunção de conhecimento daquele, seria um ônus bastante grave a ser suportado pela sociedade, com claro prejuízo para a segurança nas relações jurídicas. Assim, pela peculiaridade do direito de crédito, exige-se que o terceiro tenha conhecimento do crédito alheio para que surja o dever de respeitá-lo.” (BELO, op. cit., p. 86). Ainda: “Tal questão remete ao problema do conhecimento e da cognoscibilidade de direitos. Os direitos reais incidem sobre coisas que, via de regra, são perceptíveis aos outros e ainda são dotados de publicidade registral. Em virtude dessas características, denotam-se oponíveis *erga omnes*, estabelecendo-se uma relação entre o titular e a coletividade, que fica obrigada a respeitar tais direitos (dever geral de abstenção). Por outro lado, os direitos de crédito são abstratos, não visíveis ao mero observador, além disso a princípio, não se beneficiam de qualquer publicidade, seja ela natural ou organizada, não sendo naturalmente cognoscíveis. Desta forma, como regra geral, não é possível reputar-lhes um conhecimento presumido, de modo que os terceiros não estão obrigados a conhecê-los, o que implicaria um ônus excessivo para estes. Assim, para que sejam oponíveis a terceiros, exige-se que os mesmos tenham um conhecimento efetivo de tais direitos.” (CARDOSO, op. cit., p. 186)

³⁶⁰ Desse modo, nega-se que à distinção entre direitos reais e pessoais corresponda uma diversa eficácia (absoluta ou relativa) da situação subjetiva. Em vez disso, alega-se que a oponibilidade do direito depende apenas da ciência de sua existência pelo terceiro. Assim, o direito real existente sobre um imóvel deve ser respeitado por todos, haja vista que o seu ato constitutivo foi levado ao Registro de Imóveis, gozando, assim, de ampla publicidade. Do mesmo modo, não se admite que alguém, sabedor do crédito de outrem frente a determinada pessoa, interfira na relação obrigacional, provocando o inadimplemento. Em suma, de acordo com esse raciocínio, qualquer direito, desde que provido de publicidade,²³³ seria oponível a terceiros. (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2016. p 60)

Não se pode olvidar, porém, que em alguma medida a intenção deletéria do terceiro fica subentendida na própria celebração do contrato incompatível, na medida em que o conhecimento do negócio anterior é necessário à deflagração de sua responsabilidade civil. Não se propugna, porém, pelo dolo como elemento necessário à responsabilização do terceiro pelo fato de a necessidade de comprovação do caráter emulativo do terceiro tornar sobremaneira difícil a reparação do credor.

Necessário, a esse teor, indagar se “conhecer” é o mesmo que “dever conhecer”³⁶¹ quando se trata do conhecimento prévio do terceiro quanto à relação de crédito previamente constituída entre credor e devedor. A profusão de informações é cada vez mais veloz e isso se reflete na dinâmica contratual. Algumas contratações acabam sendo de conhecimento notório, de modo que não colheria ao terceiro interferente a justificativa de desconhecimento da contratação anterior.

Veja-se, a exemplo, o caso Zeca Pagodinho, em que publicidade³⁶² do mesmo gênero de produto, porém de marca concorrente, fora veiculada em rede nacional, atingindo amplíssima divulgação³⁶³. Recorra-se, ainda, ao famoso caso da violação de cláusula de exclusividade por parte de distribuidoras de petróleo que comercializaram seus produtos em postos revendedores notadamente identificados como de exclusividade do Posto Ipiranga. Tal situação deu ensejo ao célebre parecer do professor Antonio Junqueira de Azevedo³⁶⁴, eis que a distribuidora prejudicada ajuizou ação com o escopo de impedir que os terceiros distribuidores realizassem qualquer comercialização de produtos combustíveis para empresas que ostentassem sua marca³⁶⁵. O terceiro interferente, nesse caso, sabia inegavelmente da

³⁶¹ “Dever de conhecer: Algumas vezes, há dever de conhecer. O que tem de conhecer, para certos efeitos, é tido como se conhecesse se o seu desconhecimento provém de culpa sua, ainda se devida à culpa de diligência para investigar e se informar.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. I, p. 190)

³⁶² “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, op. cit., p. 91)

³⁶³ O caso referido foi descrito em maiores detalhes no item 2.4 do presente estudo.

³⁶⁴ 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. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 750/1998. Abr. pp. 113-120.

³⁶⁵ Apelação Cível 130981.4/4. Tribunal de Justiça de São Paulo. Araraquara. Rel. Des. Ruyter Oliva, Julg. em 08/02/2000. Nesse caso específico, embora exemplar, a decisão determinou que a distribuidora que interfere em relação contratual alheia de cuja cláusula de exclusividade tem conhecimento comete ato ilícito com base nos fundamentos de violação de marca da autora da ação e de prática de ato de concorrência desleal.

contratação ao vislumbrar, com todas as cores, a bandeira de seu concorrente em vários itens do posto de gasolina.

Ainda, o dever de conhecimento pode, por si só, dar ensejo à responsabilidade civil do terceiro interferente quando sua atuação se verificar em um contexto marcado por possibilidades de interferências e concorrências entre contratações que seriam de notória percepção. Com efeito, a inobservância de contratações outras que tornem seu contrato incompatível denota a culpa do terceiro na medida em que viola deveres de diligência ao deixar de perceber algo que seria comum – e, portanto, esperável.

É importante recorrer, mais, à distinção apontada por Santos Júnior entre a oponibilidade do direito subjetivo a terceiros que seja *in potentia* ou *in actu*, de modo que a oponibilidade *in potentia* não seria suficiente, eis que impõe um dever geral de abstenção na interferência de direitos subjetivos, dever este que recai sobre todos os terceiros. Para o autor, a oponibilidade *in potentia*, ou virtual, não seria bastante à responsabilização do terceiro, por ser necessária a verificação da oponibilidade *in actu*.

Desse modo, o terceiro só será responsabilizado quando for concretizada a oponibilidade *in actu*, determinando que o dever geral extensível a todos os terceiros se concretizou na esfera jurídica de determinado terceiro, de maneira a lhe atribuir um dever específico – ou concreto – de se abster de interferir na relação primitiva.³⁶⁶

³⁶⁶ “Todo o 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, a 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, op. cit., p. 481). Importante se faz, quando da análise da oponibilidade do crédito em face de terceiros, a distinção construída por Antonio Menezes Cordeiro (op. cit., p. 256-259) entre oponibilidade fraca, média e forte, de modo que “havendo oponibilidade fraca, os não titulares devem abster-se, geralmente, de actos que possam afectar o bem reservando ao titular; pela oponibilidade média, os não titulares são implicados a, positiva ou negativamente, acatar as obrigações instrumentais de efectivação do aproveitamento permitido; a oponibilidade forte permite, finalmente, ao titular que dela frua, exigir dum não-titular, a concretização do próprio bem que ,pelo Direito, lhe é atribuído.” Acerca da oponibilidade dos direitos de crédito, o autor português prossegue afirmando que “a defesa da não oponibilidade, mesmo fraca, do direito de crédito seria induzida não duma permissão geral de ingerência os negócios obrigacionais alheios, mas da simples impossibilidade dum direito meramente relacionador de duas pessoas, poder der violado por uma pessoa alheia à relação. Este entendimento não colhe. O bem em causa no direito de crédito – a prestação – tem inegável existência social. Constitui, assim, uma realidade objectiva: é nessa qualidade que o Direito dela se ocupa, não sendo imaginável a existência de todo um complexo normativo, destinado a regulamentar uma obscura realidade, totalmente secreta, excepto no círculo estreito de duas pessoas”. O autor (Ibid., p. 262-263) destaca, então, a doutrina do terceiro cúmplice como clara hipótese de oponibilidade média dos direitos de crédito: “A doutrina do terceiro cúmplice não pode ser coberta pelo que chamamos de oponibilidade fraca: efectivamente, a celebração dum contrato incompatível com um anterior não integra, por si, uma violação dum dever geral de respeitar os bens alheios: o próprio bem primeiramente devido não está em causa. A procedência desta doutrina leva-nos a

Interessante notar que a comprovação da culpa do devedor e do terceiro dar-se-á por caminhos diferentes, os quais podem conduzir ao mesmo resultado. Nessa esteira, ganha relevância a distinção entre a culpa contratual e a culpa extracontratual. À parte das visões dissonantes acerca da dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, o fato é que em hipótese de responsabilidade civil advinda de inadimplemento contratual a culpa é presumida, presunção esta inexistente na responsabilidade civil pela ocorrência de dano cujos autor e vítima não tinha nenhuma relação jurídica previamente estabelecida³⁶⁷. Assim, diante do inadimplemento do devedor proveniente, também, da interferência de um terceiro, a culpa do devedor será presumida e a do terceiro deverá ser comprovada.

Cabe questionamento, também, quanto ao grau de participação do terceiro para o inadimplemento contratual por parte do devedor. Isto é, basta que o terceiro induza o devedor do contrato preexistente ao inadimplemento da prestação pela qual se obrigou ou, para a responsabilização do terceiro, seria necessária a efetiva contratação entre o terceiro e o devedor?

A indução ao inadimplemento do devedor, por si só, não desemboca na responsabilidade civil do terceiro interferente. Somente será passível de responsabilização a atuação do terceiro que efetivamente celebra contrato incompatível com o devedor. Ainda que a indução seja levada a cabo pelo devedor, não se pode associar diretamente o inadimplemento a uma conduta atribuível ao terceiro a ponto de responsabilizá-lo civilmente.

concluir pela existência de deveres específicos de não frustrar os créditos alheios, deveres esses cuja intensidade normativa é suficiente para quebrar o próprio âmbito da autonomia privada.”

³⁶⁷ “Como uma resultante dessa concepção entre as duas formas de culpa, os dualistas sustentam diferenças radicais entre elas, regidas, como pretendem, por princípios inconfundíveis, a saber: 1º) Na culpa contratual, exige-se um conteúdo de certa gravidade, ou seja, aquele comportamento igual ao de um bom pai de família, enquanto a delitual carece de gradações de qualquer espécie, levando-se em conta mesmo a culpa levíssima dos romanos, com base na regra da Lei Aquilia: *in lege Aquiliae culpa levissima venit* (D. 9.2. Ad. Leg. Aq. 44). 2º) Mais importante é a segunda diferença assinalada pelos clássicos, qual a de existir, na relação contratual, uma culpa presumida, ao passo que, na delitual, inexistente tal presunção, em face de caber à pessoa que se diz lesada o ônus da prova do ato lesivo ao seu direito. 3º) Outro ponto destacado pelos clássicos consiste na extensão da reparação do dano. No campo delitual, o prejuízo deve ser totalmente coberto pela reparação, ao passo que, no domínio contratual, essa reparação é mais ou menos prevista pelo estatuído no contrato. 4º) No terreno contratual, o estado de mora do devedor deve ser promovido pelo credor, para o primeiro poder se tornar responsável pelas perdas e danos, ao passo que, na culpa extracontratual, a mora resulta de pleno direito, como uma decorrência necessária do próprio ato ilícito perpetrado. 5º) No que tange à matéria de irresponsabilidade pela culpa, a mesma pode vir regulada pelo contrato no sentido de sua inoponibilidade, situação inadmissível, em relação à culpa extracontratual. (SERPA LOPES, op. cit., p. 180-181). O autor prossegue apontando a visão corrente monista, que se contrapõe à dicotomia entre culpa contratual e extracontratual, afirmando que, para esta corrente, a responsabilidade contratual acaba sendo absorvida pela delitual” (Ibid., p. 181). “Há, ainda, uma corrente intermediária: 168 – *A tese eclética* – Entre os dois extremos – o dualismo e o monismo –, certos juristas propuseram uma solução conciliatória, mediante a criação de um *tertium genus*, estabelecendo, com nitidez, os pontos de semelhança e os de diferença entre as duas modalidades de culpa. Assim, ecletismo significa a unidade fundamental das duas culpas ao mesmo tempo que se lhes assinalam as diferenças todas de caráter técnico.” (Ibid., p. 182)

Noutro giro, ao celebrar contrato incompatível o terceiro torna-se co-responsável pelo inadimplemento experimentado pelo credor, posto que sua conduta é tão determinante quanto à do devedor para o inadimplemento do contrato anterior.

2.6 Responsabilidade do terceiro por interferência na fase de negociações preliminares e a tutela das legítimas expectativas do credor

3 bilhões de dólares. Esta foi a quantia estabelecida em prol da Pennzoil por interferência deletéria pela Texaco nas negociações preliminares entre aquela e a Getty Oil. Em 2 de janeiro de 1984, a Pennzoil, empresa norteamericana interessada em adquirir reservas de petróleo, celebrou com os principais acionistas da Getty Oil um Memorando de Entendimento, em cujo teor se estabelecia a intenção da Pennzoil em adquirir 43% das ações da Getty Oil, pelo preço de US\$ 110,00 cada. A carta de intenções foi submetida à aprovação pelo Board of Directors da Getty Oil que, com algumas reservas³⁶⁸, aprovou o documento no dia seguinte, 3 de Janeiro de 1984.

Porém, a Pennzoil não contava que dois dias após a aprovação de sua carta de intenções os dois principais acionistas da Getty Oil – J. Paul Getty Museum e Gordon P. Getty – negociariam com a Texaco a aquisição de suas ações pelo valor de 125 dólares por ação, posteriormente elevado para 128 dólares. No dia 6 de fevereiro de 1984, foi publicada nota na imprensa anunciando o acordo celebrado entre a Texaco e a Getty Oil com vistas à compra da companhia. Surpreendida, a Pennzoil ajuizou ação em face da Texaco, embasada justamente no *tort of induction breach of contract*, pleiteando indenização compensatória no valor de 7,53 bilhões de dólares, além de *punitive damages*.³⁶⁹

O caso narrado evidencia a importância da discussão sobre a possibilidade de responsabilidade civil de terceiro por lesão provocada ainda na fase de tratativas entre pretensos credor e devedor³⁷⁰⁻³⁷¹.

³⁶⁸ Dentre as alterações propostas de alteração, destaca-se a proposta, por parte de Getty Oil, de aumento do preço proposto para US\$115,00 por ação, a qual foi aceita pela Pennzoil.

³⁶⁹ O caso, que gerou contundentes discussões à época, é minuciosamente explicado por Santos Júnior (op. cit., p. 277-279)

³⁷⁰ “Para além do impressionante montante da condenação e, como, de algum modo, já resulta da descrição dos factos e da contenda judicial, este caso, que envolve a actuação de alguns dos melhores advogados dos Estados Unidos, oferece-se, a vários títulos, como uma base de reflexão: [...] – pela apreciação judicial que se fez do denominado *agreement in principle* celebrado entre a Pennzoil e a Getty – os acionistas principais da Getty, repercutindo-se, assim, no domínio da relevância jurídica ou da natureza desses acordos, também correntemente

A fase de tratativas é mecanismo importante para que os pretensos contratantes exarem suas intenções quanto ao negócio jurídico que visam a celebrar. É, ainda nessa fase, bastante comum que as partes troquem informações valiosas com o desiderato de integrarem-nas no contrato que objetivam concluir³⁷². Permeável que é por todas as situações jurídicas, a boa-fé objetiva deve reger o comportamento dos sujeitos enquanto já na fase de negociações preliminares. Tal princípio deve se espraiar por todo o contexto contratual, devendo ser estendido aos momentos pré e pós contratuais³⁷³. O princípio da boa-fé não impõe, contudo, quaisquer vinculações quanto à possível contratação posta em pauta.

Em regra, não se vislumbra a possibilidade de inadimplemento nem tampouco de responsabilidade civil decorrente de violação às disposições advindas da fase de tratativas. Em verdade, nem se pode falar em violação, já que não se pode violar – ou descumprir – deveres que ainda não foram constituídos³⁷⁴. O que há, nas primígenas negociações preliminares, é uma manifestação de vontade que pode ou não vir a se concretizar, o que é sabido pelos negociantes, já que nenhum deles está vinculado a contratar³⁷⁵.

designados, entre outras expressões, por *letters of intent*; - enfim, necessariamente – e é o que aqui fundamentalmente nos interessa realçar, pela sua repercussão no domínio do *tort of interference with contractual relations*. Neste último aspecto, que, aliás, de interliga com o anteriormente referido, da natureza e valor das chamadas *letters of intent* e das conseqüências da indução ao incumprimento destas, originou-se, nos Estados Unidos, uma reflexão, não sobre a consagração do *tort* em causa, que essa não sofre contestação, mas sobre o seu carácter algo complexo e sobre o seu escopo, actualmente algo indeterminado e alargado, ao menos na sua formulação mais ampla.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 279-282)

³⁷¹ “Consideram-se também susceptíveis de indução ao incumprimento ou de interferência certos acordos ocorridos no processo de negociação de um contato, chamados entre outras designações, *cartas de intenção (letters of intent)*, *acordos de princípio (agreements in principle)* ou *acordos preliminares (preliminary agreements)*.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 290)

³⁷² “É, portanto, durante a fase das negociações contratuais, que as partes trocam informações fundamentais para a deliberação de cada qual, sobre realizar ou não o negócio jurídico e sobre o conteúdo que devem imprimir a ele. Dessa fase, portanto, cada parte irá efetivar a representação da realidade que envolve o negócio jurídico projetado. Parte dessa realidade será construída com material fornecido pelo outro contraente. Somente essa circunstância demonstra, de início, a relevância jurídica da fase das negociações com vistas à formação do contrato. Tudo o que acontece nessa fase é de relevância para a deliberação do agente sobre realizar ou não o negócio jurídico. Caso o agente decida por realizar o negócio jurídico, as informações obtidas na fase de formação são fundamentais também para determinar qual o seu conteúdo, especialmente para fixar a extensão da prestação que cada uma das partes se obrigará a cumprir.” (PEREIRA, op. cit., p. 46-47)

³⁷³ Relembre-se o enunciado 25 a I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, já abordado no capítulo 1.

³⁷⁴ “De todo o modo, uma última menção, apesar de evidente por si mesma: a indução – quando estejam em causa relações prospectivas – não é indução ao incumprimento de um contrato, porque o não há, mas indução à não formalização das relações contratuais esperadas ou, quando menos, a não concretização e uma relação esperada e vantajosa, ainda que não baseada em contrato.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 295)

³⁷⁵ “Pois bem, no que concerne às negociações de um contrato, é sabido que as partes devem observar um comportamento conforme com as regras da boa-fé, devem observar um comportamento conforme com as regras da boa-fé, devem observar determinados deveres de conduta (de lealdade, informação, cuidado), sob pena de responsabilidade pré-contratual (art. 227.º do CC). Mas também é bem claro que nenhuma delas se encontra

Excepcionalmente é que se admite a responsabilidade civil por danos advindos ainda na fase de tratativas. Para tanto, é necessário comprovar que na vítima do dano foram geradas legítimas expectativas³⁷⁶⁻³⁷⁷ de que o contrato vindouro chegaria a ser celebrado.

Santos Júnior, ao analisar a responsabilidade civil do terceiro interferente na experiência do direito anglo-americano, analisa a hipótese de atuação deletéria do terceiro nas chamadas relações contratuais prospectivas ou futuras (*prospective contractual relations*):

Finalmente, é maioritariamente entendido, no direito norte-americano, que mesmo as chamadas *prospective contractual relations* - relações contratuais prospectivas ou futuras – são um objecto passível de *tort* por interferência de terceiro. Importa que expliquemos o que se entende por tais relações. Por tais relações contratuais prospectivas ou futuras, para os efeitos aqui referidos, do *tort* por interferência de terceiro, entendem-se as relações – normalmente de âmbito comercial (*commercial* ou *business relations*) – que não estão ainda formalizadas em qualquer contrato ou acordo, mas cuja formalização se antevê com um razoável grau de probabilidade, acarretando o potencial contrato uma vantagem econômica para o lesado pela interferência. Assim, *v. g.*, a perspectiva de obter emprego ou de obter empregados ou de obter clientes ou de vender imóveis ou de prestar serviços, bem como o exercício de uma opção de renovação ou de extensão de um contrato em vigor³⁷⁸.

vinculada a contratar; não tendo as próprias partes qualquer dever de contratar, conservando elas a sua liberdade contratual, não se vê como pudesse ser limitada a liberdade contratual de terceiros, que se propuseram contratar com qualquer das partes. Neste sentido, não há como considerar oponíveis a terceiros as meras negociações de contratos.” (SANTOS JÚNIOR., op. cit., p. 495). Ainda: “Na fase preliminar à conclusão do contrato as posições das partes assumem importância diversa. A fase de tratativas cria entre os contratantes uma situação de expectativa que o contrato seja concluso. Nesta fase, as partes devem se comportar de acordo com o princípio da boa-fé (art. 1337 Cód. Civ.) e são obrigadas a responder pela não conclusão, sem justa causa, do contrato.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 692) É possível, ainda, lastrear a vinculação em algumas hipóteses de não conclusão do contrato no abuso do direito: “A questão em foco coloca-se, portanto, naqueles casos em que não se poderia impor o contrato, por faltar uma *obrigação* de contratar. Há lugar, nestas hipóteses, para o abuso do direito quando a recusa, durante a fase das tratativas, contraria a boa-fé objetiva, frustrando a expectativa gerada na contraparte.” (CARDOSO, Vladimir Mucury. op. cit., p. 97)

³⁷⁶ “Pressupondo que estes se apresentem já como vinculativos. Por outro lado, tratando-se de um acordo intermédio sem qualquer carácter vinculativo, dele não decorre necessariamente como não decorre, em geral, de qualquer negociação, só por si mesma, uma probabilidade razoável de as partes vierem a acordar num contrato definitivo. Apenas se, no contexto das negociações em causa, se enxertarem elementos que apontem para uma razoável probabilidade de celebração do contrato é que, poderá colocar-se o problema de estar perante uma *prospective contractual relation*, quando não seja o caso de haver já um acordo preliminar vinculativo.” (Santos Jr, op. cit., p. 295 - NR)

³⁷⁷ “Em negócios jurídicos mais complexos, a fase das negociações com vistas à conclusão do contrato pode durar longo tempo. As negociações podem demandar gastos e perda de tempo para as partes, assim como elas podem eventualmente deixar de realizar outros negócios, em virtude da expectativa de conclusão daquele que se encontra em fase de negociações.” (PEREIRA. op. cit., p. 51)

³⁷⁸ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 292-294.

Impende perquirir, então, se cabível a responsabilidade civil de terceiro que contribui para a não celebração do contrato almejado por meio de carta de intenções ou outra manifestação hábil a demonstrar a vontade de contratar, ainda em fase de negociações preliminares. Para o deslinde dessa questão, insuficiente será o conhecimento prévio do terceiro acerca das tratativas. Isto é, ainda que sabedor das intenções externadas entre pretensos credor e devedor, ao terceiro não é oponível nenhuma situação jurídica apta a coibir sua atuação.

A liberdade de contratar exercida pelo terceiro, quando ainda na fase de tratativas, é inelutavelmente merecedora de tutela e não viola nenhum padrão de conduta imposto pela boa-fé objetiva. Nem mesmo o pretendente devedor está obrigado à celebração do contrato e, se não o fizer, não incorrerá em nenhuma hipótese de responsabilidade civil. Que dirá, pois, atribuir ao terceiro responsabilidade pela qual sequer ao pretense devedor é imputável.³⁷⁹

A celeuma se instaura, no entanto, quando o terceiro contribui para a reduzida hipótese de frustração de legítimas expectativas geradas ainda na fase de negociações preliminares³⁸⁰, realizando ruptura brusca e inesperada ainda na fase de tratativas³⁸¹. Caso não leve a cabo a

³⁷⁹ “Finalmente, as meras negociações de um contrato não são, por si mesmas e de princípio, oponíveis a terceiros, no sentido de que a estes, conhecendo-as, resulte o dever de respeitá-las, em termos de não negociar com algumas das partes que estejam em negociação entre si; mesmo os acordos intermédios, sobrevindos no decurso das negociações para a celebração de um contrato, não podem assimilar-se ao contrato mesmo, para o efeito da sua oponibilidade a terceiros: de princípio, terceiros que conheçam tais acordos intermédios não estão adstritos a um dever de respeito, no sentido de não contratar (e não negociar) com qualquer das partes, precisamente porque estas, enquanto de verdadeiros acordos intermédios se trate, também não estarão adstritas a contratar.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 499).

³⁸⁰ “De resto, pode colocar-se e sabemos que já se colocou a questão de saber em que medida a interferência com uma carta de intenções é susceptível de gerar responsabilidade para o terceiro interferente. Ora, é nesta perspectiva que faz sentido levantar a questão aqui: haverá um dever de terceiros se absterem de interferir com as negociações de um contrato? Haverá um dever de terceiros se absterem de interferir com um acordo intermédio? Ou, colocando a questão no enfoque que aqui seguimos, é condição de oponibilidade a terceiros a existência do contrato *qua tale*, não sendo nomeadamente oponíveis a terceiros nem as negociações para a sua celebração nem mesmo acordo intermédios sobrevindos no decurso das negociações?” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 494-495)

³⁸¹ “Na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, não realizando rupturas bruscas e inesperadas nas negociações.” (CARDOSO, op. cit., p. 125). Pode-se associar a ruptura ainda na fase de tratativas, além de à boa-fé objetiva, ao *venire contra factum proprium*, na medida em que há uma contradição entre um comportamento assaz gerador de expectativa de conclusão do contrato e uma alteração abrupta de não mais concluí-lo: “O repúdio ao *venire contra factum proprium*, uma das manifestações do princípio geral da boa-fé, se amolda à característica específica da responsabilidade de que se está tratando, que é a de responsabilizar alguém por ter gerado, com o seu comportamento, uma confiança na parte contrária, de que ela manterá uma determinada linha de conduta, tendente ao estabelecimento do contrato. Posteriormente, a mesma pessoa, sem qualquer justificativa, adota comportamento inteiramente incompatível com o anterior, frustrando a confiança que a parte contrária depositou no estabelecimento do contrato, confiança essa surgida objetivamente, em função do comportamento que vinha sendo por ela adotado.” (PEREIRA, op. cit., p. 300)

conclusão do contrato substancialmente aguardada pelo credor, o devedor pode ser – excepcionalmente, repita-se – responsabilizado civilmente pelos danos causados àquele.

Não se pode olvidar que tal possibilidade de responsabilização provém, como dito, do princípio da boa-fé objetiva³⁸², cuja aplicação não se resume ao momento contratual, mas se estende aos contornos anteriores e posteriores ao negócio jurídico. O terceiro interferente, por sua vez, não está alheio aos ditames impostos pela boa-fé objetiva, especialmente, na fase de negociações preliminares, no que diz respeito aos deveres de informação, lealdade, correção, proteção, cuidado e sigilo³⁸³. No entanto, só violará tais ditames o terceiro que, conhecedor das negociações preliminares estabelecidas, estiver também ciente de que de tais negociações advieram legítimas expectativas geradas ao credor de modo a fazerem-no crer verdadeiramente que o contrato viria a ser celebrado.³⁸⁴

Reconhece-se, pois, a excepcional possibilidade de responsabilidade civil de terceiro interferente quando este celebre com o devedor contrato incompatível com negociações preliminares entre este e o pretense credor, na condição de que ainda em fase de tratativas tenham sido geradas legítimas expectativas no possível credor de que o contrato vindouro seria realmente concluído. Necessário, portanto, para essa hipótese, que o terceiro tenha conhecimento não só da fase de tratativas – o que, por si só, não daria ensejo à responsabilização do terceiro nem mesmo do devedor – mas também das perspectivas legitimamente sustentadas pelo pretense credor de que o as negociações preliminares realizadas junto ao devedor levariam à conclusão do contrato.

2.7 A validade do contrato como condição para a responsabilidade civil do terceiro

³⁸² “Os deveres jurídicos que surgem com o início das negociações contratuais decorrem, todos, da incidência do princípio da boa-fé. Não se encontrará quem conteste o fato de que quem negocia com vistas à formação de uma relação jurídica contratual deve agir de boa-fé.” (Ibid., p. 88)

³⁸³ Ibid., 87-88.

³⁸⁴ “Contudo, quando o acordo intermédio consubstancie um dever e um direito para as partes, cuja consistência dependa de sua projeção sobre terceiros, em termos de carecer de abstenção de estes interferirem juridicamente, não negociando com a parte vinculada, o respectivo acordo será oponível, nessa medida, ao terceiro que o conheça (assim sucederá num acordo de negociação, em que as partes se vinculem a negociar exclusivamente uma com a outra, durante a pendência das negociações entre elas).” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 499)

Como já dito, a presente pesquisa tem seus olhos fitos na ação interventiva de terceiro que celebra com devedor contrato incompatível com o anteriormente pactuado entre este e o respectivo credor de uma obrigação. Nesta esteira, tão importante quanto analisar o contrato ajustado entre devedor e terceiro é perquirir alguns aspectos importantes – e determinantes – do contrato inicialmente concluído entre credor e devedor para, então, saber se haverá cabimento para a responsabilização civil do terceiro interferente.

O primeiro critério específico a ser analisado no contrato inicialmente violado é a sua validade. Com efeito, o questionamento surge no que diz respeito à possibilidade de tutela externa do crédito inobstante o contrato pretensamente violado possua algum vício de validade que o inquine.

A validade do contrato é pressuposto para a produção de efeitos. Tal constatação se infere da clássica ordem escalonada desenvolvida por Pontes de Miranda sobre existência, validade e eficácia. Assim, uma vez inválido o contrato, incapaz será de produzir efeitos entre as partes contratantes. Desse modo, não produzindo efeitos em relação ao devedor, menos ainda o fará o contrato inválido em relação a terceiros.

Conforme desenvolvido no início da pesquisa, a tutela externa do crédito tem arrimo, dentre outros aspectos, na oponibilidade do crédito, na medida em que tal atributo não é mais concebido com exclusividade às situações reais. O crédito, pois, como interesse juridicamente relevante, gera um dever geral de abstenção que se desdobra na restrição à interferência por parte do terceiro que, conhecedor da relação creditória previamente estabelecida, celebra com devedor contrato incompatível.

A invalidade do contrato retirar-lhe-ia, pois, a oponibilidade, de modo que ineficaz em relação ao próprio devedor – o qual não estaria adstrito à obrigação pactuada - também ineficaz em relação ao terceiro³⁸⁵.

Mister, nesse contexto, ver se a distinção entre contratos nulos e anuláveis levaria também a resultados dissonantes quanto à possibilidade de responsabilização do terceiro interferente. Diversamente da nulidade, a anulabilidade é desprovida de interesse público, podendo, inclusive, convaler pela conveniência das partes em a ela não se oporem³⁸⁶. A

³⁸⁵ “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 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. In *Revista de direito privado*. Volume 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 220).

³⁸⁶ “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

razão maior da possibilidade de ineficácia de atos anuláveis é, pois, o atendimento aos interesses particulares das partes³⁸⁷.

A parte que verifica motivo que torne o contrato anulável tem a seu dispor direito potestativo de reclamar o desfazimento do vínculo, devendo procedê-lo dentro do prazo concedido por lei. Assim, até que – e se – arguida a invalidade na modalidade anulabilidade do contrato, está este apto a produzir todos os seus efeitos³⁸⁸, sendo, portanto, dotado de eficácia e merecedor de respeito por parte de terceiros³⁸⁹.

Por certo, se exercido o direito potestativo de anulação do contrato, perderá este sua eficácia, fazendo ceifar, por consequência, o dever geral de abstenção imposto a terceiros³⁹⁰. Não tem acolhida a tutela externa do crédito, pois, em contratos anuláveis cujo direito potestativo de anulação tenha sido exercido.

Doutro modo, caso não invocado o direito potestativo quanto ao contrato anulável e se decorrido o prazo para sua invocação – hipótese em que se convalidará o contrato anulável -, não há razão para se afastar a oponibilidade do pacto em relação a terceiro. Se não mais anulável o contrato e, portanto, perfeitamente oponível ao devedor – a quem cabe dever específico de cumprimento das obrigações assumidas em face do credor -, oponível também o será em face de terceiro – o qual estará adstrito ao dever de abstenção quanto à interferência na relação contratual anteriormente estabelecida.³⁹¹

legislador visa à proteção de interesses privados.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I: Introdução ao direito civil. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 639)

³⁸⁷ “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, op. cit., p. 528)

³⁸⁸ “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.” (TEPEDIVO, Gustavo et. all., op. cit., vol. I, p. 323)

³⁸⁹ “Entendido de modo diverso: Já a oponibilidade de um contrato anulável a terceiros vai depender de quem possui o direito de arguir esta anulabilidade. Se apenas ao credor cabe argui-la, este pode optar por não suscitar a anulabilidade do negócio jurídico, permanecendo incólume o direito de crédito existente, que pode ser oposto a terceiros. Já se a anulabilidade pode ser arguida pelo devedor e este, em conluio com terceiro, não cumpre o contato anulável, o credor não poderá opor este contrato ao terceiro, já que sequer poderia exigir do devedor o cumprimento do contrato.” (BELO, op. cit., p. 11)

³⁹⁰ “A dissipação do dever de abstenção 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.” (LABOURIAU, op. cit., p. 129-130)

³⁹¹ “Bem entendido, se a anulabilidade do contrato não for invocada pelo devedor – o que implicará, por confirmação ou por decurso do prazo, a sua convalidação -, o contrato é eficaz entre as partes e oponível a terceiros, que deverão respeitá-lo.” (SANTOS JÚNIOR., op. cit., p. 489)

2.8 A responsabilidade civil do terceiro por violação da cláusula de exclusividade

“Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei”. Com esse bordão, Zeca Pagodinho anunciava seu retorno à Brahma, em violação à cláusula de exclusividade inserta em contrato firmado com a cervejaria Schincariol para divulgação da cerveja “Nova Schin”. Após intensa disputa judicial e administrativa – com requerimentos apresentados pela Schincariol perante o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – o CONAR proibiu a Brahma de veicular publicidade estrelada por Zeca Pagodinho.

A relação entre as agências publicitárias responsáveis pelas respectivas campanhas também se revelou conflituosa: em ação proposta por Fischer América Comunicação Total Ltda. e All-E Esportes e Entretenimento Ltda. – as quais haviam sido contratadas pela Schincariol para elaboração da campanha publicitária –, África São Paulo Publicidade Ltda. foi condenada ao pagamento de danos materiais e lucros cessantes. Muito embora a decisão tenha reconhecido a existência de ato de concorrência desleal, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça destacou expressamente que “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 coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes. O violador desse dever tem sido denominado ‘terceiro ofensor’ pela doutrina”.³⁹²

³⁹² Confira-se o acórdão: “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

A solução alcançada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reacendeu o debate doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de se responsabilizar o terceiro – portanto, alheio à relação contratual – que colabora com o devedor para o inadimplemento da obrigação previamente pactuada, em prejuízo aos interesses do credor.

Em que pese a alegação de concorrência desleal invocada na análise do caso narrado, o fato é que a celeuma se instaurou, em grande medida, pelo desrespeito a cláusula de exclusividade estabelecida no contrato inicial entre o cantor Zeca Pagodinho e a cervejaria Schincariol. De fato, a violação à cláusula de exclusividade revela-se como substancial hipótese a dar ensejo à responsabilidade civil do terceiro interferente que contribui para que o devedor de situação creditória inicial a viole.

A cláusula de exclusividade é pacto acessório bastante útil em mercados de concorrência, de modo que se configura como “um aspecto particular do fenômeno de integração econômica”³⁹³. Ainda, “encarada pelo prisma obrigacional, a cláusula de exclusividade é instituída para impedir que o devedor firme contrato semelhante com os rivais de seu credor.”³⁹⁴ Com efeito, o interesse do credor só será satisfeito quando, além de cumprir a obrigação ajustada, o devedor respeitar a exclusividade que assumiu caráter determinante para celebração do contrato com o credor. Vê-se, pois, que, *a priori*, é o devedor quem está adstrito à cláusula de exclusividade que pactuara com o credor.

A oponibilidade do contrato não se confunde com a oponibilidade da cláusula específica de exclusividade. A cláusula de exclusividade será oponível ao terceiro quando este, conhecedor do ajuste anterior celebrado entre credor e devedor, também tiver ciência da cláusula de exclusividade do contrato violado. O conhecimento do terceiro, para fins de sua responsabilização civil, depende da ciência da incompatibilidade entre o contrato que celebra com o devedor e o contrato antes celebrado entre este e o credor. Quando a incompatibilidade disser respeito, pois, à hipótese específica de cláusula de exclusividade não se poderá

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, e, parte. (REsp 1316149/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014)

³⁹³ SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. In *Revista de Direito Privado*. Número 13. Volume 4. 2003, p. 252.

³⁹⁴ LABOURIAU, op. cit., p. 108.

prescindir do conhecimento – ou dever de conhecimento - por parte do terceiro interferente quanto à referida cláusula.

O ordenamento pátrio prevê cláusula de exclusividade presumida em contratos de agência, estabelecendo que, contanto que as partes não estabeleçam de outro modo, não é permitido ao proponente constituir mais de um agente na mesma zona geograficamente determinada e com a mesma função nem ao agente assumir incumbências similares para mais de um proponente no mesmo lugar³⁹⁵.

O pacto de exclusividade é, ainda, bastante comum em contratação de atleta profissional, regida pela Lei 9.615/1998. Nos termos do artigo 28, I,³⁹⁶ do referido dispositivo legal, constitui elemento obrigatório do contrato firmado com o atleta profissional a inclusão de cláusula penal compensatória, devida em caso de transferência do atleta para outro clube, durante a vigência da relação contratual. A praxe esportiva demonstra, inclusive, que quem arca com a cláusula penal é o próprio clube contratante – terceiro, portanto, ao contrato inicialmente estabelecido entre o clube anterior e o atleta.³⁹⁷

À parte da análise da conduta do terceiro interferente, é importante considerar, também, o interesse do devedor em estar exposto à violação da cláusula de exclusividade de modo a configurar sua conduta como merecedora de tutela. Um prestador autônomo de serviços sujeito a cláusula de exclusividade pode ser motivado a descumprir ajuste anteriormente estabelecido por serem oferecidas, por terceiro interferente, condições que lhes sejam mais favoráveis. Não se pode olvidar que, neste exemplo, está em jogo também o

³⁹⁵ Assim dispõe o artigo 711 do Código Civil, segundo o qual: 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.

³⁹⁶ Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; [...]

³⁹⁷ A título de exemplo, refira-se ao recente e ainda problemático caso do jogador Diego Souza, que, então jogador do Vasco, celebrou em 2012 contrato com o clube árabe Al-Ittihad. O clube de São Januário é credor do valor de R\$7,5 milhões do clube árabe – *in casu*, o terceiro interferente -. Diante do inadimplemento quanto ao pagamento da cláusula penal, o Vasco remeteu o caso para a Corte Arbitral do Esporte – CAS, maior instância jurídica do esporte, com o intuito de receber do clube árabe o valor – estratosférico, mas nada inédito dentro da seara futebolística – devido. A Corte determinou o pagamento do valor em no máximo trinta dias, o qual não foi, contudo, efetuado. O caso chegou ao Comitê Disciplinar da FIFA – Fédération Internationale de Football Association. (Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/2015/02/al-ittihad-nao-paga-e-vasco-volta-para-fifa-em-cobranca-por-diego-souza.html>. Acesso em 20/01/2017)

direito ao trabalho do prestador de serviços – na qualidade de devedor -, cujo merecimento de tutela tem ostensivo lastro constitucional³⁹⁸.

2.9 A responsabilidade civil do terceiro por violação ao pacto de não concorrência

O pacto de não concorrência tem por desiderato servir de restrição à competição do mercado. Sua análise perpassa, pois, pelo estudo da concorrência desleal. Por certo, a concorrência é salutar ao mercado. A concorrência se mostra desleal a partir do momento em que coloca em perigo a concorrência em si e, então, quando se afasta dos resultados esperados par a concorrência “leal”³⁹⁹. As normas reguladoras de concorrência têm por escopo resguardar a liberdade de concorrer e, ainda, o avivamento do empresário⁴⁰⁰.

A primeira discussão acerca da existência da cláusula implícita ocorreu, no Brasil, no início do século XX, em uma ação proposta pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta em face da Companhia Paulista de Aniagens e do Conde Antônio Álvares Leite Penteadado. A celeuma se instaurou, em suma, pois o Conde Álvares Leite Penteadado alienara seu estabelecimento, então denominado Cia. Nacional de Tecidos de Juta e, tempos após, constituiu nova empresa, denominada Cia. Paulista de Aniagens. Assim, o adquirente da Cia. Nacional de Tecidos de Juta ajuizou ação em face do alienante sob a alegação de que o trespasse do estabelecimento impunha obrigação implícita de não concorrência⁴⁰¹.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, tendo sido reformada no julgamento da apelação, pelo qual foi dado provimento ao recurso proposto pelo adquirente. No entanto, em sede de embargos infringentes, interpostos perante o Supremo Tribunal

³⁹⁸ O direito ao trabalho tem diversas previsões no texto constitucionais, cabendo destaque ao seu enquadramento como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, V, da Constituição Federal), direito fundamental (art. 5º, XIII, da Constituição Federal) e direito social (art. 6º da Constituição Federal).

³⁹⁹ DUTOIT, Bernardo. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 717/1995. Jul, 1995, pp. 7-18, p. 9.

⁴⁰⁰ SILVA, Alberto Luís Camelier da. Concorrência desleal e antitruste: atuais perspectivas no direito brasileiro. In *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 1/2014. Jan-Fev, 2014, pp. 157-167, p. 2. No mesmo sentido: “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 do comércio; ou, mais claramente, a clientela do empresário.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410)

⁴⁰¹ SILVA, op. cit., p. 158-159.

Federal, foi revertida a decisão de segunda instância, sob o argumento de que a limitação à concorrência deveria ter sido expressa.

Atualmente, a redação do artigo 1.147 do Código Civil deixa claro que em trespasse de estabelecimento há vedação à concorrência por parte do alienante nos cinco anos subsequentes à transferência, salvo na hipótese de autorização expressa⁴⁰².

Assim como a cláusula de exclusividade, a cláusula de não concorrência tem por escopo a manutenção do conteúdo econômico do contrato, de modo a impedir que, em um ambiente concorrencial, seja perpretada concorrência deletéria a ponto de cooptar a clientela⁴⁰³.

Em virtude dos abusos que o excesso irrefletido de cláusulas de concorrência pode ocasionar a um mercado concorrencial efervecido, a doutrina especializada na análise da malha concorrencial estabeleceu alguns limites à instituição da cláusula de não-concorrência.⁴⁰⁴ A legitimidade da cláusula de não-concorrência deve passar pelo filtro proposto pelos requisitos elencados, sob pena de inoponibilidade perante terceiro que contribui para que o devedor descumpra a referida cláusula. Por certo, a violação a cláusula contratual que não atende aos ditames explanados pelo contexto de seu âmbito de atuação não pode ser ponto de partida à responsabilização civil do terceiro interferente que leva o devedor a descumpri-la.

A primeira restrição à cláusula de não concorrência diz respeito ao prazo pelo qual pode perdurar a cláusula, o qual, embora não possa ser estabelecido de modo taxativo e aplicado indiscriminadamente a todos os ramos do mercado, deve ser coerente com o escopo contratual delineado pelas partes e, ainda, não pode servir de meio apto a obstaculizar a liberdade contratual.⁴⁰⁵

⁴⁰²Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

⁴⁰³ LABOURIAU, op. cit., p. 110.

⁴⁰⁴ Os limites são mencionados por Rubens Requião (Id., p. 421), a partir do estudo com base em Georges Ripert: “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.”

⁴⁰⁵ “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, op. cit., p. 126)

A cláusula de não-concorrência deve estar, também, circunscrita à zona territorial em que é desenvolvida a atividade em questão.⁴⁰⁶ Como se verá, um dos requisitos à responsabilização do terceiro que celebra contrato incompatível com o devedor de relação preexistente é o conhecimento prévio do crédito previamente estabelecido. Em que pese o questionamento acerca da distinção entre “conhecer” e “dever conhecer” (objeto de análise no item 2.2.5.), não se pode olvidar que ao terceiro completamente alheio, em termos geográficos, à realidade mercadológica onde foi celebrado o contrato anterior incompatível não pode ser imputada responsabilização civil pelos danos ocasionados ao credor.

A cláusula em análise deve ser, ainda, limitada aos contornos da atividade desenvolvida pelo credor. A especialidade da atividade é determinante para o estabelecimento da cláusula de não-concorrência, eis que a abstenção por esta imposta deve recair apenas ao ramo praticado pela atividade empresarial⁴⁰⁷.

A análise da cláusula de não-concorrência, assim como a da cláusula de exclusividade, enquanto requisito específico à responsabilização civil do terceiro interferente perpassa, necessariamente, pelo conhecimento do terceiro acerca da cláusula. Com efeito, pode-se aduzir que só será responsabilizado o terceiro que conhecia – ou devia conhecer (conforme item 2.2.5) – a cláusula de não-concorrência previamente ajustada entre credor e devedor. Inobstante, o problema não se resolve unicamente nesse ponto. É necessário revisitar a ponderação entre liberdade e solidariedade (analisada no item 1.4) para a deflagração da responsabilização do terceiro interferente que, deliberadamente, viola pacto de não-concorrência do qual emerge incompatibilidade entre o contrato celebrado entre ele e o devedor e o contrato previamente estabelecido entre credor e devedor.

2.10 A responsabilidade civil do terceiro nos contratos em que há direito potestativo de livre denunciabilidade pelo devedor

⁴⁰⁶ 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. (Ibid., p. 117)

⁴⁰⁷ Ibid., p. 127.

A discussão acerca da responsabilidade civil do terceiro interferente que celebra com o devedor contrato incompatível depara-se com a interessante questão quando o contrato inicialmente ajustado entre o devedor e credor for dotado de precariedade em virtude da estipulação de livre denunciabilidade⁴⁰⁸ por parte do devedor.

A denúncia é um dos meios pelos quais pode se operar a rescisão unilateral⁴⁰⁹, forma de extinção contratual que reserva ao alvedrio de uma das partes a opção de desfazer o vínculo, contanto que parta de previsão legal ou contratual. Com efeito, a uma das partes contratuais é reservado o direito de pôr fim ao pacto, independentemente de motivação, por simples manifestação unilateral de vontade⁴¹⁰.

O contrato em que tenha sido estipulada a referida cláusula é plenamente válido e eficaz enquanto não exercido o direito do devedor em proceder à denúncia do negócio jurídico. Exercida, então, a denúncia por parte do devedor, nos moldes estipulados entre ele e o credor, não haverá que se falar em interferência deletéria, nem tampouco em responsabilização civil do terceiro, ainda que este tenha contribuído para a motivação do devedor⁴¹¹ em exercer seu direito potestativo⁴¹² de denúncia⁴¹³⁻⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ “A livre denunciabilidade é hipótese cada vez mais comum nos contratos contemporâneos: O novo know-how em oferta parece sob medida para os contratos comerciais. São contratos tipo toma-lá-dá-cá, de entrega contra entrega, e também com prazo fixo, renováveis sob condição de uma reavaliação satisfatória, ou totalmente em aberto, passíveis de denúncia por qualquer das partes se um terceiro concorrente oferecer produto mais atraente ou fizer a entrega a custo mais baixo.” (BAUMAN, op. cit., p. 73)

⁴⁰⁹ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa 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 efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

⁴¹⁰ “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, et. all. op. cit., p. 116)

⁴¹¹ “A rescisão 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.” (LABOURIAU, op. cit., p. 125)

⁴¹² “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, op. cit., p. 200-201). Ainda: “A situação subjetiva ativa definida direito potestativo atribui ao seu titular o poder de provocar unilateralmente uma vicissitude jurídica desfavorável para outro sujeito. Por isso, o direito potestativo é chamado também de poder formativo: o seu titular pode, sozinho, constituir, modificar ou extinguir uma situação, apesar de isso significar invasão da esfera jurídica de outro sujeito que não pode evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 685) Ainda: “Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. Corresponde-lhes a sujeição, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito

Por outro lado, a atuação interferente do terceiro enquanto não exercido o direito potestativo do devedor poderia, à primeira vista, enquadrar-se como lesão ao direito de crédito. Porém, se ao vínculo contratual entre devedor e terceiro se suceder a denúncia do devedor sem desrespeito ao prazo porventura estipulado e, ainda, sem geração de danos ao credor? Nessa hipótese, haveria que se falar em responsabilização do terceiro interferente que, sabedor do contrato incompatível anteriormente existente entre credor e devedor, celebrou contrato com o devedor ciente, também, de que este procederia à denúncia em face do credor? Não parece, neste caso, ter havido qualquer violação à boa-fé objetiva nem tampouco ato abusivo por parte do terceiro nem do devedor. A atuação do terceiro configuraria, no máximo, a motivação do devedor em denunciar ao contrato, motivação esta irrelevante ao deslinde da relação pretérita, dada a livre denunciabilidade pelo devedor.⁴¹⁵

do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações afecta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido.”(MOTA PINTO, op. cit., p. 183)

⁴¹³“Contudo, se o terceiro persuadir ou induzir o devedor a denunciar o contrato denunciável, mas não interferir com o cumprimento dele, nomeadamente, apenas celebrando posteriormente com o devedor o contrato que seria incompatível com o cumprimento do anterior ou apenas começando a executar o contrato incompatível celebrado entre ele e o devedor quando haja cessado o anterior, parece que em nenhuma responsabilidade pode o terceiro incorrer perante o credor. Este, sendo credo da obrigação considerada, não tem qualquer direito quanto à questão da denúncia (salvo quanto ao prazo de pré-aviso), pelo que o dever de o terceiro abster-se de interferir com o direito de denúncia não se põe relativamente a ele, mas apenas em relação ao titular deste direito (devedor na obrigação em causa). O convencimento deste a denunciar o contato anterior, obviamente não constitui incumprimento de tal dever, não há desrespeito pelo direito.” (SANTOS JÚNIOR., op. cit., p. 491-492).

⁴¹⁴ “Podemos, pois, concluir: enquanto em vigor, o contrato livremente denunciável é oponível a terceiros. Mas o terceiro, que persuade 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.” (SANTOS JÚNIOR., op. cit., p. 493) Em sentido semelhante: “Como vimos, não haverá ato ilícito se o terceiro pela sua conduta induzir o devedor apenas a denunciar o contrato com prazo indeterminado. Se, entretanto, o terceiro induzir o devedor ao descumprimento contratual, por exemplo, impedindo que o mesmo cumpra o aviso prévio devido, o terceiro poderá ser responsabilizado por violação do direito de crédito alheio. Qualquer conduta que leve o devedor a não cumprir em dever é considerada uma interferência indevida ao direito de crédito.” (EMILIA, op. cit., p. 11)

⁴¹⁵ Diversamente, Santos Júnior (op. cit., p. 491) afirma tem acolhida a responsabilidade civil do terceiro quando este celebre e comece a executar contrato com o devedor antes que se proceda à denúncia no pacto anterior: “Assim, se o devedor e terceiro celebrarem (e começarem a executar) um contrato incompatível com o contrato livremente denunciável, sem que este haja sido denunciado e cessado, o terceiro, verificando-se os pressupostos da responsabilidade civil, será responsável perante o credor. Tudo, porque devia abster-se de interferir com tal contrato, enquanto, naturalmente, ele seja eficaz”.

2 CONSEQUÊNCIAS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO TERCEIRO INTERFERENTE

3.1 Responsabilidade solidária entre devedor e terceiro

Admitida a possibilidade de que o terceiro interferente e o devedor devam responder perante o credor pela violação do crédito, cabe indagar se a responsabilidade entre aqueles teria natureza solidária.

O artigo 265 do Código Civil dispõe que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.” Pode-se admitir, na hipótese em análise, a solidariedade legal. Tendo sido o crédito lesado por terceiro e devedor, estabelece-se o nexo de causalidade entre a conduta destes e o inadimplemento contratual.

Nos termos do artigo 942 do Código Civil, os coautores de uma ofensa respondem solidariamente pela reparação do dano causado. Muito embora o dispositivo tenha sido previsto expressamente para as hipóteses de responsabilidade aquiliana, mostra-se aplicável também quando haja cumulação de responsabilidade contratual e extracontratual, especialmente à luz da disciplina unitária de reparação civil presente no ordenamento pátrio. Não se estaria, portanto, diante de presunção de solidariedade entre devedor e terceiro interferente – a qual é vedada pelo artigo 265 do Código Civil –, mas de solidariedade legal.

Isso porque terceiro e devedor figuram, ambos, como responsáveis pela violação do crédito: um – o devedor – por não realizar a prestação e outro – o terceiro interferente – por celebrar com o devedor contrato incompatível com o celebrado anteriormente entre este e o credor.⁴¹⁶

Dito diversamente, devedor e terceiro podem ser compreendidos como coautores da lesão do direito de crédito alheio⁴¹⁷, pela qual respondem solidariamente, dado o nexo de causalidade existente entre a conduta de ambos e o dano causado ao credor.⁴¹⁸

3.2 A utilização da cláusula penal como parâmetro à condenação do terceiro

⁴¹⁶ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 555.

⁴¹⁷ “Tal doutrina acreditava encontrar apoio na jurisprudência. Ela se fundou nas decisões que admitiam que o principal autor da quebra de contrato e seu cúmplice são solidariamente responsáveis; ela notou que a solidariedade, ou mais precisamente a obrigação solidaria, não existe de pleno direito entre os co-autores de um delito e não de uma violação do contrato. Mas ela comete um erro. A obrigação solidária é justificada neste caso, sem que os dois co-autores sejam delitualmente responsáveis. Apesar de ser contratualmente responsável, o devedor que não cumprir a sua obrigação não é menos realizado para todos, como ele prometeu tudo: ninguém discorda que ele, o credor, vítima da inexecução, tenha lidado com este único devedor. Quanto ao terceiro, cúmplice da inexecução, que é realizado delitualmente, ele também entra no jogo e regras em vigor do delito, sendo solidariamente responsável pelo todo.” (MAZEAUD, op. cit., p. 154). Em tradução livre. No original: *“Pareille doctrine croit trouver un appui dans la jurisprudence. Elle se fonde sur les décisions qui admettent que l’auteur principal de l’inexécution du contrat et son complice sont solidairement responsables; elle fait remarquer que la solidarité, ou plus exactement l’obligation in solidum, n’existe de plein droit qu’entre les coauteurs d’une faute délictuelle et non d’une faute contractuelle. Mais elle commet ainsi une erreur. L’obligation in solidum est justifiée en l’espèce, sans que les deux coauteurs soient délictuellement responsables. Bien qu’il soit responsable contractuellement, le débiteur, qui n’a pas exécuté son obligation, n’en est pas moins tenu pour le tout, car il a promis le tout: personne ne s’est engagé avec lui; le créancier, victime de l’inexécution, n’a traité qu’avec ce seul débiteur. Quant au tiers, complice de l’inexécution, puisqu’il est tenu délictuellement, il est, lui aussi par le jeu des règles en vigueur en matière délictuelle, responsable in solidum pour le tout.”*

⁴¹⁸ “Sendo assim, devedor e terceiro serão ambos responsáveis pela lesão do crédito, daí decorrendo obrigação subjetivamente complexa de reparar os prejuízos causados pelo 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, in verbis: ‘São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.’” (BANDEIRA, op. cit., p. 114).

No que atine ao valor da indenização, apesar de se reconhecer ser a responsabilidade civil do terceiro interferente extracontratual, poderia se indagar se a cláusula penal, estabelecida entre credor e devedor no contrato preexistente, poderia servir de parâmetro ao *quantum debeatur* devido pelo terceiro.

A cláusula penal é um valor preestabelecido para pagamento, em caso de inadimplemento de uma obrigação, sendo também chamada de pena convencional e, principalmente nos contratos consumeristas, de multa⁴¹⁹. Diz-se regra de natureza negocial, pois, embora geralmente aposta em contratos, é lícita sua inserção também em negócios jurídicos unilaterais, como a promessa de recompensa e o testamento⁴²⁰.

No Brasil, tem-se como espécies a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória. A primeira não pode ser cumulada com a indenização, substituindo-a. A segunda, prevista no art. 411 do Código Civil⁴²¹, é um instrumento para o credor perseguir a execução específica da obrigação e pode ser cumulada com a indenização⁴²²⁻⁴²³.

Como decorrência da mitigação da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual⁴²⁴, poderia se sustentar a adoção da cláusula penal como limite à indenização

⁴¹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 233-234.

⁴²⁰ Ibid. p. 233-234.

⁴²¹ Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

⁴²² Acerca da cláusula penal, António Pinto Monteiro assevera que: “A lei considera como cláusula penal toda e qualquer *liquidação antecipada do dano*, desde que seja feita em termos invariáveis. Assim, a cláusula penal não foi concebida como instituto destinado a *reforçar* a posição do credor, antes como figura que pode aproveitar *a qualquer* dos contraentes, dado o carácter *aleatório* inerente a uma liquidação antecipada (...). Numa palavra, sempre que se *predetermine* o quantitativo da indemnização de modo fixo, estaremos perante uma cláusula penal, *sem que o escopo concretamente prosseguido pelas partes tenha qualquer relevância para a qualificação da figura*”. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 581)

⁴²³ Acerca da função da cláusula penal no Brasil, destaca-se a dissertação desenvolvida por Vivianne da Silveira Abílio (*Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014), a qual se propõe a investigar a cláusula penal em seu aspecto e em consonância à perspectiva civil-constitucional.

⁴²⁴ “A aproximação entre as responsabilidades contratual e extracontratual revela-se importante quando se torna possível, e algumas vezes necessário, aplicar a um segmento jurídico o tratamento jurídico previsto para o outro. Por isso, pode-se afirmar que “o reconhecimento da ‘contratualidade’ não serve para impor, automaticamente, a aplicação de todas as normas previstas para a responsabilidade contratual, como se fosse o encastelamento em um núcleo de normas isolado do restante do sistema”.” (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*. Vol. 50. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2012. p. 236)

devida pelo terceiro ao credor, como forma de evitar que o terceiro pague indenização de montante superior ao devido pelo devedor do contrato inicial. Nessa esteira, a questão que se põe diz respeito à possibilidade de ao terceiro ser aplicado pacto de cuja formulação não fez parte, tendo a indenização por ele devida limitada ao valor da cláusula penal, de modo a se mitigar, em esfera extracontratual, o princípio da reparação integral.

No que tange aos critérios de arbitramento do dano na hipótese de responsabilidade extracontratual, o ordenamento jurídico pátrio fornece parâmetros acerca do dano a ser reparado que poderiam ser utilizados na fixação do valor devido pelo terceiro interferente. Do *caput* do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”, infere-se que, uma vez verificado o dano em virtude dos prejuízos sofridos pelo credor de relação jurídica original na qual o terceiro interveio, caberá a este, juntamente com o devedor, responder pela medida dos danos causados ao credor.

Por certo, os danos causados no contexto de relações contratuais previamente estabelecidas entre vítima e causador do dano podem ser de natureza patrimonial ou moral⁴²⁵. Sem, evidentemente, qualquer subestima ao dano moral, este estudo manterá seu enfoque nos danos patrimoniais. Acerca destes, o Código Civil dispõe, em seu artigo 402, que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” Desse modo, importante é, para a mensuração do dano, a análise do montante que a vítima do evento danoso – na hipótese em estudo, o credor da relação originária – efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Caberia menção ao artigo 608 do Código Civil, o qual prevê que o aliciante de prestador de serviço que já tenha assinado contrato escrito deverá pagar ao dono do serviço – portanto, credor da relação originária em relação à obrigação de execução do serviço – o valor que este pagaria ao prestador do serviço durante dois anos de vigência contratual a título de perdas e danos.

Poderia ser aventada a possibilidade de vocação expansiva do critério apontado pelo referido artigo a outras hipóteses contratuais em que o terceiro tenha intervindo na avença de modo a levar ao inadimplemento do devedor. Há, contudo, ao menos dois aspectos relevantes a serem observados: o artigo prevê a responsabilidade exclusivamente do terceiro – e não

⁴²⁵ Acerca da possibilidade de ocorrência de dano moral contratual, ver, por todos, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (*Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual*. 257 p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro).

deste juntamente com o devedor – e, além disso, há exigência de que o contrato primitivo tenha sido por escrito⁴²⁶.

Outra hipótese legal de prefixação das perdas e danos decorrentes da interferência do terceiro no contrato é prevista no artigo 28, I, a, da Lei 9.615/1998, lei que, denominada de “Lei Pelé”, institui normas acerca de práticas esportivas. Nos termos do referido dispositivo, constitui elemento obrigatório do contrato firmado com o atleta profissional a inclusão de cláusula penal compensatória, devida em caso de transferência do atleta para outro clube, durante a vigência da relação contratual.

Cabe destacar, ainda, o artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial, que prevê critérios para a quantificação dos lucros cessantes aplicáveis às hipóteses de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal.⁴²⁷

A análise da possibilidade de a cláusula penal, ajustada previamente entre credor e devedor, servir de parâmetro à fixação do valor devido pelo terceiro perpassa, necessariamente, pela dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual⁴²⁸. Porém, a peculiar simbiose entre responsabilidade contratual e extracontratual presente na hipótese de

⁴²⁶ A exigência de forma escrita do contrato de prestação de serviço teria, porém, seu ponto de encontro com a responsabilidade civil do terceiro interferente em outros tipos contratuais na medida em que a forma escrita traduziria, em alguma medida, a necessidade de conhecimento prévio da contratação anterior incompatível. Com efeito, embora com estrutura rígida e dirigida especificamente a uma espécie contratual, a exigência de forma escrita para contrato de prestação de serviço está a revelar a mesma função que a necessidade de conhecimento prévio por parte do terceiro para fins de sua responsabilização.

⁴²⁷ Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

⁴²⁸ Após profusão inicial da corrente dualista da responsabilidade civil, que teve como importante precursor Ch. Saintelete, em 1884 (autor este mencionado por SANTOS JUNIOR, op. cit., p. 203-204), convivendo com uma ainda incipiente corrente unitária da responsabilidade civil (proposta por J. Granmoulin, em 1982), tem-se, hoje, tendência cada vez mais forte em se estudar a responsabilidade civil de maneira unitária. Santos Junior (op. cit., p. 205-206), ao tratar da distinção entre os regimes de responsabilidade civil diante da responsabilização do terceiro interferente, afirma que “Assim sendo, logicamente, há elementos de unidade entre uma e outra, entre a responsabilidade contratual e a aquiliana: em ambas, o dano e a necessidade de sua reparação constituem factores de unidade; em ambas, é sempre um dever que é inobservado, seja o dever de prestar seja um dever geral de não interferir com o direito alheio; enfim, em ambas, a censuralidade da conduta lesiva justifica a obrigação de indenizar. Naturalmente, a preexistência de uma relação entre credor e devedor pode repercutir-se e repercute-se no regime de responsabilidade civil contratual, que é a responsabilidade em que incorre o devedor inadimplente, pelos prejuízos ou danos decorrentes do incumprimento; como o facto de uma tal relação – entre o lesante e o lesado – não preexistir na responsabilidade aquiliana poderá marcar e marca algo diferenciadamente o regime desta em relação ao daquela. Mas não há, a nosso ver, uma diferença essencial de natureza entre a responsabilidade civil contratual e a aquiliana.” Ainda, Menezes Leitão (apud ABÍLIO, op. cit., p. 38) defende a natureza de pré-fixação das perdas e danos da cláusula penal, afirmando que “chama-se cláusula penal a convenção através da qual as partes fixam o montante da indemnização a pagar em caso de eventual inexecução do contrato. Trata-se, como se vê, de uma liquidação convencional e antecipada dos prejuízos”.

violação de crédito por terceiro traz desafios quanto à disparidade entre o parâmetro de valor devido pelo terceiro, com base nas normas pertinentes à responsabilidade extracontratual, e o parâmetro do valor devido pelo devedor quando há prévia estipulação contratual de cláusula penal.

A cláusula penal compensatória é cláusula acessória de cuja estipulação o terceiro não participou e à qual, conseqüentemente, ele não estaria vinculado, por não ser parte contratual. Ocorre que a atuação do terceiro interferente por meio da celebração com o devedor de contrato incompatível revela-se, conforme já dito, como decisiva ao inadimplemento contratual.

É possível, embora aparentemente incoerente, afirmar que o terceiro, mesmo não sendo parte, é diretamente responsável pelo inadimplemento contratual percebido pelo credor. A aparente incoerência desaparece na medida em que se verifica que a violação do terceiro de um dever geral e também específico – eis que conhecedor do contrato anteriormente celebrado entre credor e devedor – de abstenção acarretou um inadimplemento sofrido no bojo da relação contratual. Embora não tenha participado nem do contrato nem da estipulação da cláusula penal, o terceiro participou ativamente do inadimplemento contratual.

Por ser estipulada justamente em virtude do inadimplemento contratual propriamente dito, a cláusula penal em sua acepção compensatória pode, sim, servir de parâmetro ao valor devido pelo terceiro interferente, posto que solidariamente responsável com o devedor pelo dano provocado ao credor, dano este correspondente ao próprio inadimplemento contratual e conseqüente a celebração de contrato incompatível de que é parte o terceiro.

3.3 A cláusula penal como limite à responsabilização solidária entre devedor e terceiro

Permanece-se apontando para a circunstância da estipulação da cláusula penal quando esta se tratar de cláusula penal de fixação antecipada de indenização (e não de cláusula penal *stricto sensu*)⁴²⁹. Nessa hipótese, a cláusula penal fora fixada pelo credor e devedor do

⁴²⁹ Orlando Gomes (*Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17ª edição, p. 190), defensor da função de pré-liquidação de danos da cláusula penal, afirma, quanto a esta cláusula, que “sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação por 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.” Em sentido semelhante, Robert Joseph Pothier (apud ABÍLIO, op. cit., p. 38) afirma que a cláusula penal “é estipulada com a intenção de indenizar o credor pela inexecução da

contrato pré-existente para fins de antecipar os valores devidos em caso de inadimplemento contratual⁴³⁰.

Não se pode ignorar o fato de que, condicionando-se o valor da indenização devida pelo terceiro interferente aos limites da cláusula penal, o terceiro seria impingido a pagar um valor estipulado contratualmente de cuja negociação não participou. Tal hipótese poderia, então, retratar a face inversa da oponibilidade do contrato. Na mesma medida em que o terceiro influi prejudicialmente em contrato preexistente, a cláusula penal dessa mesma avença pode surpreender o terceiro ao forçá-lo a pagar valor significativo a despeito de não ter participado de sua negociação.

Por outro lado, seria clara a hipótese de benefício do terceiro ao ser obrigado ao pagamento da cláusula penal quando o valor determinado por esta fosse inferior ao valor do dano efetivamente experimentado pelo credor. Poder-se-ia aventar, ainda, óbice à aplicação da cláusula penal como parâmetro à responsabilidade do terceiro interferente por, em certa medida, preservar o direito deste de não se comprometer por obrigação estabelecida em contrato de que não participou.

A aplicação da cláusula penal só tem cabimento no descumprimento do contrato a que deu causa um dos contratantes. Tendo sido o inadimplemento ocasionado por um terceiro, cuja responsabilidade é extracontratual⁴³¹, seria aparentemente adequado que a apuração do dano por este provocado ocorra com base nos critérios de fixação do *quantum debeatur* relativos à responsabilidade extracontratual. Isso porque afastar o parâmetro da extensão do

obrigação principal; é uma compensação, portanto, por perdas e danos sofridos pela inexecução da obrigação principal”.

⁴³⁰ “Constituindo a cláusula penal uma forma de liquidação prévia do dano, segundo a estimativa dos próprios contraentes, superam-se assim dificuldades e incertezas várias, mormente de prova do dano e da sua extensão. Com efeito, em circunstâncias normais, e na ausência de qualquer cláusula penal, o credor que pretenda ser indenizado dos prejuízos resultantes da violação do contrato terá de fazer prova, através da acção judicial competente, dos prejuízos sofridos. Existindo uma cláusula penal, contudo, o credor deixa de fazer essa prova, sendo o montante da indemnização aquele em que as partes tiverem previamente acordado. Supera-se, assim, com a estipulação de uma cláusula penal, a incerteza dos contraentes quanto à avaliação judicial da indemnização, conhecendo-se de antemão as consequências que advirão de um incumprimento do contrato e evitando-se litígios judiciais sobre o montante do dano.” (MOTA PINTO, op. cit., p. 590)

⁴³¹ “Quanto ao devedor inadimplente, a sua responsabilidade está certamente fora de dúvida, como responsabilidade contratual (pela inexecução do negócio jurídico). Quanto ao terceiro <<comp participante>>, é claro que ele não responderá propriamente pela inexecução do negócio (que o não vinculava a ele, como *res inter alios*), mas pode responder em virtude da acção ilícita que praticou ao colaborar cientemente na lesão do direito do credor. Quer isto dizer que a responsabilidade do terceiro só como responsabilidade delitual pode classificar-se. E para que ela exista *in concreto*, nada mais se requer além da verificação dos seus pressupostos ou requisitos gerais.” (CORREIA, op. cit., p. 38)

dano e adotar critério exclusivamente de cláusula contratual em cediça hipótese de responsabilidade extracontratual poderia implicar desarmonia sistemática.

Da cláusula penal de fixação antecipada de indenização emerge questionamento acerca do valor a que seria obrigado o terceiro: a indenização devida por este e pelo devedor seria fixada nos exatos termos da extensão do dano ou, então, poderá ter por parâmetro a cláusula penal?

Santos Júnior defende que se o terceiro, estranho ao contrato, não participou da estipulação da cláusula penal, não poderia esta cláusula ter eficácia em relação a ele, de modo a vinculá-lo a uma prestação indenizatória que não contratou. Admitida essa impossibilidade de ineficácia da cláusula penal em relação ao terceiro, por potencialmente prejudicial a ele (ou, por outro lado, ao credor, como já dito), necessário seria manter a coerência dessa ineficácia de modo que a cláusula penal também não poderá servir de limite à indenização devida pelo terceiro, hipótese esta que poderia beneficiá-lo.⁴³²

O autor sustenta que a diferença entre o montante da cláusula penal e o valor da indenização referente ao dano efetivamente sofrido pelo credor pode ser apreciada em dois cenários distintos: ou o valor do dano é superior ao da cláusula penal ou, doutro modo, o valor da cláusula penal anteriormente estabelecida vai além do montante do dano percebido pelo credor.

Na hipótese de a cláusula penal ter sido fixada em valor superior ao dano efetivamente percebido pelo credor, esta cláusula, embora não possa servir de parâmetro para a fixação do valor do dano, pode servir de critério ao limite para a responsabilização solidária do devedor. Assim, se o prejuízo for superior ao valor estipulado na cláusula penal, devedor e terceiro interferente serão solidariamente responsáveis até o limite da cláusula penal, respondendo pelo excedente apenas o terceiro⁴³³. Se, ao contrário, o prejuízo pelo credor estiver aquém do valor da cláusula penal, devedor e terceiro interferente serão solidariamente responsáveis até o limite do valor atribuído ao dano efetivamente sofrido. Pelo excedente – isto é, a diferença entre a quantia da cláusula penal e o valor do prejuízo – responderá apenas o devedor, por ser

⁴³² “Em termos dogmáticos e juspositivos, pela simples razão de que, aqui sim, 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 m 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. De resto e em consonância, a responsabilidade do terceiro é aquiliana, e não contratual, como a do devedor.” (SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 561).

⁴³³ Ibid., p. 561.

o único responsável pelo dano que se obrigara previamente à cláusula penal de prefixação de indenização.⁴³⁴

A apuração apartada - e por meio de critérios diferenciados - do dano para fins de determinação do *quantum debeatur* atribuível especificamente ao terceiro seria, porém, incoerente à atuação conjunta de devedor e terceiro ao inadimplemento e à conseguinte responsabilidade solidária de ambos enquanto co-autores do descumprimento contratual. A dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual esmorece diante da constatação de que devedor e terceiro são, ambos, responsáveis pelo inadimplemento. Embora não seja parte contratual, o terceiro interferente é curial ao inadimplemento provocado pelo devedor.

Seguindo essa linha, perde sentido a disparidade de parâmetros ao cálculo do valor devido ao credor pelo qual são solidários devedor e terceiro. A verificação do dever de indenizar – *an debeatur* – perpassará pela análise do dano – isto é, lesão a bem jurídico – experimentado pelo credor em virtude do inadimplemento. Se, porém, previamente estabelecido valor a título de cláusula penal compensatória entre credor e devedor, tal montante poderá servir de parâmetro, também, ao *quantum debeatur* devido pelo devedor e também pelo terceiro interferente.

A admissão de que o terceiro é responsável pelo descumprimento contratual é apta a inseri-lo no bojo da relação obrigacional para cujo descumprimento contribuiu. Nesta toada, admitir que o valor devido pelo terceiro ao credor poderia seguir os ditames já determinados na cláusula penal seria apenas um desdobramento coerente ao enquadramento do terceiro como solidariamente responsável pelo inadimplemento contratual.

3.4 Execução específica

Pode ser passível de indagação a possibilidade de o credor requerer a execução específica da obrigação violada pelo devedor com a participação do terceiro interferente, com

⁴³⁴ “Assim, se o montante dos prejuízos exceder a cláusula penal, o devedor e o terceiro são solidariamente responsáveis até o 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 o limite do valor efectivo dos prejuízos; para além dele, até ao montante definido na cláusula penal, apenas o devedor responderá, individualmente.” (Ibid., p. 561-562).

o necessário desfazimento dos atos posteriormente praticados que se mostrarem incompatíveis com o contrato preestabelecido.⁴³⁵⁻⁴³⁶

No ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio da primazia da execução específica das obrigações, restando a conversão em perdas e danos como hipótese secundária, à qual o credor recorrerá quando não possuir mais interesse útil na prestação principal⁴³⁷. A aplicação do aludido princípio conduziria, portanto, à possibilidade de se requerer a execução específica do contrato preexistente, ainda que isso importasse em afronta a eventual contrato firmado com o terceiro interferente, cujas cláusulas se revelassem incompatíveis com o pacto anterior.

A nulidade ou, ainda, a inoponibilidade do contrato celebrado com o terceiro interferente – uma vez que incompatível com a obrigação anterior – é admitida na experiência francesa, sendo defendida, ainda, a ineficácia do contrato celebrado entre devedor e terceiro perante o credor original⁴³⁸. Isso porque a jurisprudência francesa construiu a tutela externa

⁴³⁵ “Já vimos que o terceiro e o devedor, quando houver a participação deste, deverão ser responsabilizados frente ao credor pela violação do direito de crédito. Violado este, questiona-se se o credor poderá ingressar com uma execução específica do contrato, com base no entendimento de que o negócio jurídico violador do direito de crédito não produz efeitos em relação a ele, ou se poderá o credor requerer apenas indenização por perdas e danos.” (EMILIA, op. cit., p. 14)

⁴³⁶ “Ora, o mais eficaz meio de reparar o dano é negar eficácia ao ato jurídico praticado pelo devedor e pelo terceiro, partícipe da fraude, sempre que se possa, desta forma, recorrer à execução específica do contrato anterior, restaurando integralmente os seus efeitos jurídicos. (Otavio, op. cit., p. 9). O autor defende a primazia da execução específica, em grande medida, por associar a análise da responsabilidade do terceiro interferente à fraude contra credores. Assim, prossegue: “Desta forma a fraude terá, como efeito, a sua própria ineficácia e a regra obrigatória frustrada será aplicada, a despeito do ato fraudulento. A sanção contra a fraude não constituirá apenas uma proteção da vítima, mas será, além da punição mais severa contra os fraudadores, a restauração do império da lei, a defesa da ordem legal.” (OTAVIO, op. cit., p. 9)

⁴³⁷ “Em contrapartida, não se pode aceitar a tese, também defendida por Giorgianni, que associa a *tutela específica* aos direitos reais e a *tutela genérica* aos direitos pessoais. Tal afirmação desconhece a profunda evolução das técnicas judiciais de tutela dos direitos patrimoniais ocorrida ao longo do século XX. Se é verdade que, no passado, a condenação do devedor inadimplente ao pagamento de perdas e danos já representou o principal remédio processual colocado à disposição do credor, certo é que, hoje, ante o extraordinário desenvolvimento dos meios de tutela específica das obrigações de entregar, fazer e não fazer, tal solução desempenha função apenas secundária. Pode-se afirmar que, no direito vigente, a tutela judicial capaz de proporcionar o resultado útil que satisfaz o interesse do titular do direito se mostra sempre preferível à tutela genérica, que conduz ao ressarcimento do prejuízo sofrido.” (RENTERIA, op. cit., p. 64)

⁴³⁸ “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, p. 343). Ainda: Na doutrina francesa, como vimos, tem-se entendido que, nos tipos de situações enunciadas, poderá ocorrer a nulidade do segundo contrato, isto é, do contrato incompatível realizado entre o devedor e o terceiro “cúmplice”, a nulidade mesma constituindo um modo de reparação em espécie ou por natureza (*réparation en nature*), a que poderá seguir-se a satisfação do direito do credor, por intervenção judicial. (SANTOS JÚNIOR, p. 563-564).

do crédito com inspiração no instituto de fraude contra credores, aproximando-a do conceito de *consilium fraudis*. Nesse contexto, admitia-se a propositura de ação pauliana, ainda que solvente o devedor. Para tanto, argumentava-se que a insolvabilidade seria apreciada em relação à prestação especialmente prometida, tornada impossível por conta da atuação conjunta do terceiro interferente.

Em sentido diverso – mas alcançando resultado semelhante – poderia se aventar que o contrato celebrado com o terceiro seria nulo por motivo ilícito, hipótese que se coadunaria ao inciso III do artigo 166 do Código Civil⁴³⁹. Nesse caso, a declaração de nulidade do negócio jurídico celebrado com o terceiro acabaria, por via transversa, propiciando a execução específica do contrato firmado com o credor original.

Na experiência brasileira, Alvino Lima defendia a extensão da ação pauliana às hipóteses de tutela externa do crédito, afirmando que a insolvabilidade só é requisito da ação pauliana porque dela decorre a impossibilidade de satisfação do crédito, sobre a qual recairia o foco do instituto. Assim, uma vez impossibilitado o cumprimento da obrigação por intervenção de terceiro, admitir-se-ia o manejo da ação pauliana, de modo a assegurar a preservação do crédito e o adimplemento da obrigação⁴⁴⁰.

A tese defendida, no entanto, padece de alguns equívocos conceituais, esbarrando na distinção entre requisitos e finalidades de ambos os institutos. Se na fraude contra credores tutela-se a solvabilidade do devedor na tutela externa do crédito inibe-se a atuação do terceiro interferente que viola os princípios de solidariedade social e livre concorrência entabulados na Constituição Federal.

A execução específica poderia esbarrar, ainda, na eficácia real de que não são dotados os direitos de crédito. Os direitos de crédito não detêm publicidade, exceto os direitos de crédito dotados de eficácia real (por exemplo, um contrato de promessa de compra e venda levado a registro)⁴⁴¹. A publicidade, em sede de direito reais, serve de fundamento à presunção de má-fé de terceiro, de modo que, tratando-se de direito real – essencialmente

⁴³⁹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
[...]

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

⁴⁴⁰ LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 315.

⁴⁴¹ “Ressalta-se que nos casos em que existir direitos de crédito com eficácia real, como é exemplo do contrato de promessa de compra e venda registrado, de acordo com o art. 1.417 do Código Civil brasileiro, se o devedor tiver alienado a terceiro, de boa ou má-fé, o objeto prometido, o credor poderá pleitear a coisa onde quer que ele esteja. Entretanto, como já dito, a existência de direito de crédito com eficácia real é exceção e apenas ocorre nos casos legalmente permitidos.” (BELO op. cit., p. 14)

sujeito à publicidade – em que intervier um terceiro presume-se a má-fé deste, dando ensejo à execução específica. Tal presunção não se opera, contudo, em situações envolvendo direitos de crédito.⁴⁴²

É possível cogitar de hipóteses em que a tutela específica da obrigação inicial poderá ser concedida (*e.g.*, busca e apreensão de produtos vendidos por terceiro ao devedor, em violação de contrato que contenha cláusula de exclusividade). Ao enfrentar o tema na hipótese específica de alienação de coisa a terceiro prometida a credor pelo devedor, Santos Júnior aponta a possibilidade de execução específica do contrato anterior como corolário da própria tutela do direito subjectivo de crédito e à busca da maior proximidade à efetivação do direito violado:

Mas, como dissemos, a questão da não produção de efeito do contrato de alienação realizado em prejuízo do crédito pode quanto a nós, colocar-se noutra sede: em sede da própria reacção da ordem jurídica, em vista da tutela do direito de crédito, como direito subjectivo, que é. E, nesta sede, tem sentido perguntar: se, no caso de o devedor incumprir a promessa, pudesse haver lugar à execução específica, por que não deverá havê-la (continuar a havê-la), no caso de o devedor alienar a terceiro de má fé, a coisa que prometera vender ao credor? 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, e não a produção do efeito do contrato de alienação sendo postulada como sanção necessária à consecução da execução específica. [...] 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 terceiro 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

⁴⁴² “No caso, só poderíamos admitir a execução específica do contrato se a relação obrigacional possuísse eficácia real, o que não ocorre em regra com o direito de crédito. Se, por exemplo, estivermos diante de um contrato de promessa de compra e venda não registrado, ou seja, sem eficácia real, e o devedor transferir a propriedade do bem prometido a terceiro de má-fé, o devedor e o terceiro serão compelidos a ressarcir o credor por perdas e danos, mas não se poderá exigir que o terceiro entregue ao credor o objeto do contrato de promessa.” (Ibid., p. 14) Com efeito: “Vale dizer, enquanto nas relações obrigacionais, os meios de tutela colocados à disposição do credor voltam-se prioritariamente ao ressarcimento dos danos provocados pelo inadimplemento, no âmbito das relações reais, identifica-se, diversamente, uma tutela tipicamente *real*, destinada à remoção do obstáculo que impede o aproveitamento da coisa.” (Ibid., p. 52)

possível a execução específica do contrato celebrado entre o credor e o devedor faltoso, sendo então a execução específica o meio indicado de tutela do direito de crédito.⁴⁴³

A análise da pertinência da execução específica mostra-se necessariamente casuística, avaliando-se, em relação ao caso concreto, se subsiste interesse útil ao credor da obrigação original e se, de outra parte, a execução específica da obrigação original não encontra óbice na liberdade de contratar do devedor, o que remonta àquela ponderação entre liberdade e solidariedade (objeto de análise do item 1.4)

3.5 Prazo prescricional para responsabilizar o devedor e o terceiro

Uma vez estabelecida a concomitância entre a responsabilidade contratual imputável ao devedor inadimplente e a responsabilidade aquiliana relativa ao terceiro interferente, bem como a solidariedade entre ambos, surge relevante questão no tocante à possível dualidade de prazos prescricionais para que o credor prejudicado exerça sua pretensão em face do devedor e do terceiro interferente.

Indaga-se, então, se o prazo de três anos previsto para a reparação civil⁴⁴⁴ aplicar-se-ia apenas à pretensão em relação ao terceiro ou, então, se poderia ser aplicado à pretensão dirigida ao devedor. Questiona-se, por via inversa, se seria aplicado o prazo de três anos à pretensão deduzida em face do terceiro e, diversamente, aplicar-se-ia o prazo de dez anos⁴⁴⁵ para a pretensão em relação ao devedor.

A controvérsia perpassa, inexoravelmente, pela análise da aplicação do prazo prescricional trienal ou decenal à responsabilidade civil contratual,⁴⁴⁶ em relação à qual se

⁴⁴³ SANTOS JÚNIOR, p. 569-570.

⁴⁴⁴ Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

⁴⁴⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁴⁴⁶ Defensor do prazo trienal para a hipótese de responsabilidade civil contratual, Gustavo Tepedino (*Prazo prescricional aplicado à reparação civil por inadimplemento contratual*. Soluções Práticas, vol. 1, nov/2011, p. 3) afirma que “não há qualquer razão para que a vítima de ilícito contratual, decorrente da violação a dever assumido negocialmente pela contraparte, venha a receber, no que tange ao prazo prescricional, tratamento diferenciado daquele que se reserva a quem sofre danos decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual.”

identifica acalorado debate doutrinário e jurisprudencial. De um lado, há quem defenda a aplicação do prazo geral de dez anos (artigo 205, Código Civil) à responsabilidade contratual, sob o argumento de que as perdas e danos são substitutivas à prestação contratada e, enquanto não prescrita a pretensão principal – referente à execução do contrato –, não poderia prescrever a respectiva sanção – indenização por perdas e danos.⁴⁴⁷

A aplicação do prazo prescricional decenal para as hipóteses de responsabilidade contratual vinha sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Houve, porém, mudança quanto a esse posicionamento, no sentido de se afirmar a unicidade dos prazos, por parte da Terceira Turma desse Tribunal, em sede do Recursos Especial 1.577.229 - MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em novembro de 2016⁴⁴⁸.

Gustavo Tepedino sustenta a unicidade do prazo aplicável à reparação por perdas e danos, seja a pretensão fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual. Em decorrência, a aplicação do prazo geral para a reparação civil nas hipóteses de responsabilidade contratual não só se mostraria equivocada, mas representaria uma afronta à disciplina unitária estabelecida pelo artigo 206, §3º, V, Código Civil.⁴⁴⁹

Semelhante entendimento é confirmado na obra coletiva coordenada por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (op. cit., p. 411), os quais afirmam que “inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente da responsabilidade civil era vintenária, salvo lei especial dispendo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos, e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo [art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002] tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito”.

⁴⁴⁷ Segundo defende Humberto Theodoro Neto (*O contrato e a relatividade de seus efeitos: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, 2004, 316 fl. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004): “Quando a norma do art. 206, §3º, inciso V, fala em prescrição da ‘pretensão de reparação civil’, está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito strictu sensu. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria no plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual), não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que, enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais).”

⁴⁴⁸ REsp. 1.577.229 – MG. Terceira Turma. Min. Rel. Nancy Andrighi. Julg. em nov. 2016. “Daí se infere que, independentemente do seu *nomen juris*, a natureza da pretensão deduzida nesta ação é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual, seguindo a linha do precedente supramencionado, submete-se ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.” (Ibid., p. 7)

⁴⁴⁹ Confira-se: “Inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC 1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente de responsabilidade civil era vintenária, salvo lei especial dispendo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito.” (TEPEDINO, Gustavo *et all.* op. cit., p. 411). Em outra sede, o autor aponta que a opção legislativa de unificar o prazo

Nesse sentido, o enunciado nº 419 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal esclarece que “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”. Tal entendimento não só assegura a coerência interna do instituto – sob o risco de prescrever a pretensão à reparação em relação a somente um dos coautores, solidariamente responsáveis pela indenização ao credor –, mas também se coaduna com o tratamento unitário conferido pelo Código Civil às hipóteses de reparação por perdas e danos.

CONCLUSÃO

A partir do exposto e analisado pela presente dissertação, passa-se a apontar alguns aspectos conclusivos aptos a resumir os pontos de análise proposto como escopo desta pesquisa no que concerne à responsabilidade civil do terceiro interferente que celebra com o devedor contrato incompatível com outro ajuste previamente estabelecido entre este e o credor, levando a cabo, pois, o inadimplemento contratual deletério ao credor:

1. Em hipóteses de interferência deletéria por terceiro que celebra contrato incompatível com devedor, a aplicação das regras clássicas atinentes ao direito obrigacional poderia conduzir a um resultado contrário ao princípio da solidariedade, que impõe à coletividade o dever de respeitar as situações subjetivas alheias, incidindo tanto na seara contratual quanto no âmbito dos direitos reais.

2. A relatividade das relações obrigacionais, notadamente as contratuais, não gera óbice à oponibilidade dessas relações à coletividade. Oponibilidade e relatividade não são atributos antagônicos das situações jurídicas subjetivas, mas, antes, coexistem. A eficácia

prescricional para as demandas indenizatórias se revela consentânea com os princípios constitucionais de isonomia, igualdade processual e segurança jurídica: “Seria razoável imaginar que o réu pudesse colher a prova indispensável para excluir sua responsabilidade nove anos após o evento danoso? A resposta negativa se impõe, justificando-se, assim, a opção do prazo trienal do codificador civil, cuja aplicação indistinta às responsabilidades contratual e extracontratual mostra-se consentânea com o princípio da isonomia. A perda de prazo prescricional, embora dolorosa, é menos danosa do que a quebra do sistema, propiciada por inconsistente ideologia de ampliação da reparação dos danos. Os prazos prescricionais associam-se ao conjunto de mecanismos oferecidos à ação de reparação de danos. Contornar a previsão legal, ou selecionar do sistema alguns dispositivos (que melhor atendam ao autor da ação) em detrimento de outros, ameaça a segurança jurídica, a igualdade constitucional e prejudica, em última análise, a própria vítima de danos, sem saber, ao certo, de qual prazo afinal dispõe para o ajuizamento da ação indenizatória”. (TEPEDINO, Gustavo. *Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 27. Rio de Janeiro: Padma, 2009)

relativa do contrato deve ser relida à luz dos novos princípios contratuais, em necessário cotejo com o princípio constitucional da solidariedade. Não é mais o critério da oponibilidade apto a distinguir as situações reais das situações creditórias, eis que também detentor de oponibilidade o crédito. A distinção substancial consiste, em verdade, nos efeitos da oponibilidade quanto às situações reais e quanto às situações de crédito. Isto porque, uma vez desrespeitada a oponibilidade das situações reais, há em favor destas o direito de seqüela, o qual não assiste às situações creditórias.

3. O reconhecimento de que o contrato pode gerar efeitos em relação a terceiros e, por outro lado, a constatação de que terceiros intervêm em contratações previamente estabelecidas, de modo a ressignificar o princípio clássico da relatividade, não é novidade no direito civil. Como visto, ainda no auge do voluntarismo que marcara as codificações oitocentistas era possível o estabelecimento de pactos aptos a beneficiar terceiros.

4. A constitucionalização do direito civil revelou-se como marco salutar da tutela externa do crédito não por inaugurar a oponibilidade do contrato – teoria formulada já no auge do voluntarismo que marcara as codificações oitocentistas –, mas por arrimar tal oponibilidade no princípio da solidariedade. Assim, o controle da intervenção de terceiro sobre relação contratual de que não faz parte, muito mais do que estar alicerçado na proteção dos interesses individuais e individualistas das partes contratantes, tem por força motriz a necessidade de concretização do princípio da solidariedade, transitável em todas as áreas do direito, dentre elas o contrato.

5. A aceitação da responsabilização civil do terceiro interferente, no entanto, não está imune a críticas no que diz respeito à possível incompatibilidade com a liberdade de iniciativa, que também figura como fundamento da República (artigo 1º, IV, Constituição Federal). O reconhecimento da oponibilidade do crédito e a imposição de reprimenda àquele que o desrespeita – ainda que não seja devedor – devem ser balizados por minuciosos critérios de fundamentação e aplicação, sob pena de obstaculizar a atividade econômica.

6. À parte da análise dos pressupostos de responsabilização do terceiro interferente anteriormente abordados, o reconhecimento e a efetivação da tutela externa do crédito não podem prescindir da análise do – possível – embate entre liberdade e solidariedade. De idêntica matriz constitucional, liberdade e solidariedade não se poderiam

sobrepôr uma à outra, sob pena de se admitir a prevalência, *in abstracto*, de valores constitucionais. Mostra-se imprescindível, portanto, o recurso à ponderação como técnica apta a elucidar a prevalência, em concreto, dos aludidos princípios constitucionais. Ainda que o ordenamento seja percebido em sua totalidade sistemática, orgânica e axiológica, por vezes será identificado, nas situações concretas, frontal conflito entre valores protegidos, hipótese em que a precedência de um direito importará redução significativa da tutela de outro constitucionalmente assegurado. Neste contexto, revela-se útil a técnica do sopesamento e da ponderação.

7. Curiosamente paradoxal é a constatação de que, embora contrapostos, liberdade e solidariedade são princípios que se complementam reciprocamente. Isso porque, quando ponderados – e aplicados conjuntamente –, os conteúdos expressos pelo princípio da liberdade e pelo da solidariedade tornam-se complementares, de modo que a imposição da solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Reconhece-se, então, claro nexos entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários.

8. A impossibilidade de prévia determinação de prevalência entre liberdade e solidariedade não se revela como abstração entravadora de soluções concretas ao problema da responsabilização do terceiro interferente. Pelo contrário, admitir como ponderáveis tais valores reforça o instituto em estudo, pois ao se aceitar a premissa de que a liberdade não se pode, sempre e indistintamente, sobrepôr à solidariedade leva à inexorável necessidade de tutela externa do crédito, assegurando-se a realização do princípio da solidariedade, ao lado da livre iniciativa.

9. A expansão de medidas adequadas a expressar um novo modelo de Estado, mais social e interventor, se espalhou pelos diversos ramos do direito, dentre eles, inelutavelmente, o direito privado. Com efeito, os clássicos institutos do direito civil passam a ser revisitados pela nova e cada vez mais solidária ótica constitucional que incide diretamente sobre os privados.

10. A análise da prevalência entre liberdade e solidariedade no caso concreto que traga a lume a discussão acerca da responsabilidade civil do terceiro interferente deve perpassar não apenas pelos interesses concretos postos em questão, mas também pelo cenário

mercadológico pretérito e pelas possíveis repercussões que a ponderação entre liberdade e solidariedade acarretará, a fim de que seja garantida uma coerência sistêmica e, também, concreta.

11. É salutar que, na análise do caso concreto, a liberdade de iniciativa não esmoreça diante da responsabilização do terceiro interferente a ponto de obstaculizar a fluidez de um nicho mercadológico marcado pela concorrência tenaz. A aparente prevalência da liberdade não elide automaticamente a possibilidade de responsabilização do terceiro interferente junto ao devedor perante o credor. Em atividades marcadamente concorrenciais, por exemplo, o terceiro por vezes já intervém em relações contratuais previamente constituídas sabedor da possibilidade de arcar com os prejuízos experimentados pelo credor.

12. Porém, se prevalente da liberdade, necessariamente afastada será a responsabilidade do terceiro interferente. Não se pode conceber como tutelável a liberdade do terceiro interferente se também ensejadora de responsabilidade civil a ele. Ou bem a liberdade é prevalente sobre a solidariedade e afasta a responsabilidade civil do terceiro ou é a solidariedade que prevalece por impor ao terceiro, em violação aos parâmetros impostos pela boa-fé objetiva, a responsabilidade pela lesão experimentada pelo credor em decorrência do inadimplemento contratual com o qual ele contribuiu.

13. A liberdade prevalecerá, pois, quando o exercício da liberdade de contratar do terceiro for tutelável ao ponto de eximi-lo de qualquer responsabilização em face do credor. Para tanto, a boa-fé objetiva e o abuso do direito, apontados pela presente pesquisa como fundamentos à responsabilização civil do terceiro interferente, servirão como importante mecanismo hermenêutico para o balizamento da atuação do terceiro.

14. A prevalência da solidariedade irá se impor, por outro lado, quando a atuação do terceiro em conluio com o devedor violar os padrões da boa-fé objetiva a ponto, pois, de retirar o merecimento de tutela ao exercício da liberdade do terceiro interferente. Portanto, não é a naturalidade que marca a atuação de terceiros interferentes em alguns contextos mercadológicos parâmetro adequado ao balizamento do merecimento de tutela da ação do terceiro e sua conseqüente – ou não – responsabilização civil, mas sim o atendimento aos princípios propugnados pelo ordenamento no caso concreto sob análise, tendo como especial referencial o princípio da boa-fé objetiva.

15. A tutela externa do crédito perpassa, necessariamente, pela configuração do terceiro à relação creditória. A verificação do terceiro é relativa, pois diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação, e circunstancial, pois a definição do terceiro ocorre em um dado momento, podendo sofrer alteração posterior.

16. Deve-se dissociar a tutela externa do crédito da concorrência desleal, eis que a primeira não se exaure na segunda. A configuração da concorrência desleal como crime faz emergir clara distinção entre o instituto e a responsabilidade civil do terceiro por violação a crédito anteriormente estabelecido: os bens jurídicos tutelados, os ramos de direitos a que se relacionam e o sistema de responsabilização são distintos. O enquadramento da concorrência desleal como passível de responsabilidade penal e da violação ao crédito por terceiro interferente como passível de responsabilidade civil desmistifica a aparente equiparação entre os institutos.

17. Chega-se à análise dos fundamentos à tutela externa do crédito, quais sejam, função social do contrato, boa-fé objetiva e abuso do direito.

18. O princípio da função social do contrato é consectário dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I), de modo que impõe às partes contratantes o dever de perseguir também interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela, que se relacionam com o contrato ou são, de alguma forma, por ele atingidos. A função social do contrato não seria o fundamento adequado à tutela externa do crédito, pois, nesta, o que se visa é tutelar os interesses do credor, ao passo que a função social se atém a interesses extracontratuais socialmente relevantes. Embora consectária do princípio constitucional da solidariedade, a responsabilidade civil do terceiro interferente se atém eminentemente ao atendimento dos interesses do credor e não se propõe a tutelar interesses outros que se revelem como socialmente relevantes.

19. A conduta do terceiro configura-se, pois, a um só tempo, como violadora da boa-fé objetiva – por estar em dissonância à solidariedade de matriz constitucional que, ponderada no caso concreto, prevaleceria sobre a liberdade de contratar – e como ato abusivo por parte do terceiro interferente. Ao se afastar das diretrizes impostas pela boa-fé objetiva e,

ainda, ao desrespeitar o dever geral de abstenção no que tange à interferência deletéria em situação creditória alheia de que tinha conhecimento, exercendo de modo disfuncional seu direito de contratar, o terceiro exerce de modo disfuncional seu direito à contratação. São, pois, apontados como fundamentos mais adequados a lastrearem a tutela externa do crédito os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

20. O contrato é compreendido como um fato social, cognoscível por terceiros à relação contratual, os quais devem respeitá-lo. Em consequência, ao terceiro que contribui para a violação do contrato não se poderia imputar um inadimplemento contratual – vez que não figura como parte no regulamento de interesses estabelecido pelas partes –, antes, se está diante da violação do dever geral de não causar prejuízos a outrem (*neminem laedere*), a configurar a responsabilidade aquiliana.

21. Necessário salientar, contudo, que, ao estar ciente do contrato anterior e, mesmo assim, celebrar contrato incompatível com o devedor, o terceiro é tão responsável quanto o devedor pelo inadimplemento. Assim, ambos – devedor e terceiro – são coautores quanto ao inadimplemento contratual sofrido pelo credor, dando ensejo à natureza solidária da responsabilidade entre estes. A solidariedade do terceiro para com o devedor se estabelece justamente por ser o terceiro corresponsável pelo inadimplemento contratual na medida em que tem conhecimento do contrato incompatível e exerce sua liberdade de contratar em dissonância aos preceitos oriundos da boa-fé objetiva. O terceiro é protagonista do inadimplemento e não só seu expectador.

22. A liberdade de contratar exercida pelo terceiro quando ainda na fase de tratativas entre pretensos credor e devedor é inelutavelmente merecedora de tutela e não viola, em princípio, nenhum padrão de conduta imposto pela boa-fé objetiva. Caso não leve a cabo a conclusão de contrato substancialmente aguardada pelo credor, o devedor pode ser, excepcionalmente, responsabilizado civilmente pelos danos causados àquele a quem gerou legítimas expectativas de celebração do negócio. É cediço que o terceiro não está alheio aos ditames impostos pela boa-fé objetiva. No entanto, só violará tais ditames o terceiro que, conhecedor das negociações preliminares estabelecidas, estiver também ciente de que de tais negociações advieram legítimas expectativas geradas ao credor de modo a fazerem-no crer verdadeiramente que o contrato viria a ser celebrado.

23. Acerca do pressuposto dano, gerado ao credor – vítima da interferência prejudicial do terceiro, em conluio com o devedor, além do inadimplemento contratual para cuja ocorrência contribui o terceiro será necessária, para a responsabilização de devedor e terceiro interferente, a comprovação dos danos experimentados pelo credor da relação originária.

24. A configuração do nexo de causalidade será estabelecida partir da análise entre a conduta praticada pelo terceiro, juntamente com o devedor, e o dano sofrido pelo credor em virtude do inadimplemento da prestação. Para tanto, é importante é identificar a imprescindibilidade da atuação do terceiro junto ao devedor para o deslinde danoso percebido pelo credor. A partir da hipótese específica a que se dedicou esse estudo, conclui-se que o nexo de causalidade se estabelece quando há atuação necessariamente conjunta entre devedor e terceiro, por meio da celebração de contrato incompatível de que o terceiro tinha conhecimento ou dever de conhecimento.

25. A comprovação da culpa do terceiro interferente deve se pautar, pois, na apreciação de sua interferência sem que se indaguem os aspectos anímicos que o levaram a atuar juntamente com o devedor para o descumprimento contratual. Posiciona-se contrariamente à visão que propugna ser o dolo elemento da responsabilidade civil subjetiva do terceiro. Exige-se, porém, tenha o terceiro conhecimento ou dever de conhecimento do contrato anterior incompatível. Assim, o terceiro interferente será responsável junto com o devedor perante o credor quando conhecedor – ou quando detentor do dever de conhecer - do contrato incompatível anteriormente celebrado entre credor e devedor, sendo prescindível analisar possível caráter pernicioso de suas intenções.

26. Passa-se, pois, à análise de circunstâncias específicas e aptas a revelarem como forte indício à responsabilização do terceiro interferente. A primeira circunstância específica a ser analisada é a análise da validade do contrato violado. O questionamento surge no que diz respeito à possibilidade de tutela externa do crédito inobstante o contrato pretensamente violado possua algum vício de validade que o inquene. A invalidade do contrato retirar-lhe-ia, pois, a oponibilidade, de modo que, ineficaz em relação ao próprio devedor – o qual não estaria adstrito à obrigação pactuada -, também ineficaz em relação ao terceiro.

27. No que diz respeito à presença de cláusula de exclusividade no contrato violado, tem-se que, embora tal circunstância possa se revelar importante indício à tutela externa do crédito, é possível que a intervenção de terceiro seja merecedora de tutela de modo a isentá-lo de responsabilização civil perante o credor diante do inadimplemento quando tal interveniência advier do livre exercício concorrencial que marca alguns contextos mercadológicos. Nesta esteira, ganha salutar relevo a já abordada ponderação, no caso concreto, entre liberdade e solidariedade. Assim, algumas matizes mercadológicas que permitem um exercício mais contundente da concorrência poderão admitir a interferência de terceiros em contratações já estabelecidas que não acarretem, necessariamente, responsabilização civil do terceiro interferente.

28. No que tange à prévia estipulação de pacto de não concorrência, indaga-se se a existência e conseguinte violação à cláusula de não-concorrência perpetrada por devedor e terceiro atrairiam, sempre e sempre, o terceiro para a responsabilização civil perante o credor prejudicado pelo descumprimento da cláusula. A celebração de contrato incompatível com cláusula de não concorrência, assim como de exclusividade, mostra-se, em primeira análise, como violadora da boa-fé objetiva.

29. O contrato em que tenha sido estipulada a referida cláusula é plenamente válido e eficaz enquanto não exercido o direito do devedor em proceder à denúncia do negócio jurídico. Exercida, então, a denúncia por parte do devedor, nos moldes estipulados entre ele e o credor, não haverá que se falar em interferência deletéria, nem tampouco em responsabilização civil do terceiro, ainda que este tenha contribuído para a motivação do devedor em exercer seu direito potestativo de denúncia.

30. Devedor e terceiro figuram, ambos, como responsáveis pela violação do crédito: um – o devedor – por não realizar a prestação e outro – o terceiro interferente – por celebrar com o devedor contrato incompatível com o celebrado anteriormente entre este e o credor. Com efeito, devedor e terceiro podem ser compreendidos como coautores da lesão do direito de crédito alheio, pela qual respondem solidariamente, dado o nexo de causalidade existente entre a conduta de ambos – celebração de contrato incompatível ao anteriormente celebrado entre credor e devedor - e o dano causado ao credor em decorrência do inadimplemento contratual.

31. No que tange ao valor da indenização, poderia se indagar se a cláusula penal, estabelecida entre credor e devedor no contrato pré-existente, poderia servir de parâmetro ao *quantum debeatur* devido pelo terceiro. A cláusula penal compensatória é cláusula acessória de cuja estipulação o terceiro não participou e à qual, conseqüentemente, ele não estaria vinculado, por não ser parte contratual. Ocorre que a atuação do terceiro interferente por meio da celebração com o devedor de contrato incompatível revela-se, conforme já dito, como decisiva ao inadimplemento contratual. É possível, embora aparentemente incoerente, afirmar que o terceiro, mesmo não sendo parte, é diretamente responsável pelo inadimplemento contratual percebido pelo credor. A aparente incoerência desaparece na medida em que se verifica que a violação do terceiro de um dever geral e também específico – eis que conhecedor do contrato anteriormente celebrado entre credor e devedor – de abstenção acarretou um inadimplemento sofrido no bojo da relação contratual. Embora não tenha participado nem do contrato nem da estipulação da cláusula penal, o terceiro participou ativamente do inadimplemento contratual.

32. A aplicação da cláusula penal só tem cabimento no descumprimento do contrato a que deu causa um dos contratantes. Tendo sido o inadimplemento ocasionado por um terceiro, cuja responsabilidade é extracontratual, seria aparentemente adequado que a apuração do dano por este provocado ocorra com base nos critérios de fixação do *quantum debeatur* relativos à responsabilidade extracontratual.

33. A apuração apartada - e por meio de critérios diferenciados - do dano para fins de determinação do *quantum debeatur* atribuível especificamente ao terceiro seria, porém, incoerente à atuação conjunta de devedor e terceiro ao inadimplemento e à conseguinte responsabilidade solidária de ambos enquanto co-autores do descumprimento contratual. A admissão de que o terceiro seja responsável pelo descumprimento contratual é apta a inseri-lo no bojo da relação obrigacional para cujo descumprimento contribuiu. Nesta toada, admitir que o valor devido pelo terceiro ao credor poderia seguir os ditames já determinados na cláusula penal seria apenas um desdobramento coerente do enquadramento do terceiro como solidariamente responsável pelo inadimplemento contratual.

34. Acerca da possibilidade de execução específica do contrato anterior violado, tem-se que a análise da pertinência da execução específica mostra-se necessariamente casuística, avaliando-se, em relação ao caso concreto, se subsiste interesse útil ao credor da obrigação

original e se, de outra parte, a execução específica da obrigação original não encontra óbice na liberdade de contratar do devedor, o que remonta àquela ponderação entre liberdade e solidariedade.

35. No que tange, por fim, à possível dualidade de prazos prescricionais em relação ao devedor – ao qual se aplicaria o prazo decenal insculpido no artigo 205 do Código Civil – e ao terceiro – em relação ao qual vigeria o prazo trienal do artigo 206, §3º, V, do mesmo diploma legal -, propugna-se pela unicidade de prazo prescricional trienal em relação a devedor e terceiro interferente, posto que ambos sujeitos à reparação civil do dano correspondente ao inadimplemento sofrido pelo credor. Tal entendimento não só assegura a coerência interna do instituto – sob o risco de prescrever a pretensão à reparação em relação a somente um dos coautores, solidariamente responsáveis pela indenização ao credor – , mas também se coaduna com o tratamento unitário conferido pelo Código Civil às hipóteses de reparação por perdas e danos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile: Storia, fonti, interpretazione*, vol. I, São Paulo: Livraria dos Advogados Editora, 2000.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. In: *Revista de informação legislativa*. Número 92. Ano 23. Brasília: Senado Federal, 1986.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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*. Número 391. Volume 103. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 89-110.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 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. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 750/1998. Abr. pp. 113-120.

BANDEIRA, Paula Greco. Espaços de não direito e as liberdades privadas. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 52. Rio de Janeiro: Padma, out-dez. 2012, pp. 121-136.

_____. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun. 2007, pp. 79-127.

BARBOSA, Denis Borges. PORTO, Patrícia. Concorrência desleal em configurações ornamentais de produtos de consumo durável. 2006, p. 1-10. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/ornamentais.pdf>. Acesso em 12/01/2016

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Temas de direito constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, Tomo I.

_____. *Temas de direito constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, Tomo III.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

BELO, Emília Moreira Belo. Tutela externa do direito de crédito. In *Revista dos Tribunais Nordeste*. Vol. 5/2014. Mai-Jun. pp. 75-115.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. A Teoria da Culpa Virtual (res ipsa loquitur) e suas possibilidades de aplicação no direito de danos brasileiro. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Vol. III, pp. 725-744.

_____. *Dano Moral: Critérios de Fixação do Valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.

CALASTRENG, Simone. *La relativité 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.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____. *Teses. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2. ed.

CARDOSO, Patrícia. *A posição do terceiro no contrato: uma abordagem não dogmática*. 2006. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo* (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARPENA, Heloisa. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos da ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) *O código civil na perspectiva civil—constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 423-443.

_____. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência. In *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 12/2005. Pp. 43-86. Jan, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo* (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAZZETTA, Giovanni. Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX. In SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (coord.). *História do Direito Privado: olhares diacrônicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 1. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

CORREIA, Antonio Ferrer. *Estudo de direito civil comercial e criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. 2. ed.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 8. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

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.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 27, jan-fev. 2004.

DUTOIT, Bernardo. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 717/1995. Jul, 1995, pp. 7-18.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed.; Curitiba: Posigraf.

FIEDRA, Geisy. *Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. 1. Ed. São Paulo: Singular, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?” *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, vol. 19. Rio de Janeiro, jul/set 2004. p. 109/119.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In Fraser, Nancy and Honneth, Axel, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil. In *Revista de Direito Privado*. Vol. 60/2014. Out-Dez. pp. 257-275.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 21. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17ª edição.

GONDIM, Glenda Gonçalves; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da teoria do terceiro cúmplice. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.) *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, pp. 49-69.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais* [Kamp um Anerkennung]. São Paulo: Editora 34, Tradução de Luiz Repa, 2003.

KONDER, Carlos Nelson, RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. , p. 111-133.

_____. *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*, v. 50, 2012. Rio de Janeiro, Padma, 2012.

_____. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. , 2014.

_____. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. In *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 10. Out-Dez, 2016, pp. 9-27.

LABOURIAU, Miguel de Paula. *A responsabilidade do terceiro pela lesão ao crédito alheio*. 182 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Libraire Dalloz, 1962.

LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 5/2015. Out-Dez. pp. 307-325.

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*. v. V. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZEAUD, H. e L. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 4. ed. Paris: Sirey, 1938.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 2. Reimpresão. Coimbra: Almedina, 2013.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre direito civil* – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual*. 257 p. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro).

_____. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade. In *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 1, p. 63, jul/dez. 1991.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. In *Revista de Direito Privado*. Vol. 56/2013. Out-Dez/2013. pp. 11-30.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

_____. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 255-280.

NALIN, Paulo. *No Contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva constitucional. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, set – out, 2015, pp.

_____. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2,

2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Oliva-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I: Introdução ao direito civil. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 402 p. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, 395 p.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre direito civil – volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil: teoria geral de los contratos; contratos especiales*. Trad. Lic. Jose M. Cajica Junior. 1. ed. Cidade do México: Cardenas Editora, 1983.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. V.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. I

_____. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. II.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. III.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedia, 1995.

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

_____. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2016.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º volume. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

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*. Volume 821. Ano 93. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 80-98.

SABBIONETI, Marcelo. Da culpa ao risco: metamorfoses do ilícito civil na França da belle époque pouvoir prétorien e produção sapiencial do direito. In *História do direito privado*.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marclo (org). Belo Horizonte: Arraes, 2015.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

SAVATIER, René. Le prétendu principe de l'effet relatif ds contrats. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 33, Paris: Sirey, 1934.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão, in Sílvio de Salvo Venosa et al. *10 Anos do Código Civil –Desafios e Perspectivas*, São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZERELLA, Maria Cristina Cereser. *Mitos e rupturas do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Alberto Luís Camelier da. Concorrência desleal e antitruste: atuais perspectivas no direito brasileiro. In *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 1/2014. Jan-Fev, 2014, pp. 157-167.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão a solidariedade social. In *O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.2. ed.

SIQUEIRA, Tânia. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. In *Revista de Direito Privado*. Número 13. Volume 4. 2003, pp. 250-263.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 50. Abr-jun/2012. Rio de Janeiro: Padma, 2012, pp. 35-91.

TEPEDINO, Gustavo *et all*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In *Temas de direito civil*. T.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20).

_____. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, vol. 2, Editorial.

_____. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 27, Rio de Janeiro: Padma, 2009.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. In *Revista jurídica*, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do *the best knowledge of the sellers*. In *Temas de direito civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 241-273.

_____. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Prazo prescricional aplicado à reparação civil por inadimplemento contratual. In _____. *Soluções Práticas*, vol. 1, nov/2011.

_____. *Temas de Direito Civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, Tomo III.

_____. O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 1, p. 141, 2014.

THEODORO NETO, Humberto (O contrato e a relatividade de seus efeitos: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros, 2004, 316 fl. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004).

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In *Revista de direito privado*. Volume 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 180-231.

VAN CAENEGEM, R.C. *Introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*, São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2016.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2004.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve leitura trinta anos após. In *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.