CAMILA REZENDE MARTINS

O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

A RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO QUE CONTRIBUI PARA O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Titular Antônio Junqueira de Azevedo e do Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Agradecimentos

Inicio agradecendo ao Professor Alcides Tomasetti Júnior, pela orientação e recepção. Seu conhecimento jurídico é um estímulo e um exemplo para que eu continue a estudar.

Agradeço aos meus pais, Colman e Elaine, cujo amor infinito me fez chegar até aqui e que me deram um amigo para toda a minha vida, meu irmão Bruno.

Agradeço ao Má, simplesmente a razão de tudo.

Por fim, gostaria de agradecer ao amigo Gustavo Gomes, cujo apoio e compreensão foram fundamentais para conclusão desse trabalho

RESUMO

O presente trabalho se dedica em apresentar uma nova interpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais e uma de suas principais conseqüências: a responsabilidade civil do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. Com as transformações ocorridas durante o século XIX, sobretudo em decorrência da Revolução Industrial, o contrato deixou de ser um mero instrumento de circulação de riquezas, para se tornar um instrumento social. Assim, ele não pode mais ser visto como algo que interessa exclusivamente às partes, como determinava a leitura clássica do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. A sociedade moderna impõe a necessidade de o contrato ser entendido como um fato social, que produz seus efeitos para além de suas partes. Desse modo, aqueles que são terceiros em relação a ele devem considerar a sua existência, não interferindo negativamente na relação contratual, de forma a causar o inadimplemento da obrigação contratual. Esse dever de respeito é imposto pelo princípio da oponibilidade dos efeitos contratuais, por meio do qual se entende que o direito de crédito decorrente do contrato pode ser oponível a terceiros, que devem respeitá-lo da mesma maneira que respeitam um direito real. Diante disso, defende-se aqui que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais deve ser interpretado exclusivamente no sentido de que o contrato apenas gera obrigações para as partes contratuais, o que não significa que terceiros possam ignorar a existência desta relação jurídica. Dessa maneira, se o terceiro celebra com o devedor de um contrato já existente um segundo contrato que impossibilite o cumprimento do primeiro, causando, assim, o inadimplemento contratual, ele deve ser civilmente responsável perante o credor do primeiro contrato. Com o objetivo de alcançar estas conclusões, analisam-se, nessa dissertação, as transformações sofridas pelo direito contratual, a interação entre os seus seis princípios (princípio da liberdade contratual, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, da relatividade dos efeitos contratuais, da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato) e os fundamentos da responsabilidade civil que justificam a responsabilidade do terceiro cúmplice do inadimplemento contratual.

Palavras-chaves: relatividade – oponibilidade – responsabilidade civil

ABSTRACT

This work aims to introduce a new interpretation of the relativity principle of contractual effects and one of its main consequences: third party civil liability that contributes to breach of contract. With the changes that occurred in the 19th century, in particular as a consequence of the Industrial Revolution, the contract was no longer a mere tool for the exchange of wealth – it became a social tool. Thus, it no longer can be seen as something of exclusive interest to the parties, as set by the classical interpretation of the relativity principle of contractual effects. Modern society imposes the need for the contract to be understood as a social fact that has its effect beyond the contracting parties. Therefore, third parties must consider its existence, not interfering negatively in the contractual relationship so as to cause a breach of contract. This duty of respect is imposed by the enforceability principle of contractual effects, which provides that the credit right arising from the contract can be enforced against third parties, who have to respect it in the same way that they respect a right *in rem.* Having said that, this work argues that the relativity principle of contractual effects must be exclusively interpreted in the sense that the contract creates only obligations to the contracting parties, which does not mean that third parties can ignore the existence of this legal relationship. Therefore, if a third party enters into a second contract with a debtor of a pre-existing contract that prevents compliance with the first contract, leading to a breach of contract, this third party should have civil liability before the creditor of the first contract. In order to reach these conclusions, this work analyzes the transformations undergone by contractual law, the interaction between its six principles (contractual freedom, the obligations of contractual effects, relativity of contractual effects, objective good faith, contractual equilibrium and social function of the contract) and the fundamentals of civil liability that justifies the liability of the third party accomplice in a breach of contract.

Key words: relativity - enforceability – civil liability

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7

PARTE GERAL
OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

CAPÍTULO 1. A FIGURA DO CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO 15

CAPÍTULO 2. A CONCEPÇÃO CONTRATUAL CLÁSSICA E SUAS ORIGENS 25
2.1. O princípio da liberdade contratual 30
2.2. O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais – *pacta sunt servanda* 34
2.3. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais 36

CAPÍTULO 3. A CONCEPÇÃO CONTRATUAL SOCIAL E SUAS ORIGENS 43
3.1. O princípio da boa-fé objetiva 48
3.2. O princípio do equilíbrio contratual 54
3.3. O princípio da função social do contrato 58

PARTE ESPECIAL
O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS

CAPÍTULO 4. A RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS E SUA NOVA INTERPRETAÇÃO 72
4.1. A problemática do conceito de terceiro 83
4.2. A oponibilidade dos efeitos do contrato em relação a terceiros 88
4.3. O terceiro prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual (terceiro vítima) 102
4.4. O terceiro que contribui para o inadimplemento contratual (terceiro cúmplice) 121

CAPÍTULO 5. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL 136
5.1. A responsabilidade civil aquiliana do terceiro cúmplice 143
5.2. Requisitos para a responsabilidade civil do terceiro cúmplice e a solidariedade entre o terceiro e o devedor 151
5.3. O abuso de direito e a responsabilidade aquiliana do terceiro cúmplice 162

CONCLUSÃO 172

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 177

INTRODUÇÃO

O contrato, principal negócio jurídico existente, é uma das figuras jurídicas mais presentes na vida de todo e qualquer indivíduo do mundo inteiro. Como lembra Paulo Luiz Netto Lôbo[1], "*na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz e de água*".

Trata-se de um instrumento jurídico maleável e fértil que constantemente se adapta às necessidades da economia e do mercado. Assim, é comum nos depararmos com novas formas contratuais como foram o contrato de know-how, de leasing, de shopping center, num passado bem recente, e, tal como temos acompanhado atualmente, o desenvolvimento de contratos de escrow (contratos de confiança de informática) e de contratos envolvendo produtos do mercado financeiro em geral.

Na mesma medida em que serve à economia, o contrato tem um forte aspecto social e humano, uma vez ele proporciona a relação entre pessoas desconhecidas, sobretudo com o avanço das contratações via internet. Assim, fabricantes de produtos se ligam diferentes comerciantes do mundo todo, prestadores de serviço celebram seus contratos com as mais diferentes pessoas e empresas.

Além do aspecto econômico e social do contrato, ele também se configura em um útil instrumento para os aspectos políticos de um país, sendo um meio apto para o desenvolvimento de estratégias governamentais, que podem se caracterizar como mais intervencionista ou não na vida privada, dependendo da regulamentação e da interferência legislativa no mundo dos contratos[2].

---

[1]LÔBO, Paulo Luiz Netto, Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v.16, p. 103, out./dez. 2003.

[2]ENZO ROPPO (*O contrato.* Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23) exemplifica bem essa situação "*Não faltam exemplos de particulares disciplinas contratuais introduzidas com a expressa finalidade de conseguir objetivos de política econômica de dimensão mais ampla. Basta recordar que, com a Lei n.º 755 de 15 de setembro de 1964 <lei italiana>, se estabeleceu relativamente à venda a prestações de determinados bens de consumo (eletrocdomésticos, máquinas fotográficas, barcos de desporto, motos e automóveis) uma disciplina restritiva, impondo-se uma soma mínima a pagar no momento da conclusão do contrato e uma prazo máximo para o pagamento do preço global: isto com o fim declarado de reduzir o volume de tais vendas, cuja expansão – como consta no preâmbulo da lei – provoca*

Tais fatos demonstram por si só a importância do contrato em nossa sociedade e, por conseguinte, o interesse e a utilidade em analisar sua teoria, os princípios que o norteiam e o seu âmbito de eficácia, bem como avaliar a responsabilidade civil daqueles que simplesmente ignoram a sua existência, adotando posturas que levam ao rompimento do pacto alheio.

Para essa análise, contudo, é necessário ter em mente que o contrato reflete muito o momento histórico em que é contextualizado. Desse modo, a evolução de seu âmbito de eficácia está justamente ligada à própria evolução histórica da teoria geral do contrato, ocorrida durante o século XVIII.

As concepções ideológicas que reinaram durante o século XVIII devem à Revolução Francesa, com seus ideais de igualdade e fraternidade. No campo da economia, prevalecia a teoria econômica dos fisiocratas franceses do *laisseiz- faire,* sendo o liberalismo a ordem. Culturalmente, as idéias iluministas invadiam a Europa e o homem passava a ser visto como o centro de tudo.

Em resposta ao período de opressão do Antigo Regime, desenvolveram-se as ideias individualistas com preceitos que opunham o homem ao Estado e à sociedade. O homem como ente de razão, por meio de sua vontade livre e soberana, é que criava as obrigações. A vontade do homem era a principal fonte de Direito.

Essas idéias se materializarão na teoria geral dos contratos e na construção de seus princípios formadores, que, por sua vez, gravitavam em torno do dogma da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade significa o poder de se auto-regulamentar, de ditar regras a si próprio, ou, nas palavras de Enzo Roppo[3] é *"o poder de modelar por si – e não por imposição externa - as regras de sua própria conduta"*. Desse modo, o sujeito é que criaria direitos e obrigações a si mesmo, a partir do momento em que manifestasse sua vontade de estabelecer um contrato com o outro. No entanto, a partir do momento em que o indivíduo, livremente, estabelecia obrigações para si próprio por meio das cláusulas

---

<< um movimento expansionista no aparelho produtivo... que é todavia acompanhado de uma tendência para a redução da poupança>>, correndo, assim, o risco de expor o sistema econômico a curto prazos, a tensões inflaccionistas e a médio e longo prazo a perspectivas de recessão; daí a nova disciplina restritiva daquela categoria de contratos (um elemento da estratégia com que os governos de centro-esquerda enfrentaram <<conjuntura>> de 1963-64) destinada, na intenção do legislador a <<assegurar o incremento do consumo seja adequado ao rendimento e que a relação consumo-investimentos se mantenha na medida adequada às necessidades da produção e do emprego>>".

[3]ROPPO, Enzo. *O contrato,* cit., p. 128.

contratuais, estas deveriam ser cumpridas como se lei fossem. Paralelamente, aquele que não manifestasse a sua vontade, não se obrigasse, não faria parte do vínculo contratual estabelecido, ou seja, o contrato não atingiria terceiros, não os beneficiaria e nem os prejudicaria.

Estavam aí configurados os três princípios contratuais clássicos dos oitocentos: o princípio da liberdade de contratar, o da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e o da relatividade dos efeitos contratuais. Entendia-se que se assegurando esses princípios estar-se-ia garantindo a justiça contratual e a harmonia social. Isso porque sendo as partes livres e iguais, apenas se obrigariam se efetivamente quisessem e se o conteúdo, a forma e o tipo contratual fossem do seu interesse. Nenhum sujeito livre estabeleceria prestações que lhe fossem desvantajosas, que não pudesse cumprir. Por essa mesma razão é que as obrigações estabelecidas no interesse das partes não teriam qualquer interferência na esfera jurídica de terceiros.

O âmbito de atuação do contrato restringia-se exclusivamente às partes, como um círculo fechado e imune à interferência do restante da sociedade. Era o Direito dando forma ao individualismo reinante na época.

Ocorre que, já durante o século XVIII, verifica-se que a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, garantidoras de uma contratação justa, era mais formal do que real[4]. Com a Revolução Industrial e o consequente desenvolvimento do mercado de consumo, bem como a expansão de mercados, se desenvolve uma nova forma contratual, os chamados contratos de adesão, reflexo direto do fenômeno da massificação social.

Nos contratos por adesão, tornava-se claro que a liberdade de contratar, de determinar o conteúdo do contrato, não existia da forma idealizada. Isso porque são contratos em que as cláusulas já se encontram pré-estabelecidas, não havendo possibilidade para a parte contrária de modificar tais cláusulas. Ademais, esses contratos são estabelecidos entre consumidor e grandes empresas, muitas vezes verdadeiros

---

[4]Como lembra ROXANA CARDOSO BRASILEIRO (Reconstrução do conceito de contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (Coods.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 21): "*A justificativa para essa noção formal de igualdade está no processo que levou à burguesia à ascensão econômica e política e nas razões da ideologia burguesa presente no texto do Code Napoléon. Para que a burguesia pudesse ascender politicamente e para que tivesse amplo acesso às riquezas em geral era preciso eliminar os privilégios da aristocracia da época. A fórmula encontrada para eliminação desse tratamento jurídico diverso que era dirigido à aristocracia e que impedia a plena expansão dos poderes da burguesia era a reivindicação da igualdade de todos os cidadãos. Uma vez que, jurídica e formalmente, todos fossem considerados iguais, nenhuma barreira jurídica haveria para o crescimento e fortalecimento da classe burguesa.*"

conglomerados econômicos, havendo clara desigualdade entre partes no momento da contratação, não apenas no aspecto econômico, mas como também no técnico.

Desse modo, o mercado, que era concebido, no período liberal, como um espaço democrático em que os indivíduos poderiam igualmente disputar as melhores oportunidades que atendessem os seus interesses, se transforma, na maioria das situações, num meio em que os economicamente mais fortes impõem sua vontade sobre os economicamente mais fracos.

Nesse contexto, para que o mercado não se tornasse um meio para a maximização das desigualdades sociais, e até mesmo para sua própria preservação, imprescindível que valores como otimização e solidariedade passassem a ser incorporados à teoria geral dos contratos.

Assim, viu-se a necessidade da transformação do Estado Liberal para o Estado Social, uma vez que o exacerbamento da autonomia da vontade e da liberdade contratual estava fazendo com que a parte – representada pelo interesse do empresário e pela liberdade contratual – tomasse o todo – representado pela complexidade de interesses e valores sociais envolvidos no contrato. O contrato perde aquela concepção individualista de que ele só interessa às partes, e difunde-se a ideia de que estando ele inserido em uma sociedade repleta de relações negociais, seus efeitos e sua celebração interessam a toda a sociedade.

Assim, não é mais um mero instrumento para a circulação de riquezas na sociedade de consumo e passa a ser também um instrumento social cerceado por novas ideias como a confiança, a função social e o equilíbrio durante sua celebração e execução.

Desse modo, são revitalizados três princípios de concepção mais social (a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato) que de certa maneira flexibilizaram[5] os três princípios tradicionais.

---

[5]Importante lembrar que o surgimento dos princípios contratuais contemporâneos não significou o fim ou o ostracismo dos princípios clássicos, ao contrário os novos princípios vieram aos antigos se somar, de forma a se buscar uma conciliação entre todos eles, pois convivem simultaneamente na atualidade. Nesse sentido, TERESA NEGREIROS (*Teoria dos contratos*: novos paradigmas. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002). p. 111-112, afirma que "*Em reação aos excessos provenientes da absolutização da força jurígena da vontade individual, parece equivocado opor uma absolutização as avessas, através da negação pura e simples dos aspectos voluntarísticos que constituem o instituto contratual. Por outro lado, não menos certo é que a autonomia da vontade e os princípios que em torno dela fundaram o modelo clássico de contrato devem ser relidos à luz da Constituição – o que, embora não os anule, certamente os modifica em aspectos essenciais.*"

O princípio da boa-fé consiste no dever de agir com respeito ao interesse do outro contratante e de maneira leal, para que a confiança depositada na realização do negócio jurídico não se rompa. O contrato, apesar de ser formado a partir de interesses contrapostos, é também um meio desses interesses se harmonizarem a fim de que ambos possam ser satisfeitos, surgindo o princípio da boa-fé como necessidade de colaboração e solidariedade entre as partes.

Já o princípio do equilíbrio econômico do contrato constata, em nome da efetiva justiça contratual, que mesmo que as partes escolham contratar, não estão obrigadas a cumprir os exatos termos do contrato. Deve-se analisar a situação fática que as levou a exercer sua liberdade de contratar. Assim, caso essa liberdade não tenha sido exercida de maneira plena, acompanhada da real igualdade de oportunidades dos contratantes, não há que se falar em intangibilidade do contrato[6]. Dessa forma, se uma das partes de um contrato for submetida a situação de extrema onerosidade é possível pelo princípio do equilíbrio contratual a revisão ou resolução do contrato.

Dentro de toda essa nova realidade, no entanto, o princípio que mais interessa ao presente estudo, além propriamente do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, é o princípio da função social do contrato.

O princípio da função social do contrato é a expressão mais clara da diretriz de socialidade que o Direito adotou com o advento do Estado Social e com a constatação de que o excesso de liberdade e de autonomia privada caminham, muitas vezes, contra a própria justiça social e contratual.

Conforme sua função social, o contrato não pode ser visto apenas como algo restrito à esfera de atuação das partes que o celebram. Ora, se como vimos, o contrato é uma figura jurídica que influi nos diversos aspectos da vida em sociedade, tais como a economia e a política, não é lógico, atualmente, admitir, como durante o século XVIII que seus efeitos se restrinjam exclusivamente às partes.

A nova ordem estabelecida com o advento do Estado Social, solidária, que visa assegurar a todos uma existência digna e construir uma sociedade justa não permite mais

---

[6]É justamente nesse ponto que encontramos a grande diferença entre a justiça contratual do século XIX e a justiça contratual do século XX. Enquanto a primeira basicamente ignorava a realidade, simplesmente pressupondo que as partes eram livres e iguais sempre, de forma que, respeitando o que haviam pactuado, atingiriam a justiça contratual; a segunda se atentava para os dados da realidade, notando que nem sempre as partes eram livres e iguais e que, sendo assim, a justiça contratual somente poderia ser efetivamente alcançada por meio da intervenção estatal no contrato.

que os negócios sejam firmados exclusivamente baseado nos interesses e vontades daqueles que o firmam.

Com efeito, para que se atinjam os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade justa e solidária, é necessário que todas as avenças sejam socialmente úteis e valoráveis, não atingindo de forma prejudicial os interesses de terceiros estranhos à relação contratual.

Assim, consoante a sua função social, o contrato não pode ser ato atentatório à segurança, à liberdade, à dignidade e aos valores éticos[7] protegidos pelo ordenamento. Pelo contrário, por estar tão presente em nossas vidas, como vimos, é o principal instrumento jurídico para a promoção dos valores que o sistema visa proteger.

Nesse diapasão, justamente por promover esses valores de interesse de toda a sociedade é que sua existência não pode ser ignorada nem por aqueles que não são parte do contrato.

É pacífico e até de fácil entendimento que, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais não deva ser absoluto, sob pena de ferir a própria justiça social, uma vez que deve ser admitida a resolução ou revisão contratual diante de situações imprevisíveis que tornem o contrato extremamente oneroso a uma das partes (princípio do equilíbrio econômico do contrato) ou ainda diante da possibilidade de cláusulas abusivas serem consideradas como não escritas (princípio da boa-fé objetiva). Tais situações estão, inclusive, positivadas no Direito Brasileiro.

Não era, contudo, tão facilmente aceitável na doutrina e na jurisprudência brasileira a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais pelos novos princípios do Direito Contratual, sobretudo, pela função social do contrato.

Possivelmente, a dificuldade inicial de nosso sistema jurídico em aceitar que o contrato possa produzir efeitos para além das partes, deve-se ao fato de inexistir em nosso ordenamento um artigo de lei positivando o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, como na França e na Itália, o que certamente adiou o debate a respeito dele em terras brasileiras. Além disso, essa relutância pode-se também ser decorrente da arraigada distinção entre direitos reais como aqueles oponíveis *erga omnes* e direitos pessoais como aqueles oponíveis somente em relação as partes da obrigação.

---

[7]A eticidade é um dos princípios norteadores do atual Código Civil Brasileiro, juntamente com a operabilidade e a socialidade.

Ocorre que a possibilidade dos efeitos de um contrato ir além das fronteiras das partes é de suma importância, principalmente, se considerarmos a atual realidade do século XXI, em que o desenvolvimento da sociedade de consumo, o aumento das relações intersubjetivas, o surgimento de grandes operações econômicas, a desmaterialização e a despersonalização do comércio fizeram com que o crédito passasse a ser tão valorizado quanto a propriedade.

Dessa maneira, a relevância social que o direito de crédito conquistou na sociedade contemporânea deixou claro que ele não está mais sujeito à lesão ou à violação apenas do devedor da relação obrigacional, mas também pode sofrer interferências nocivas de terceiros[8], razão pela qual pretendemos demonstrar que ele deve ser tutelado de maneira também *erga omnes*[9].

Assim sendo, para o desenvolvimento da economia moderna é extremamente importante que o direito de crédito passe a ser visto como algo que deve ser respeitado mesmo por aqueles que em nada colaboraram para o seu surgimento. Ou seja, terceiros devem respeitar a existência de um contrato, não agindo de forma a prejudicar o direito de

---

[8]E. SANTOS JÚNIOR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 459), afirma que *"Dize-se, enfim, que o terceiro não pode lesar o direito de crédito, que isso lhe é impossível, dado o crédito ser relativo, apenas o devedor podendo o lesar ou violar, por apenas a ele estar adstrito à realização da prestação, será um puro conceitualismo desfazado da realidade, quando não até um ilogicismo, oculto sob a capa de um raciocínio aparentemente lógico. O fato de só o devedor estar adstrito ao dever de prestar não significa que haja uma insusceptibilidade de terceiros interferirem com o crédito e que terceiros não devam abster-se de com ele interferir".* Interessante destacar aqui também o posicionamento deste autor ao defender que o direito de crédito é oponível não somente pela relevância atual do crédito, mas pelo simples fato de ser um direito subjetivo. Assim, afirma nas p. 463-464 da obra citada que *"O direito de crédito é um direito subjectivo, uma espécie de direito subjectivo. Ora, por definição, como vimos, o direito subjectivo acarreta em si uma idéia de exclusão ou de exclusividade: de exclusão dos outros da actuação do bem reservado ao titular, de exclusão dos outros do aproveitamento daquele bem; de exclusividade do titular na actuação ou no aproveitamento daquele bem. A exclusão dos outros – ou exclusividade do titular na actuação do bem que o direito subjectivo lhe garante – postula a oponibilidade do direito, a possibilidade de este poder ser oposto aos outros, por modo a demarcar-lhes um limite à sua liberdade de agir. Opor o direito é afirma-lo , enquanto tal, perante os outros, é poder exigir dos outros que o respeitem. A oponibilidade é, assim, uma manifestação de eficácia do direito subjectivo em relação aos outros. De princípio, o dever geral de respeito é, pois, imanente a qualquer direito subjetivo, não excluído o direito de crédito".*

[9]PATRÍCIA CARDOSO (Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 20, p. 138, out./dez. 2004), sobre a aproximação dos direitos de crédito e direitos reais discorre que *"O crédito, face à sua importância atual na sociedade e ao aumento da intersubjetividade – diferentemente do que ocorria no período liberal, onde a propriedade imobiliária era a medida por excelência de circulação de riqueza -, não pode mais ser relegado, impondo-se sua valorização em relação aos direitos reais, o que repercute no reconhecimento da tutela externa do mesmo. A visão tradicional de que o direito de crédito estaria exaurido na relação que liga o credor ao devedor funda-se na dicotomia 'absoluto-relativo', de modo este seria apenas exercitável em face de pessoas determinadas, enquanto os direitos reais seriam exercidos pelo titular em relação à coletividade como um todo, gerando um dever geral de abstenção. Nesse sentido, trata-se o crédito como decorrente relação jurídica relativa, não levando em consideração outros aspectos também importantes, sendo certo que esta relação enquanto objetivamente existente, tem também uma projeção erga omnes, gerando deveres gerais de não prejudicá-la".*

crédito alheio, como, por exemplo, celebrando com a parte de um contrato um outro contrato incompatível com o contrato pré-existente.

Diante desse panorâma, o problema central dessa dissertação é saber se é possível responsabilizar civilmente um terceiro por interferir indevidamente em um contrato, causando seu inadimplemento por uma das partes, bem como, em que medida, essa constatação, se positiva interfere na interpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Com esse objetivo, o presente trabalho estuda como nos tempos atuais deve ser entendido o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, a produção de efeitos para além do círculo que envolve as partes, a diferença entre relatividade e oponibilidade do contrato, para, finalmente, avaliar a responsabilidade do terceiro que interfere na relação contratual. Para tanto, a dissertação é dividida em cinco capítulos, os quais estão distribuídos em duas partes. A primeira parte, geral, que trata dos princípios do direito contratual e a segunda parte, específica, que se ocupa do nosso problema: a reinterpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais e a questão da responsabilidade do terceiro interferente na relação contratual.

Como a evolução da teoria do direito contratual é um dos pontos desenvolvidos em nosso trabalho, no primeiro capítulo, nos dedicamos a tratar da evolução do contrato desde o Direito Romano até os dias atuais, bem como de sua definição.

No segundo capítulo, tratamos da origem da concepção contratual clássica e dos seus três princípios formadores: o princípio da liberdade de contratar, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos efeitos contratuais.

No terceiro capítulo, nossa preocupação volta-se para as transformações sofridas pela concepção tradicional clássica e a revitalização dos princípios contratuais de cunho social: a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato, que são de fundamental importância para uma nova visão dos princípios contratuais clássicos.

No quarto capítulo, tratamos propriamente da questão da necessidade de se reinterpretar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, do conceito de terceiro, da noção de oponibilidade e das situações envolvendo o terceiro vítima e o terceiro cúmplice.

Finalmente, no último capítulo, tratamos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, sua natureza e seus requisitos.

PARTE GERAL

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

CAPÍTULO 1. A FIGURA DO CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO

Não são poucos os doutrinadores que afirmam que, sem o contrato, a sociedade de consumo que hoje conhecemos, desenvolvida economicamente, responsável por constantes inovações tecnológicas que aumentam a qualidade de vida da população, não se apresentaria dessa forma[10].

Isso porque o contrato é o instrumento jurídico responsável pela circulação de riquezas na sociedade[11]. É por meio dos contratos que os indivíduos buscam bens necessários para a satisfação de seus interesses e dispõem daqueles que não lhe são úteis na perseguição de seus objetivos. É essa figura que possibilita a alteração da situação jurídica de bens e pessoas[12], bem como possibilita a aproximação dos indivíduos, regulamentando interesses convergentes, divergentes e paralelos[13].

---

[10]Nesse sentido, afirma CLÁUDIA LIMA MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 38): "*Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade*".

[11]Circulação de riqueza, conforme ensina o professor ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR (in *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1992. p. 7), é o "*deslocamento atual ou potencial de produtos e serviços – procurados e oferecidos no mercado, e dotados, assim, de um valor de mercado – do patrimônio de um sujeito para o patrimônio de outro. Patrimônio é o setor das esferas jurídicas dos sujeitos de direito (pessoas naturais ou coletivas) no qual se concentram as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas do seu titular, suscetíveis de valoração econômica e conseqüente expressão pecuniária*".

[12]Conforme ensina ORLANDO GOMES (*Contratos.* 26. ed. rev., atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10): "*A idéia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia. Pode ser limitada, não obstante, ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que se apresenta em todas as partes do Direito Civil: no Direito das Obrigações, no Direito de Família, no Direito das Coisas e no Direito das Sucessões*".

[13]Vale aqui destacar as sempre atuais palavras de CLÓVIS BEVILAQUA, (*Direito das obrigações.* 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1950. p. 149): "*Por meio do contracto, o habitante do extremo da Asia ou da Australia e o que vive sob o céo americano, onde brilha a luz branca de estrella polar, ou onde resplandece a constellação do cruzeiro, reconhecem a congruencia de seus interesses, associam-se, ainda que momentaneamente, e, sem que jamais se vejam, entram numa cooperação, para o fim de satisfazerem as próprias necessidades. Embora não se conheçam, senão como armazéns de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transacções, centuplicando as energias.*"

Assim sendo, deve ser visto como instrumento integrante do desenvolvimento econômico e, consequentemente, do próprio desenvolvimento social[14]. Com efeito, as trocas protagonizadas pelo contrato trazem benefício para a sociedade como um todo, já que transferem aos recursos o seu mais alto valor, colaborando para o seu uso mais produtivo[15].

Tanto é assim que a evolução desse instituto está ligada à evolução da sociedade, incluindo aqui sua forma de organização política, bem como das operações econômicas, numa relação diretamente proporcional: quanto maiores e mais sofisticadas as operações econômicas de uma sociedade, maior o desenvolvimento e a importância da teoria contratual.

Esse vínculo entre contrato e desenvolvimento de uma sociedade, inclusive, foi objeto da *Lei de Maine,* isto é, premissa do historiador inglês Henry Sumner Maine[16] (século XIX), de acordo com o qual todo o desenvolvimento da humanidade pode ser sintetizado na transição do "*status"* ao "*contrato",* que pode ser explicada da seguinte forma: enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens eram ditadas pela classe, ordem ou grupo que o indivíduo ocupava, ou seja, pelo seu *status*, nas sociedades modernas a relação entre os homens tende a ser livre, fruto de sua vontade individual, encontrando no contrato o seu instrumento de atuação. Trata-se da passagem da *agregação voluntária* para a *associação voluntária.*

O contrato como hoje o conhecemos pode ser juridicamente definido "*negócio jurídico bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes é a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial*[17]*"*. Ou seja, há um consenso entre as partes voltado para um determinado fim, que produz determinado efeito jurídico.

---

[14]Mais uma vez reportamo-nos à BEVILAQUA (*Direito das obrigações,* cit., p. 149), que assim pondera: "*Assim para ser applicada, em sua maior latitude, a grande lei economica da divisão do trabalho, necessita de vasar-se pela fiera dos contractos. Egualmente, para receber força intensiva, terá que recorrer, necessariamente ao mesmo e inevitavel expediente. Na mesma construcção, na mesma fabrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos indivíduos chamados ao seu serviço, operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, sem essa convergência de interesses, não teria andamento a empreza. Mas, para reconhecer, praticamente, esses interesses e faze-los subordinar ao fim visado pelo emprezario, só há, hoje, um meio, que é o contracto".*

[15]A esse respeito E. SANTOS JÚNIOR (*Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito,* cit. p. 161).

[16]*apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 138.

[17]GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 11. Ou ainda, conforme ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 23): "*Posso, assim, esboçar um conceito*

Mas, qual seria a origem dessa figura tão importante em todas as áreas da sociedade (política, econômica e jurídica)? No breve histórico que traçaremos a seguir, verificaremos que o foco da ideia de contrato passou de um instrumento formal para um instrumento consensual, já que assim se adequaria melhor à realidade econômica da época. Atualmente, como restará demonstrado em momento oportuno, o contrato tornou-se um instrumento social. Ou seja, o conceito de contrato, sua amplitude, seus efeitos e suas principais funções são moldados de acordo com o contexto histórico e ideológico em que se inserem. Fato decorrente tanto da sua maleabilidade e flexibilidade, quanto da sua importância política e econômica.

É indiscutível que o contrato, negócio jurídico por excelência, tenha sido moldado a partir da própria realidade social, sendo, inicialmente, uma criação da própria sociedade[18] e não da ciência do Direito. Irreparáveis, dentro desse contexto, as palavras do professor Antônio Junqueira de Azevedo: "*(...) negócio jurídico é um conceito de sempre; o povo, qualquer povo, sempre tem uma idéia clara ainda que confusa do negócio jurídico. O negócio jurídico existe desde a pré-história. É ele um modo de comportamento humano, uma forma – a jurídica – de os homens se relacionarem, como acontece com a linguagem e a convivência social. Não há sociedade sem negócio jurídico. O negócio jurídico é um fato social, no sentido preciso de criação coletiva. As sociedades primitivas, quer as que existiram quer as que persistem à margem da civilização, apresentam na vida social determinados modelos de comportamentos, revelados por observadores inteiramente alheios ao direito e que são atitudes jurídicas: são negócios jurídicos".*[19]

Apesar, contudo, da figura contratual ser quase "pré-histórica", confundindo-se com o surgimento da própria vida em sociedade, a sua concepção como figura geral e abstrata é recente, sendo fruto do pensamento político e econômico dos séculos XVIII e XIX.

---

de contrato, como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações de caráter patrimonial". O Código Civil italiano também assim define o contrato em seu artigo 1.321, como 'o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial", no original: art. 1321 *Nozione Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro um rapporto giuridico patrimoniale.* Fato é que, no conceito de contrato sempre estarão presentes a bilateralidade, o acordo de vontades e o caráter patrimonial.

[18]Ilustrativa nesse sentido a colocação de E. SANTOS JÚNIOR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito*, cit., p. 136): "*Uma figura maravilhosa, o contrato. Humana, tão humana como a socialização inata ao homem, traduzida em relações ora de caracter pessoal ora de carácter patrimonial. E aí está o contrato: do contrato de casamento ao contrato-expressão de uma operação econômica. Um instrumento vital da vida societária, a um tempo, operando e refletindo a própria sociedade."*

[19]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 44.

Com efeito, nem mesmo o Direito Romano conheceu o contrato como hoje é concebido, de forma geral, incorporador de uma série de diferentes operações econômicas, sempre apto a produzir efeitos jurídicos.

No Direito Romano clássico, o contrato apenas produziria efeitos jurídicos se revestido de certas formalidades, as quais consistiam, muitas vezes, no pronunciamento de determinadas palavras, como era o caso da *stipulatio*[20]. Sem o cumprimento dessas formalidades, estar-se-ia apenas diante de um *pacto,* mero acordo de vontades, que não seria protegido pelo Direito com uma ação própria[21].

Aliás, a tipicidade das ações no Direito Romano levou também à tipicidade contratual. Diferentemente do nosso Direito, em que o direito subjetivo pode fazer nascer qualquer ação, no Direito Romano os tipos de ações já existentes é que possibilitavam ou não a propositura de determinada demanda para salvaguardar um direito.

Dessa forma, apenas determinados tipos de contratos que preenchessem certos requisitos é que poderiam ser protegidos por uma *actio* decorrente da existência desses requisitos.

Importante aqui abrir um parêntese para destacar que toda essa formalidade do Direito Romano, não impediu que os romanos reconhecessem a existência de contratos consensuais. No entanto, esses contratos eram em número reduzido, limitados à compra e venda, locação, mandado e sociedade. Nas *Institutas,* Gaio menciona quatro maneiras de se obrigar pelo contrato: a) *res,* consistente na entrega da coisa; b) *verbis,* consistente no pronunciamento de certas palavras; c) *litteris,* consistente no registro escrito e d) *consensu,* ou seja, o simples consentimento.

Esse sistema tipificado do contrato em Roma, contudo, com o desenvolvimento econômico e social dos romanos acaba por cometer algumas injustiças. Isso porque, à

---

[20]"*A sua forma traduzia-se numa pergunta oral dirigida por um sujeito a outro e que se reportava ao objecto da prestação – algum dos referidos; a resposta dava-se usando, na primeira pessoa do indicativo, o verbo com que se fazia a pergunta: Dari spondes? Spondeo; Dabis? Dabo; Promittis? Promitto, etc.*" (SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 140).

[21]Dentro desse contexto, corrobora JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (*Direito romano.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2, p. 128: "*No direito clássico, os juristas, ao invés de conceberem o contrato como uma categoria geral e abstrata, conheciam apenas alguns tipos de contrato (contractus), em que – segundo a concepção romana – não é o acordo de vontade (elemento subjetivo pressuposto no contrato) que faz surgir a obrigação, mas sim, um elemento objetivo (observância de formalidades, ou entrega da coisa: forma ou datio rei). O simples acordo de vontades (pactum, conventio) não gera obrigação, sendo tutelado, não por uma actio, mas indiretamente, por uma exceptio: daí a máxima nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem (o pacto nu não gera obrigação, mas, sim, exceção). Portanto, contrato e acordo de vontade (pactum, conventio) não se confundem, no direito clássico*".

medida que as relações entre os homens se intensificaram, comum se tornou a utilização de contratos que não possuíam para sua proteção uma ação correspondente, principalmente nas trocas de prestação e contraprestação[22].

Nesse âmbito, destacou-se a figura do pretor que, para evitar que situações como essas deixassem de ter reconhecimento jurídico, passou a recorrer à *actio,* de caráter geral, ou à *exceptio,* tutelando os interesses da parte do contrato que cumprindo com sua prestação deixou de receber a contraprestação que lhe era devida.

Esse movimento possibilitou que, no período pós-clássico, surgissem no Direito Romano os contratos inominados, que na época de Justiano passaram a ser passíveis de efeitos jurídicos, independentemente de serem tipificados ou não. Desse modo, a parte que cumprisse sua prestação em decorrência do vínculo formado, teria o direito de exigir judicialmente a contraprestação respectiva[23].

Desse modo, constata-se, já no Direito Romano, a modificação da figura do contrato de acordo com as modificações econômicas, sociais e políticas sofridas pela sociedade romana. Afinal, um contrato extremamente formal já não era capaz de atender os anseios econômicos de cada cidadão romano, o que contribuiu para o surgimento das figuras contratuais atípicas e a sua correspondente proteção pela ordem jurídica, o que era impensável no período clássico.

Ainda assim, o contrato não chegou a ser visto como hoje o é, decorrente exclusivamente da manifestação de vontade das partes, que se obrigam pelo mero consenso, limitando livremente a sua liberdade por meio do vínculo contratual formado, o

---

[22]Como afirma ADRIANA SCHLABENDORFF (*A reconstrução do direito contratual*: o valor social do contrato. Tese (Doutor em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 167) "*É de salientar que a stipulatio desempenhou importante papel com relação a essa formalidade do direito clássico, pois, como promessa unilateral de prestação, possuía um caráter mais elástico, de modo que era aplicável de forma tão vasta, possibilitando tornar juridicamente exigível qualquer prestação lícita sob qualquer condição lícita"*. Ocorre que nem mesmo a *stipulatio* será capaz de atender todas as novas relações contratuais surgidas com a intensificação do comércio romano.

[23]CLOVIS BEVILAQUA resume bem a evolução contratual romana (*Direito das obrigações,* cit., p. 152): "*Os romanos distinguiam a convenção, o pacto e o contracto. Convenção era um termo geral, o gênero dentro do qual se incluíam as espécies: - pacto e contracto. Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt (D. 2, 14, fr. I, § 3). O pacto era uma convenção incapaz de produzir, em rigor, força juridicamente vinculante, por lhe faltar a sancção da lei civil. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus (D. 2, 14, fr. I, § 2). Se, porém, o direito civil havia reconhecido a convenção, dando-lhe uma outra forma, attribuindo-lhe effeitos obrigatórios e munindo-a de uma acção sacionadora, então, a convenção era um contracto, cuja funccção de vincular é bem claramente indicada pelo vocábulo – contractus (de contrahere – unir). Estas distinções não têm hoje mais cabimento. Ainda, no direito romano, ellas se annullaram quase, nos ultimos tempos, com os pactos pretórios, os legítimos e os adjectos, que eram providos de sancção e cuja creação restringiu, sobre modo, o domínio dos pactos nus, que, aliás, podiam servir de base a uma excepção. Nuda pactio obligationem non parit, proclama o direito romano, sed parit exceptionem (D. h. t. fr. 7, § 2)"*

qual deve ser respeitado e cumprido independentemente de qualquer formalidade, para que gere efeitos jurídicos.

Essa forma de entender o contrato está relacionada com a evolução teórica do Direito a partir da Idade Média, fortemente influenciada pelo Direito Canônico e pela Escola do Direito Natural.

Nesse contexto, importante destacar que, com a queda do Império Romano, há uma sustação na evolução do Direito e consequentemente do campo contratual. Os povos bárbaros que invadiram o Império não possuíam os elementos culturais que formavam o sistema jurídico do Direito Romano, e aos escritos romanos se misturaram os costumes orais daqueles povos. Assim sendo, o que se verificou foi o abandono de toda a evolução contratual romana, que chegou a conhecer os contratos atípicos, e uma retomada do excesso de formalismo e simbolismo existentes nas poucas figuras contratuais bárbaras[24].

Já na Idade Média, a partir dos séculos XI e XII, há a formação e consolidação do Direito Canônico com as diversas compilações de suas fontes e princípios (*Decreta, Líber extra, Clementinae)*. Nesse momento, há também a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis,* e os juristas eclesiásticos retiram do Direito Romano alguns princípios e a forma de organização científica do Direito.

Paralelamente o Direito Canônico influencia o Direito Romano[25] com os princípios da moral cristã, dentre os quais interessa para o campo contratual a força da palavra dada. Descumprir o que foi prometido era pecado. Assim sendo, a promessa tinha força obrigatória por si mesma, desvinculada de qualquer formalismo[26].

---

[24]Nesse sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3, p. 8): "*Com a invasão dos bárbaros, que trouxeram da Germânia a influência de seu direito, houve um retrocesso. Simbolistas, materializavam, à sua vez, o contrato em manifestações concretas externas, rejeitando a validade dos atos puramente abstratos"*. ADRIANA SCHALABENDORFF, (*A reconstrução do direito contratual*: o valor social do contrato, cit., p. 173), pontua: "*A verdade é que, na prática, o formalismo parece ter sido a característica dominante e precípua nos contratos francos, note-se, contudo, que esse formalismo possuía caráter simbólico. Os contratos exigiam o pronunciamento de certas palavras e a realização de determinados gestos, mas isso não era tudo, pois impunha-se a necessidade de entrega simbólica de um objeto para que então o contrato fosse válido"*.

[25]CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*, cit., p. 8): "*Por seu turno, os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão interpretavam as normas de Direito Romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía peccatum, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os jurisconsultos canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento"*.

[26]"*A contribuição dos canonistas consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso, e, de outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva á idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente*

Dentro dessa ideia, destacou-se para o Direito Contratual a força vinculativa do simples consenso das vontades, abandonando-se de vez a necessidade de formalismos para que o acordo de vontades existente em um contrato gerasse efeitos.

Desse modo, a partir do momento em que alguém se comprometesse com outro por meio de um acordo, este teria, pela simples promessa, força vinculativa, e obrigatoriamente deveria ser cumprido na medida exata daquilo que tivesse sido combinado, num claro início do princípio do *pacta sunt servanda.*

Posteriormente, a escola do Direito Natural contribuiu de forma ampla para a formação de uma teoria geral dos contratos, acrescentando racionalidade a essa construção. Passou a tratar o consentimento como figura central do contrato. A vontade manifestada de forma livre vinculava as partes, gerando obrigações.

A escola do Direito Natural foi influenciada pelos pensamentos de Kant[27], segundo o qual o homem é um ente de razão, portanto, fonte do direito; apenas o seu agir é que determina a expressão jurídica que se realiza. De acordo ainda com os pensamentos de Kant, a liberdade é um direito inato do homem e apenas pode ser limitada por ele mesmo, por meio da sua vontade. A vontade é a única fonte de obrigações.

Dentro desse contexto, os jusnaturalistas Grotius e Punfendorf defendiam a vontade ou o consentimento como elemento essencial do contrato. Para esses autores o respeito à palavra dada é um direito natural, sendo o homem a fonte de autoridade e do direito.

A sociedade deve ser compreendida como um conjunto de homens livres e iguais que se ligam exclusivamente por sua vontade, fonte natural de justiça. Entedia-se, baseado nas idéias de Kant que quando alguém decidisse algo com relação a si mesmo, dificilmente cometeria injustiças. Desse modo, a vontade humana era a fonte de justiça.

Esse voluntarismo também pode ser notado nas teorias contratualistas de formação do Estado, como a tese do Contrato Social de Rosseau, em que o contrato, além de fonte de obrigações entre os indivíduos, é lançado também como base de toda a

---

de uma ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de certas regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes" (GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 6).

[27]Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes.* Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

autoridade, a autoridade estatal. Afinal, o Estado apenas existe porque os cidadãos assim consentiram, isto é, formaram o Estado por meio de um acordo de vontades[28].

Nos séculos XVII e XVIII, a escola francesa representada por Domat e Pothier foi responsável por uma maior sistematização da teoria do contrato. Tratando-o de forma geral e abstrata, reafirmando a importância do acordo mútuo de vontades para criar obrigações e, em sendo o poder de criar das vontades infinito, não há mais que se tratar os contratos de forma tipificada, como chegou a ser no Direito Romano (em que havia a divisão entre pacto e contrato e esses em tipos para matérias específicas), devendo ser a figura contratual tratada de forma geral, produzindo efeitos qualquer que fosse o contrato, desde que a vontade seja livre e sem vícios (teoria dos vícios do consentimento).

Nesse diapasão, o *Code Civil* de 1804 influenciado por Domat e Pothier, bem como, obviamente, pelos ideais da Revolução Francesa, teve o mérito de positivar elementos fundamentais da teoria geral dos contratos. O Código de Napoleão consagrou o livre consentimento, uma vez que era o instrumento jurídico da liberdade e da igualdade. As partes seriam livres para contratar, vinculando-se apenas por aquilo que consentiram. Assim, estabelecia o artigo 1.134 que os contratos legalmente formados tem força de lei para aqueles que o celebram[29].

Tem-se, assim, a positivação do voluntarismo no campo do Direito Contratual que influenciaria as codificações em todo o mundo, formando-se aí a denominada concepção clássica do contrato, baseada no dogma da autonomia da vontade e nas suas consequências diretas: o princípio da liberdade contratual, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos

---

[28]Nas palavras de ROUSSEAU (*Do contrato social.* Edição Ridendo Castigat Mores, versão para ebooks, 2002. p. 23-24) "*Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então este estado primitivo não tem mais condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse a maneira de ser. Ora, como é i possível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio para se conservarem, senão formando, por agragação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil, e fazê-los agir de comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de diversos; contudo, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará ele sem se prejudicar, sem negligenciar aos cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto pode ser enunciada nos seguintes termos.*
'Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e, pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente'. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social."

[29]No original: Article 1.134 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

contratuais e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, este último o objeto de nosso estudo.

O contrato, assim, era a expressão máxima do individualismo. As partes livres optavam por contratar ou não. A partir do momento em que contratavam deveriam cumprir com a obrigação estabelecida como se fosse uma determinação legal. Obviamente, aqueles que não expressassem sua vontade, deixando de contratar, não poderiam sofrer seus efeitos (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest).*

Chegou-se, portanto, ao conceito atual de contrato encontrado nos diversos Manuais de Direito Civil, segundo o qual o mero acordo de vontades, o simples consenso, obriga. Apenas para exemplificar, podemos citar a definição dada por alguns juristas brasileiros, os quais o tratam como negócio jurídico que emana da vontade das partes e que pelo simples consenso está apto a gerar efeitos. Assim, Maria Helena Diniz[30]: "*O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo para sua formação do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados"*; Arnoldo Wald[31]: "*O contrato é um negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)"*; e, apenas para não nos alongarmos, Carlos Roberto Gonçalves[32]: "*Desde Beviláqua o contrato é comumente conceituado de forma sucinta, como o 'acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos'. Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato"*.

Como afirmado no início deste Capítulo, no entanto, "*o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura, segundo o contexto económico e social em que está inserido"*, já que é moldado a partir da própria realidade social. Dessa forma, embora o contrato seja ainda hoje visto como consequência do simples acordo de vontades, decorrendo daí seus efeitos jurídicos, os mesmos autores que hoje assim o definem, defendem também que não é a vontade a única fonte de obrigações contratuais.

Com efeito, as novas transformações econômicas e sociais, marcadas inicialmente pela Revolução Industrial e pela consequente massificação da sociedade e das relações

---

[30]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. v. 3, p. 13.

[31]WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 208.

[32]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 2.

entre os indivíduos, evidenciaram para os juristas de todo o mundo que o contrato se insere na malha social, não podendo ser visto na sociedade atual como instrumento individual, fruto exclusivo da vontade, que interesse apenas às partes. Isso porque essas mudanças sofridas no campo da economia, responsáveis pela sociedade de consumo atual, comprovaram que a visão de um contrato cujo objetivo fosse exclusivamente a satisfação de interesses pessoais seria fonte de injustiças e contrário à dignidade da pessoa humana, bem como à nova ordem ética e solidária que se impõe.

Não há, por certo, um abandono da autonomia da vontade como criadora do contrato, razão pela qual, inclusive, ela é encontrada na definição de contrato nos manuais de Direito, como vimos. No entanto, ela deixa de ser vista como um instrumento em função do capitalismo, para ser vista como um instrumento em função da sociedade[33], o que inclui na interpretação e entendimento do contrato princípios como o da função social do contrato, o da boa-fé objetiva e o do equilíbrio econômico.

Esses princípios contratuais, de escopo mais social, acabam por relativizar[34] o conjunto de princípios contratuais clássicos, de maneira que a ideia de que as partes são livres no momento de contratar, devendo se vincular ao acordado como imposição de um preceito legislativo, não produzindo, o contrato, efeitos para além dessas partes, serão abaladas, sobretudo, com a possibilidade de o contrato gerar efeitos e deveres para aqueles que sequer contrataram, ou seja, para os demais indivíduos integrantes da sociedade.

Para entendermos melhor as transformações atuais do contrato e consequentemente a reinterpretação que deve ser feita de seus princípios clássicos, vamos analisar a influência de cada período histórico na formatação dos seis princípios hoje vigentes.

---

[33]A esse respeito, ensina HELOÍSA CARPENA (*Abuso do direito nos contratos de consumo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36): "*Vinculado como é ao contexto histórico, o princípio da autonomia da vontade no quadro do direito social não apenas se relativiza, mas passa a ser funcionalizado. Esta funcionalização significa que, para realizar seu papel na circulação de bens e serviços e na auto-regulamentação das relações, a autonomia estará condicionada à utilidade social que tal circulação possa representar'*".

[34]O fato dos princípios contratuais sociais relativizarem os princípios clássicos não significa que os excluam. Apenas trazem à ciência do Direito, na sua constante busca pela justiça, uma nova forma de lê-los e de interpretá-los. Como salienta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. IX): "*Mesmo vestido com as modernas instrumentárias principiológicas, o contrato não pode deixar de ser fruto da força criativa e livre da vontade, nem tampouco pode ser privado de sua natural e necessária força obrigatória entre os contratantes, e muito menos pode transformar-se em fonte de obrigações para quem da convenção não participou. É claro que a área dos preceitos e princípios de ordem pública muito se alargou e que os princípios clássicos tiveram suas dimensões reduzidas. Não foram, porém, anulados*".

CAPÍTULO 2. A CONCEPÇÃO CONTRATUAL CLÁSSICA E SUAS ORIGENS

Grande parte dos contornos da teoria contratual como hoje conhecemos foram sedimentadas durante o século XVIII e início do século XIX, período em que vigorava o liberalismo na economia, os ideais de fraternidade, igualdade e liberdade da Revolução Francesa no campo político e, no campo do Direito com a influência de todas essas mudanças na ordem econômica e política, vigorava o dogma da autonomia da vontade.

Essas teorias econômicas, sociais e jurídicas eram claramente a resposta das classes oprimidas pelo Antigo Regime, sobretudo da burguesia, à constante intervenção estatal e à manutenção de privilégios de origem feudal, que impediam o seu desenvolvimento e crescimento econômico[35].

De acordo com a teoria do liberalismo econômico, inicialmente desenvolvida por Gournay e Quenay[36], e bastante difundida por Adam Smith[37], o mercado se auto-regulamentaria, por meio da livre concorrência e da lei da oferta e da procura, sem a necessidade da constante intervenção estatal. Naturalmente, a distribuição das riquezas seria justa, pela simples liberdade que se deveria dar ao mercado.

---

[35]"*Foi essa classe média, a burguesia, que provocou a Revolução Francesa, e que mais lucrou com ela. A burguesia provocou a revolução porque tinha que fazê-lo. Se não derrubasse seus opressores, teria sido pôr eles esmagada. Estava na mesma situação do pinto dentro do ovo em que tem que romper a casca ou morrer. Para a crescente burguesia os regulamentos, restrições e contenções do comércio e indústria, a concessão de monopólios e privilégios a um pequeno grupo, os obstáculos ao progresso criados pelas obsoletas e retrógradas corporações, a distribuição desigual dos impostos, continuamente aumentados, a existência de leis antigas e a aprovação de novas sem que fôsse ouvida, o grande enxame de funcionários governamentais bisbilhoteiros e o crescente volume da dívida governamental – toda essa sociedade feudal decadente e corrupta – era a casca que devia ser rompida. Não desejando ser asfixiada até morrer penosamente, a classe média burguesa que surgia tratou de fazer com que a casca fosse rompida."* (HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. p. 159).

[36]"*Laissez-faire tornou-se o lema dos fisiocratas franceses que viveram na época de Gournay. Eles são importantes porque constituem a primeira 'escola' de economistas. Formavam um grupo que, a partir de 1757, se reunia regularmente sob a presidência de François Quesnay para examinar os problemas econômicos. Os membros da escola escreveram livros e artigos pedindo a eliminação das restrições, defendendo o comércio livre, o laissez-faire.(...). Os fisiocratas chegaram à sua fé no comércio livre por um caminho indireto. Acreditavam, acima de tudo, na inviolabilidade da propriedade privada da terra. Por isso, acreditavam na liberdade – o direito do indivíduo fazer de sua propriedade o que melhor lhe agradasse desde que não prejudicassem a outros. Atrás de sua argumentação a favor do comércio livre está a convicção de que o agricultor devia ter permissão para produzir o que quisesse, para vender onde desejasse. Naquela época, não só era proibido mandar cereais para fora da França sem pagar imposto, como o próprio trânsito do produto de uma parte do país para outra era taxado"* (HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem,* cit., p. 149-150).

[37]Cf. SMITH, Adam. *A riqueza das nações.* Trad. Maria Teresa Lemos de Lima. Curitiba: Juruá, 2006.

Assim, o liberalismo, na medida em que refuta qualquer ideia de intervencionismo estatal, liga-se ao individualismo, visto como total oposição do indivíduo em face do Estado.

Paralelamente, o campo do Direito, influenciado pela prevalência do pensamento liberal, pela Escola do Direito Natural e pelas ideias de Kant, adotou a vontade livre das partes como a verdadeira expressão jurídica apta a gerar obrigações. Trata-se do dogma da autonomia da vontade[38].

De acordo com esse dogma, a vontade do homem é soberana, sendo a fonte legítima das obrigações. O homem sendo livre, apenas pode se obrigar por meio da expressão de sua vontade também livre, ou seja, sem vícios. A vontade fundamenta o poder jurídico de se criar regras a si próprio.

Decorrência lógica da autonomia da vontade, o princípio da liberdade de contratar garantiria a soberania da vontade e o individualismo, já que os indivíduos poderiam, de acordo com sua livre convicção, decidir entre contratar ou não, o que contratar e com quem contratar, cabendo à lei apenas um papel supletivo de garantir o cumprimento das obrigações livremente contraídas.

---

[38]Não há ainda hoje entre os juristas um consenso sobre a origem da expressão autonomia da vontade. FERNANDO NORONHA (*Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas.* 1990. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 88), atribui à Gounot, que, em 1912, para tecer suas críticas a esse dogma reinante durante o século XVIII e XIX, acaba por formular o princípio. Em textual: "*Os tempos estavam maduros para o repensar da situação. Assim, não admira que ainda antes da deflagração da que ao tempo foi chamada Grande Guerra, um Gounot, em 1912, já estivesse em condições de fazer impiedosa crítica da idéias então dominantes. E elas tinham uma força tal, que estavam sendo aceitas sem que as pessoas, na sua generalidade, sequer se apercebessem de que tudo não passava apenas de uma visão de mundo, e que havia outras. Foi por isso que Gounot, para criticar, teve primeiro que sintetizar a idéia dominante, formulando o princípio que, inspirando-se em Kant, com rara felicidade denominou de autonomia da vontade*". Já ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia, cit., p. 47) atribui a expressão à Kant e aos juristas de Direito Internacional. Confira-se: "*A expressão autonomia da vontade tem aparecimento certo ao se falar de negócio jurídico (a autonomia da vontade é dada como fundamento do negócio jurídico e o negócio jurídico é dito 'instrumento' da autonomia da vontade). No seu significado de direito privado, a expressão é atribuída a Kant, embora, segundo parece, tenha entrado na linguagem do direito interno por via do direito internacional; não proviria, pois, diretamente da filosofia (cf. Ranouil, p. 53 e s. e 94). Por outro lado, seu uso, só recentemente, isto é, no final do século passado e começo deste, alcançou generalidade (Ranouil, p. 91 e s. e 151).* Fato é: a expressão autonomia da vontade, para além de significar o poder do indivíduo de se auto-regulamentar, criando normas para si mesmo por meio dos contratos, é utilizada para designar toda a concepção clássica de contratos desenvolvida no decorrer do século XVIII e meados do século XIX, fundada nas ideias liberais, e no princípio da liberdade contratual, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos seus efeitos. Atualmente, como veremos em momento oportuno, tendo em vista as transformações que a teoria do contrato sofreu, ao tratar do poder de criar regras a si próprio, os juristas preferem se utilizar da expressão autonomia privada, consistente na possibilidade do indivíduo de auto-regulamentar, respeitando os princípios e normas de ordem social.

No entanto, a partir do momento em que optassem por contratar, restringiam a sua liberdade inata e deveriam cumprir as obrigações criadas por sua própria vontade, não podendo do contrato se desvincular, a não ser por outro acordo de vontades.

Por outro lado, aqueles que não manifestassem a sua vontade não teriam qualquer obrigação, logo não poderiam sofrer os efeitos daquilo que fora pactuado por outros indivíduos. O contrato não prejudica e nem aproveita terceiros. É o princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Importante destacar que todas essas colocações, além de baseadas no dogma da autonomia da vontade, estavam baseadas também na consideração da igualdade entre aqueles que iriam contratar, o que decorria dos ideais disseminados pela Revolução Francesa (*liberte, égalité e fraternité).* Desse modo, tendo em vista que todos eram iguais perante a lei, assim também o eram no momento de contratar. Em sendo livres, apenas celebrariam os contratos que realmente fossem de seu interesse, não havendo como, dessa forma, se vislumbrar qualquer injustiça. Aliás, o mero respeito aos acordos firmados já era considerado como sinônimo de justiça.

O princípio da liberdade contratual, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos seus efeitos, dessa forma dispostos, interessava sobremaneira à burguesia à frente da Revolução Francesa, pois assim poderia garantir a circulação de riquezas e, principalmente, adquirir as propriedades que ainda estavam nas mãos da nobreza decadente. Além disso, a concepção do contrato fincada nesses princípios dava total segurança jurídica a essa classe econômica, uma vez que celebrado o contrato, as obrigações deveriam ser cumpridas e ninguém mais poderia interferir na propriedade adquirida nem na situação jurídica formada[39].

---

[39] A esse respeito, ensina CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY (*A função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4): "*Assim é que, malgrado sem negar o valor da tese liberal da autonomia da vontade ou a importância da liberdade de contratar, em sua significação clássica, para a retomada da plena possibilidade de expansão das globalidades da personalidade humana, esse movimento mal disfarçava seu deliberado propósito de favorecer a realidade econômica estabelecida, sobretudo, após a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, em que se evidenciava a necessidade da contratação livre da mão-de-obra, desvinculando-a de qualquer laço pessoal, como o existente entre o servo e o senhor feudal, no sistema anterior. Ou seja, desvinculada de laços pessoais, a mão-de-obra podia ser livremente contratada. Impendia ter-se a força de trabalho como matéria de troca, de contratação livre e formalmente igualitária. Tanto quanto, na mesma esteira, a formalização célere e a força, enfim, do contrato favoreciam o acesso da burguesia à propriedade imobiliária, ainda, não em suas mãos (razão da proeminência do princípio do contratualismo)*"

Dentro desse contexto, o *Code Civil,* fruto da Revolução Francesa, positivou de certa maneira esses princípios e, como influenciou uma série de outras codificações[40], disseminou a ideia de que sendo as partes livres para contratar e iguais entre si, a justiça contratual seria naturalmente alcançada, desde que respeitados os princípios acima descritos[41].

Assim, a sintetizar a teoria contratual do período do liberalismo podemos nos reportar a alguns dogmas, quais sejam: "*a irredutível oposição entre indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir ao mínimo), o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.) o princípio da liberdade econômica ('laissez faire, laissez passer') e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se curar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades)*"[42]

É fato que, nesse tempo, tanto filósofos, quanto juristas e economistas acreditavam que a famigerada "mão invisível" de Adam Smith fosse a mão da justiça e mais precisamente da justiça contratual. Dessa forma, era defendido que, sendo o contrato instrumento colocado à disposição para a necessária livre movimentação de riqueza, ele traria em si uma equidade natural, proporcionaria a harmonia social e econômica, bastando para tanto que fosse assegurada a liberdade contratual[43].

---

[40]Um dos Códigos influenciados pelo *Code,* foi o nosso Código Civil de 1916 e conforme destaca GUSTAVO TEPEDINO, (As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231) valorizava o individualismo, como forma de resguardar o interesse de determinada classe social: "*A nossa primeira codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo, como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas. Garantia-se assim o tráfego jurídico e a propriedade privada, esta considerada como expressão da liberdade e da personalidades humanas*".

[41]A exacerbação do individualismo era tanta nessas codificações que aos direitos de cada um jamais correspondiam deveres sociais, nas palavras de TERESA NEGREIROS (*Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 13): "*Nesse cenário, contemporâneo à formulação dos primeiros Códigos, aos direitos dos indivíduos não correspondem, como contrapartida, deveres sociais. Estes últimos estabelecem-se em relação exclusivamente ao Estado (e não relação aos demais indivíduos), que lhes deve respeito, e cuja atuação, neste sentido, é tanto mais legítima quanto menos repressora do livre exercício da vontade individual*".

[42]NORONHA, Fernando. *Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 85.

[43]A esse respeito, RONALDO PORTO MACEDO JR. (*Contratos relacionais e defesa do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 43): "*É apenas no século XIX que a ideologia liberal de tipo*

Essas premissas estavam tão arraigadas na cultura jurídica da época, que duas decisões judiciais[44] do período podem ilustrar de forma clara como se defendia que a liberdade individual, sem o intervencionismo estatal, levaria à justiça. Uma delasfoi proferida em 1875 pelo juiz inglês Sir George Jessel, que fundamentou sua decisão dizendo que "*if there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice*."[45] A outra, proferida em 1905 pela Suprema Corte norte-americana, declarou inconstitucionais leis sobre salários mínimos e duração máxima da jornada de trabalho, argumentando tratar-se de interferência não permitida na liberdade e na propriedade.

Posteriormente, como veremos em momento oportuno, novas transformações econômicas, iniciadas com a Revolução Industrial, revelaram que a igualdade entre as partes no momento da contratação tratava-se meramente de uma construção formal e que, portanto, a aplicação pura e absoluta do dogma da autonomia da vontade ao invés de levar à justiça, acabava por consistir numa ferramenta de opressão da parte mais fraca pela parte mais forte. Seria necessário pensar em um Estado apto a corrigir as injustiças trazidas pelo individualismo.

Os princípios clássicos, então, devem ser relidos, agora, tendo em vista um Estado mais social, que tem como principal fundamento a construção de uma sociedade livre, solidária e justa. Note-se que o contrato continua a ser o meio pelo qual se manifesta a

---

laissez-faire realmente se enraíza na sociedade, reduzindo a influência dos princípios paternalistas em vigor no século anterior. A partir de então se fortalece de maneira jamais vista a crença de que o Estado deveria interferir o mínimo possível na vida das pessoas e de que o direito não deveria se preocupar com a justiça dos resultados e das transações. A justiça passa a ser entendida essencialmente como o respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios de mínima intervenção estatal. Por outro lado, à medida em que o direito contratual clássico dava pouca atenção à desigualdade entre as partes contratantes, ele se definia mais com sua preocupação com a justiça corretiva do que com a justiça distributiva. As desigualdades não deveriam ser corrigidas no âmbito das relações privadas, mas apenas, e se tanto, ser tarefa do governo através de suas políticas de redistribuição de renda ou assistência social".

[44]Cf. NORONHA, Fernando. *Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 87.

[45]Em tradução livre lê-se que se há uma coisa mais do que qualquer outra que a política pública requer é que um homem, maior de idade e com um bom nível de compreensão, deve ter o máximo de liberdade de contratar e seus contratos quando celebrados livremente, devem ser considerados sagrados pelas Cortes de Justiça, as quais devem fazer com que sejam cumpridos.

liberdade dos indivíduos, a qual continua a existir e a ser salvaguardada pelo Direito, mas o indíviduo ao exercê-la deve respeitar a liberdade e o espaço contratual do outro[46].

Concomitantemente, a força obrigatória dos contratos, mesmo revista, tem ainda a sua importância, uma vez que é fundamental para garantir a segurança das transações, a distribuição e o planejamento dos riscos.

Desse modo, para fazermos essa releitura, importante nesse momento analisarmos a amplitude e a definição exata de cada um desses princípios na concepção contratual clássica, até porque não é possível pensar no sentido e na função do contrato, hoje, sem uma análise rigorosa destes princípios. É o que passaremos a fazer.

2.1. O princípio da liberdade contratual

Nosso ordenamento jurídico no campo contratual é marcado por uma forte herança do princípio clássico da liberdade de contratar, que é, inclusive, resguardado pela Constituição Federal em seus artigos 3º, inciso I, e, como reflexo de garantia à iniciativa econômica, no seu artigo 170, *caput,* embora, no atual momento histórico, tal princípio tenha uma função social que não era conhecida quando da sua formulação. Saliente-se, no entanto, que a sua importância como expressão da dignidade e da personalidade humana ainda é a mesma dos tempos do liberalismo.

Durante o século XVIII, importantes acontecimentos político-sociais como a Declaração Americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França[47], asseguraram e fortaleceram a proteção dos direitos individuais, que são

---

[46]Nas palavras de E. SANTOS JÚNIOR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 156): "*Como retomaremos a seguir, ao reportar-nos ao fundamento e funções do contrato, a sua essência, quanto a nós, reside em ser um meio jurídico pelo qual se manifesta e se executa dinamicamente a liberdade de cada um buscar a satisfação das suas necessidades, a realização de seus objectivos. Pressuposto, naturalmente, o respeito pelos direitos e pela mesma liberdade dos outros, que ao Direito cabe assegurar. Daí o necessário mútuo consenso, entre as partes, no contrato. Daí também, afinal, a necessidade de os outros, não partes respeitarem o 'espaço contratual' que saibam já ter sido definido pelas partes*".

[47]"*A declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais 'universalizante' de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar um valor*

denominados Direitos Humanos de primeira geração[48] e consagram a vida, a igualdade, a segurança, a propriedade e a liberdade. Não se trata da liberdade de associação nem da liberdade de reunião, mas, sim, de evitar qualquer limitação do Estado ao indivíduo. Trata-se da liberdade consequente do dogma da autonomia da vontade (afinal, para exercer a vontade criadora é necessária liberdade), consubstanciada no campo contratual justamente na liberdade de contratar.

A liberdade de contratar[49], segundo Orlando Gomes[50], deve ser vista nas seguintes acepções: 1º) a liberdade de contratar ou deixar de contratar; 2º) a liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato; 3º) a liberdade de celebrar contratos atípicos; 4º) a liberdade de escolher o outro contratante; 5º) a liberdade de modificar o esquema legal do contrato; 6º) a liberdade de agir por meio de substitutos e 7º) a liberdade de forma.

Em síntese, a liberdade de contratar significava, no período a que nos referimos, o poder livre de gerir os próprios interesses, de elaborar e discutir as cláusulas do contrato, de concluir um contrato atípico, livre das amarras estatais, que possibilitasse o desenvolvimento de um mercado livre e consequentemente da livre concorrência[51].

---

universal; c) individualismo, porque só consagra a liberdade dos indivíduos; não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião, preocupa-se em defender o indivíduo contra o Estado. É por isso o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos séculos XIX e XX, com evoluções que analisaremos a seu tempo" (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo.* 30. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 157-158).

[48]Cf. BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nélson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[49]Atualmente, a doutrina não trata as expressões liberdade de contratar e liberdade contratual como sinônimas. A liberdade de contratar consiste justamente na liberdade de escolha do indivíduo entre contratar ou não, já a liberdade contratual consiste na possibilidade de se definir o conteúdo do contrato. A esse respeito, afirma ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,* cit., p. 25): "*É preciso, entretanto, distinguir essa liberdade, no âmbito dos contratos. Apresenta-se ela por duas facetas: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Pela primeira a todos é licíta a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há na prática o prevalecimento da vontade do economicamente mais forte. Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes"*. Trataremos novamente dessa distinção ao falarmos da função social do contrato.

[50]GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: _____. *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 81-82.

[51]Conforme ensina CLÁUDIA LIMA MARQUES, (*Contratos no Código de defesa do Consumidor,* cit., p. 49) esse princípio teve três importantes funções na época do liberalismo: "*de um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando assim de maneira optimal as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando assim outra importante figura: a livre concorrência. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada , deveria ser assegurado a cada contraente a maior independência possível para se auto obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à importância do princípio máximo: pacta sunt servanda (...). A terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada como função protetora. Na visão liberal o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre os indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de auto-obrigar, tinha direito também de defender-se contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade*".

Note-se que a liberdade já não era ilimitada. A ela eram impostos alguns limites que visavam justamente assegurá-la a cada indivíduo. Assim eram as limitações negativas, tais como a de *não* concluir determinado contrato, *não* incluir determinada cláusula. Já as limitações positivas eram toleradas de maneira muito específica e determinada. Não cabia à lei impor aos sujeitos certos deveres, tendo em vista o contrato firmado, ou o tipo do contrato a ser celebrado e a sua obrigatoriedade[52].

Cabia à lei, no entanto, o exame e qualificação da vontade criadora do contrato. Isso porque, a expressão da liberdade de contratar estava diretamente ligada ao dogma da autonomia da vontade, segundo o qual apenas a expressão da vontade livre e consciente era fonte de obrigações. Dessa maneira, estando essa vontade viciada, era possível o impedimento da formação do contrato ou, se já estivesse celebrado, a sua anulação. O consentimento viciado não podia obrigar o individuo. Essa era uma das poucas interferências do Estado no contrato, de maneira que, se celebrado um contrato com base na vontade livre, ainda que seu conteúdo fosse considerado abusivo, não teriam as partes a proteção do Direito, pois houveram tido a opção de não contratar.

Outros tipos de limitação que poderia sofrer a liberdade de contratar eram aqueles que visavam impedir que a formação de certos vínculos causasse um futuro impedimento no exercício dessa mesma liberdade de contratar. Dentro desse contexto, lembra Enzo Roppo[53], o artigo 1780 do Código Civil Francês e o artigo 1628 do antigo Código Civil Italiano, que proibiam alguém de celebrar um contrato de trabalho vitalício, ou ainda, as proibições da jurisprudência dos tribunais anglo-americanos dos pactos de não concorrência, por meio dos quais alguém se comprometia a limitar significativamente a sua atividade produtiva.

---

[52]ORLANDO GOMES, (*Contratos,* cit., p. 27-28) lembra que "*A liberdade de contratar propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites. Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão.(...).,* concluindo mais à frente (*Contratos,* cit., p. 29) *"Mas essas limitações à autonomia privada, que sempre existiram, não eram suficientes para impedir a prática de abusos. Pois consentiram o exercício da liberdade de contratar com uma desenvoltura que tornara excessivo o poder da vontade, como, afinal, se veio a reconhecer".* Tal constatação demonstra que, apesar de se tentar impor limites maiores à liberdade de contratar como a ordem pública e os bons costumes, a imprecisão dos conceitos aliada à valorização da vontade e do indivíduo, fazia com que na prática estas limitações fossem bastante reduzidas.

[53]ROPPO, Enzo. *O contrato,* cit., p. 33.

Nas palavras de Roppo[54], trata-se de "*duas regras – poderá dizer-se – com as quais o sistema, informado pelo cânone fundamental da liberdade contratual, se autolimita, para reagir contra comportamentos que correriam o risco de limitá-lo ainda mais gravemente, ou até de negá-lo*". Assim, eram permitidas algumas poucas limitações positivas na liberdade de contratar, as quais tinham como único fundamento justamente resguardá-la, impossibilitando, inclusive, qualquer forma de limitação à liberdade mesmo que futura.

Dessa forma, o papel da lei era apenas supletivo, protegendo a vontade dos indivíduos, como no caso dos vícios do consentimento, e oferecendo algumas regras para as situações em que os próprios contratantes optassem por não regular determinados aspectos do conteúdo do contrato, favorecendo, assim, a sua interpretação. Ao Direito cabia, portanto, apenas moldar-se à vontade e à liberdade das partes, protegendo-as, mas nunca impedindo-as nem alterando-as[55].

Isso não significa que nesse período não houvesse uma preocupação com a justiça contratual. Essa preocupação existia, mas o ideal de justiça era o de justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, considerando cada um como igual), e não o de justiça distributiva e social que hoje prepondera (dar a cada um o que é seu considerando a desigualdade de cada um).

Entendia-se que, garantindo a liberdade de cada um para regular os seus interesses e considerando todos iguais perante a lei, a justiça e o equilíbrio das relações se encontrariam naturalmente.

---

[54]ROPPO, Enzo. *O contrato,* cit., p. 33.

[55]ORLANDO GOMES (*Contratos,* cit., p. 30), muito bem descreve a relação entre a liberdade contratual e o papel da lei no século XVIII, afirmando que: "*O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. No pressuposto dessa igualdade meramente teórica presumia-se que os interessados em contratar precediam o contrato qualquer que fosse, de livre discussão, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum. Como toda a obrigação importa limitação da liberdade individual, o contratante que assumisse estaria praticando ato livre de todo constrangimento, já que tinha a liberdade de celebrar ou não o contrato. Por princípio, a limitação da liberdade haveria de ser voluntária e os efeitos jurídicos do contrato realizado, fossem quais fossem, presumiam se queridos pelas partes. A omissão da lei na determinação do conteúdo dos contratos justificava-se diante do princípio que assegurava a liberdade dos contratos na sua formação. Partes iguais e livres não precisavam da interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações onerosas ou vexatórias. O poder de contraí-las livremente, após a discussão das condições contratuais, foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar, tanto que os primeiros passos para evitar que um dos contratantes, por sua posição mais favorável, impusesse ao outro sua vontade, eliminando as negociações preliminares sobre o conteúdo do contrato, foram consideradas intoleráveis restrições à liberdade*".

2.2. O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais – *Pacta sunt servanda*

O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais é tratado como decorrência lógica de toda a construção do princípio da liberdade de contratar visto acima, e ambos são corolários do dogma da autonomia da vontade oitocentista.

A obrigatoriedade dos efeitos contratuais é a expressão máxima do individualismo da época e consubstancia-se no adágio "*o contrato faz lei entre as partes*", previsto no artigo 1.134 do Código Civil Francês[56].

Desse modo, sendo as partes livres no momento da contratação, a partir do momento em que optassem por contratar, deveriam cumprir as cláusulas que pactuassem, como se fossem imposições legais imperativas. Qualquer injustiça que pudesse decorrer dessa obrigatoriedade era afastada justamente pela liberdade e igualdade de todos no momento de contratar.

Ao mesmo tempo em que a ideia do *pacta sunt servanda* impunha a obrigatoriedade das partes em cumprir todas as disposições contratuais, significava também que o contrato era intangível, não sendo passíveis as suas cláusulas de qualquer revisão judicial. Isto é, o Juiz também estava vinculado ao contrato, e qualquer alteração que promovesse em suas cláusulas significaria a ingerência do Estado no campo privado, o que era inconcebível nos anos individualistas que se seguiam[57].

Na esteira desse raciocínio, os prejuízos eventualmente decorrentes de um contrato deveriam ser suportados pela parte, apenas podendo dele se desvincular se uma nova avença com a parte contrária fosse formulada.

---

[56]No original Art. 1.134. "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les on faites*". No mesmo sentido, o artigo 1.372 do Código Civil Italiano: "*Il contratto ha forza di legge tra le parti*".

[57]Com efeito, a impossibilidade de se rever judicialmente o conteúdo dos contratos estava muito ligada ao paradigma da lei que o Direito vivia até o início do século XX, como ensina o professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: "*Ora, sem remontarmos a épocas mais remotas, qual era o paradigma até aproximadamente a Primeira Grande Guerra? Era o paradigma da lei. Vindos dos traumas do absolutismo, os juristas de então viam, na lei, o direito. Para dar segurança, a norma devia ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência (fattispecie), abstrata, universal. Como garantia de impessoalidade, o papel do juiz, por isso mesmo, era visto como passivo (o juiz era somente a boca da lei, "la bouche de la loi" – Montesquieu); a sentença, um mero silogismo, cuja premissa maior era o imperativo hipotético do texto legal (" se A é, segue-se B" – se matar, pena de prisão); a premissa menor o fato ("A é", ou seja, fulano matou) e a conclusão, a decisão (logo, "segue-se B" – fulano deve ser preso). A função do juiz era a de um autômato; bastava verificar se havia ocorrido o fato previsto na lei e, se sim, impor sua conseqüência."* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 57-58).

No intuito de legitimar esse princípio, muitos juristas discutiram qual seria a sua fundamentação além da vontade, passando de justificativas como o próprio pacto social até uma visão utilitarista no sentido de que aquele que não cumprisse a palavra dada não encontraria no futuro quem com ele quisesse contratar[58]. No entanto, independentemente dessas questões de ordem filosófica, fato é: o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais era útil à classe burguesa em ascensão, na medida em que, para além de impedir a intervenção estatal na ordem de suas escolhas, garantia a segurança do comércio jurídico, favorecendo as suas transações[59]. Aliás, essa é a principal função desse princípio que ainda existe em nossa ordem jurídica, porém com as mitigações necessárias para se construir uma sociedade solidária e efetivamente justa.

Esse intransigente respeito à liberdade individual fez com que durante esse período fosse esquecida antiga teoria do Direito Canônico, a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual a eficiência dos contratos de longa duração e execução diferida só seria mantida se o estado de fato no momento de sua celebração não fosse alterado substancialmente, ou seja, admitia-se que *contractus qui habent tractum sucesivum et*

---

[58]A esse respeito sintetiza CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*, cit., p. 15-16): "*Onde, porém, campeia discussão é na busca do fundamento da obrigatoriedade. Para a escola jusnaturalista assenta no pacto social (Grotius, Puffendorf), com a hipótese, hoje desacreditada, de que teria havido, primitivamente, uma convenção tácita em virtude da qual os indivíduos teriam transigido com seus apetites egoístas, e determinando o respeito pelos compromissos assumidos. A concepção utilitarista de Jeremy Bentham aponta-lhe como suporte a conveniência de cada um, que no respeito ao interesse alheio enxerga o resguardo dos seus próprios. Giorgi, assente nas teses de Vico, Fries, Belime, Tissot, aceita-lhe para supedâneo a decorrência da lei natural, que leva o homem a dizer a verdade, como uma imposição de suas tendência interiores. A Escola Positivista quase faz uma abstração do problema, sustentando simplesmente o princípio da obrigatoriedade no mandamento da lei, e dizendo que o contrato obriga porque a lei assim dispõe, o que não é explicar e nem justificar, pois o de que se cogita é precisamente de retroceder ao porquê, no momento em que se afirma o princípio. Messineo, seguindo o ministério de Kant e Boistel, defende a obrigatoriedade como consectário da liberdade de contratar, armando essa equação: o contrato obriga porque as partes livremente o aceitam. Ruggiero e Maroi assentam a regra na unidade da vontade contratual*".

Ainda sobre o fundamento do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, DARCY BESSONE (*Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22) conclui ser ele a própria autonomia da vontade, afirmando que: "*Quem promete, podendo deixar de fazê-lo, cria, voluntariamente, um limite à própria liberdade, relativo ao ato ou abstenção prometida. Ao jurista deve bastar a consideração de que, sobre corresponder a uma necessidade social – a de segurança nas relações jurídicas -, a obrigatoriedade haure a sua força na autonomia da vontade do promitente, por constituir a promessa uma permitida e perpétua renúncia da própria liberdade*".

[59]Nos ensinamentos de ENZO ROPPO (*O contrato,* cit., p. 34-35): "*Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que não frustem as previsões e os cálculos dos operadores (justamente no tornar <<previsíveis>> e <<calculáveis>> as operações econômicas, de resto, Max Weber individualizava uma das funções fundamentais atribuídas ao instrumento contratual num sistema capitalista); condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto*".

dependentiam de futuro rebus sic stantibus intellinguntur. Essa ideia foi desenvolvida justamente porque alguns fiéis se viam impossibilitados de cumprir promessas feitas na juventude, tendo em vista a chegada da velhice, como por exemplo, a peregrinação a pé até determinado santuário.

Por fim, importante destacar que o contrato era visto como lei entre as partes, mas não a lei em seu caráter abstrato e geral aplicável a todos os indivíduos, mas sim, uma lei com âmbito de atuação restrito justamente às partes, de maneira que suas disposições imperativas não vinculavam terceiros que não haviam participado da formação do contrato. Trata-se do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, nosso próximo assunto.

2.3. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais

Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest, esse antigo adágio, traduz o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, conhecido nos países da *Common Law* como *privity of contract.* Por esse princípio, os contratos celebrados entre as partes não aproveitam nem prejudicam terceiros; os efeitos contratuais restringem-se exclusivamente às partes.

Desse modo, ninguém poderia se tornar devedor ou credor por meio de um contrato em que não fora diretamente parte. Os direitos e obrigações decorrentes de um contrato restringiam-se àqueles que o pactuassem. Trata-se aqui da relatividade subjetiva do contrato. No entanto, havia também a relatividade objetiva, que significava que a esfera jurídica das partes apenas se submeteria estritamente ao pactuado, ou seja, à obrigação de fazer, não fazer, pagar, entre outras que estivessem devidamente determinadas no contrato[60].

Consoante esse princípio, o contrato era visto como um círculo que envolvia apenas as partes contratantes e os efeitos e consequências dessa relação jurídica ficariam restritos ao âmbito dessa circunferência. Tratava-se, lembrando aqui a lição de Pontes de Miranda[61], da concepção geométrica da eficácia, de acordo com a qual, nas palavras do

---

[60]Como veremos, com a transformação dos paradigmas contratuais ambos os aspectos foram mitigados: o subjetivo, pela função social do contrato, que como fato social que é interessa a toda a sociedade, produzindo e recebendo seus efeitos como um feixe irradiante que atinge a todos. Já o aspecto objetivo, pela boa-fé objetiva, princípio que insere deveres anexos à relação jurídica contratual, ainda que não tenham sido expressamente pactuados.

[61]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. t. 26, p. 209, § 3.153.

mestre alagoano, "*os efeitos tinham de ser entre A e B, figurantes, ou A → B, ou B → A. As linhas retas iam da atividade à passividade, sem qualquer quebra. Um dos obstáculos metafísicos era o de se ter mais A → B, ou B → A, como dominação de A, ou de B, do que como sujeição*".

Assim sendo, conforme ensina Otávio Luiz Rodrigues Júnior[62], de acordo com o dogma da autonomia da vontade, não se podia exigir daquele que fosse estranho ao contrato, o conhecimento da existência ou do conteúdo de um contrato, bem como não se podia exigir uma atuação positiva ou negativa diante desse contrato, devendo-se respeitar, somente a produção de seus efeitos.

A simples verificação do significado desse princípio nos faz concluir, dentro da visão liberalista, que ele é decorrência lógica do princípio da liberdade de contratar e do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, ambos gravitantes em torno da autonomia da vontade.

O raciocínio que se seguia era: apenas a vontade livre das partes é que cria o contrato. As partes têm a opção de contratar ou não. Se contratarem devem cumprir o contrato como se lei fosse. Dentro desse contexto, nada seria mais evidente do que concluir que aquele que não manifestou sua vontade, não contratou, não deve cumprir qualquer cláusula contratual e nem dela se aproveitar[63]. Efetivamente, se o contrato produzisse efeito na esfera jurídica de terceiros, significaria a invasão da esfera jurídica de outrem, desrespeitando-se a sua liberdade, bem como o princípio *solo consensus obligat*[64].

---

[62]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. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 821, p. 85, mar. 2004.

[63]Expressa essa relação de causa e efeito entre autonomia da vontade e relatividade dos efeitos contratuais, típica do individualismo, SILVIO RODRIGUES (*Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 17), que ao comentar esse princípio expõe: "*O segundo princípio – o da relatividade das convenções – contém a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando e nem prejudicando terceiros. O que aliás é lógico. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei, nem derivou do seu querer. Por conseguinte, tal princípio representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere*".

[64]J. M. DE CARVALHO SANTOS (*Código Civil brasileiro interpretado:* direito das obrigações (arts. 928-971). 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. v. 12, p. 14), entendia que esse isolamento do contrato com seus deveres e direitos apenas produzindo efeitos entre as partes era lógico, num claro exemplo da mentalidade dominante no período. São suas palavras: "*Em regra, as obrigações não podem ser opostas a terceiros, nem por êles invocadas. É natural e lógico que assim seja, porque sem o consentimento válido não pode ter a existência do ato jurídico, nem por conseguinte, a obrigação, que, para essas pessoas que na sua formação não intervierem, é como se não existisse*".

Catherine Guelfucci-Thibierge[65] sintetiza de modo claro a relação que, no período do individualismo, se entendia como extremamente lógica entre a autonomia da vontade e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais destacando que: "*Pedant longtemps, le príncipe de l'effet relatif a été considere comme la conséquence logique du dogme de l'autonomie de la volonté qui dominait la théorie génerale du contrat. Ce príncipe apparaissait comme une vérité d'évidence (Ph.Malaurie et L. Aynès, Droit Civil, Les obligations, 4ª ed., 1993, n.º 650), comme l'expression juridique d'une règle de bon sens: chacun s'occupe de ses affaires, pas de celles des autres (J. Carbonnier, Les obligations, n.º 122). Il était Le fidéle reflet d'une conception individualiste du contrat. Il en résultait que si la volonté des parties peut créer des obligations entre elles, elle ne peut em créer vis-à-vis de tiers, par hypothèse étrangers à cette vonlonté. On ne pouvait doc être créancier ou débiteur que si on l'avait voulu"*[66].

Assim, verifica-se que essa ideia de causa e efeito entre a autonomia da vontade e o princípio da relatividade era tamanha que alguns juristas como Demolombe consideravam que a sua positivação, como acontecia no *Code,* era até mesmo ingênua, desnecessária[67].

Dessa forma, constata-se que a relatividade também era uma das maneiras de se concretizar, no mundo do Direito, as expressões dominantes no século das ideias liberais, iluministas, frutos da Revolução Francesa. No entanto, pode-se apontar como sua origem remota o caráter personalíssimo das obrigações no Direito Romano. Em Roma, o excesso de formalismo para a constituição de uma obrigação, que preponderou durante grande período de evolução do Direito Romano, importava na sujeição pessoal do *obligatus* ao poder – *manus* – do credor. Essa sujeição era tamanha que no período pré-clássico o devedor insolvente poderia ser reduzido à condição de escravo[68]. Já no período clássico, os

---

[65]GUELFUCCI-THIBIERGI, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du príncipe de l'effet relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 275, abr./jun. 1994.

[66]Em tradução livre lê-se que durante muito tempo o princípio da relatividade dos efeitos contratuais era considerado como consequência lógida do dogma da autnomia da vontade que dominou a teoria geral do contrato. Este princípio foi visto como uma verdade óbvia (MALAURIUE, Ph.; AYNÈS, L. *Droit civil: les obligations.* 4. ed. 1993. n.º 650), como a expressão jurídica de uma regra de senso comum, cada um se ocupa dos seus próprios negócios e não do dos outros (J. Carbonnier, *Les obligations*, n.º 122). Ele era um verdadeiro reflexo de uma concepção individualista do contrato. Seguiu-se que se a vontade das partes pode criar obrigações entre elas, é possível criar vis-à-vis terceiros, estranhos a este contrato.

[67]NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 217.

[68]ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 100.

contratos em favor de terceiros e os contratos de promessa por fatos de terceiros eram considerados nulos[69].

Fato é que a retomada dessa ideia com a consagração da relatividade no século XVIII foi muito útil às transformações sociais daquele período, em que a classe burguesa se tornava a classe dominante. Assim é que, conforme já adiantado, o artigo 1.165, do *Code Napoleón,* positivou o princípio estabelecendo que "*as convenções produzem efeito somente entre as partes contratantes; não prejudicam e nem beneficiam terceiros, a não ser no caso previsto no artigo 1.121"*[70]. O artigo 1.121 trata da estipulação em favor de terceiros. Diversas outras codificações ocidentais, influenciadas pelo *Code,* também positivaram o princípio igualmente, tratando como exceção, muitas vezes, também a estipulação em favor de terceiros[71].

A estipulação em favor de terceiros[72] consiste no contrato em que uma das partes (promitente) se compromete perante a outra parte (estipulante) a atribuir vantagem patrimonial gratuita a um terceiro (beneficiário) [73]. Exemplo comum desse tipo contratual são os seguros de vida, mas há outros como a constituição de renda.

A partir do momento em que o beneficiário anui com o contrato celebrado e, desde que não haja cláusula que confira ao estipulante alterar o beneficiário, este pode exigir o cumprimento do contrato pelo promitente. Ou seja, um terceiro que não participe

---

[69]ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano,* cit., v. 2, p. 131, expõe que: "*Nos direitos pré-clássico e clássico, o contrato em favor de terceiro é nulo, não produzindo efeito quer com relação às partes contratantes, que com referência ao terceiro. Não produz efeito entre as partes contratantes, porque segundo antiga concepção romana, a parte que obtivera da outra a promessa de cumprir a obrigação em favor de terceiro não tinha, quanto a esse cumprimento interesse pecuniário evidente.* ***Não produz efeito em favor de terceiro, porque ele não participou diretamente da formação do contrato****"* (grifou-se).

[70]No original: "*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1.121".*

[71]Podemos encontrar outras disposições semelhantes no artigo 1.372 do Código Civil italiano *"Efficacia del contrato – Il contratto há forza di legge tra lê parti. Non può sciolto Che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge (1671, 2227). Il contratto non produce efetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239,1300 e seguente, 1411,1678,1737",* no artigo 1.195 do Código Civil argentino " *Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herderos y sucesores universals, a non ser que las obligaciones que nacierem de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una clausula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no puenden perjudicar a terceros",* no Código Civil espanhol em seu artigo 1.257 "*Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herderos; salvo, em cuanto a éstos, el caso de que los derechos y oblicaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación em favor de um tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sudo aquélla revocada."* e no Código Civil Português, em seu artigo 406º, n.º 2 "*Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especificados em lei".*

[72]É prevista no nosso Código nos artigos 436 a 438.

[73]Nas palavras de CLOVIS BEVILAQUA (*Direito das obrigações*, cit., p. 188): "*Dá-se a estipulação em favor de terceiro, todas as vezes que uma pessôa, o estipulante, convenciona com outra, o promittente, para conferir um direito a terceiro que se denomina terceiro"*

das tratativas contratuais, que não estipule suas cláusulas, pode exigir o cumprimento desse contrato. Assim, a obrigação contraída pelo promitente pode ser exigida tanto pelo estipulante quanto pelo beneficiário. Além disso, caso haja cláusula prevendo que o beneficiário possa reclamar a execução do contrato, o estipulante não tem mais o direito de eventualmente exonerar o promitente.

Justamente essa possibilidade de um terceiro exigir o cumprimento de uma obrigação decorrente de um contrato em que não é parte é que sempre foi vista pelas codificações como exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

No entanto, pela exigência do consentimento do terceiro com os termos do contrato para que se possa exigir o seu cumprimento em face do promitente é que alguns juristas entendem que a estipulação em favor de terceiro não consiste em exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, uma vez que o terceiro pode, por meio da manifestação de sua vontade, não se vincular[74].

Entendemos que essa posição seja a mais acertada, afinal alguns elementos típicos da autonomia da vontade ainda prevalecem mesmo na estipulação em favor de terceiros. Dessa forma, o terceiro, ao anuir ao contrato, tem o poder de exigir o seu cumprimento nos exatos termos daquilo que esteja estabelecido, não podendo alterar o seu conteúdo (intangibilidade). Assim sendo, constatamos que o querer daqueles que efetivamente são partes (promitente e estipulante) no contrato é respeitado. O terceiro estará diante de um complexo de direitos e deveres estabelecidos e previstos pela vontade livre das partes.

Ademais, a obrigação do promissário em face do terceiro beneficiário foi prevista e assim querida pelas partes. Ou seja, o possível efeito perante terceiro é da finalidade própria do negócio.

Outro ponto importante a se destacar é que o contrato continua a não prejudicar terceiros, isto é, a estipulação apenas é válida se beneficiá-los, não sendo permitido por meio desse contrato estipular-se também uma contraprestação ao terceiro.

---

[74]Cf. THEODORO NETO, Humberto, *Efeitos externos do contrato*: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 35-36. Importante observar também que parte a doutrina italiana, entende que o fato do artigo 1.372 do Código Civil Italiano estabelecer que "o contrato não produz efeito em relação a terceiros salvo nos casos previstos em lei", confirma o princípio, mesmo diante da figura da estipulação em favor de terceiro, uma vez que os casos que não o respeitam estão reduzidos à tipificação legal (Cf. *Efeitos externos do contrato*: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros, cit., p. 37).

Além disso, a vontade também está presente, na medida em que esses efeitos apenas serão possíveis na esfera de terceiros, se estes assim consentirem, o que não significa que a obrigação do promitente apenas surja a partir dessa anuência. Isso porque essa obrigação cujo objeto é o benefício ao terceiro já existe desde o momento em que se celebra o contrato com o estipulante. Contudo, os terceiros podem renunciar ao benefício.

Apesar de entendermos que a estipulação em favor de terceiros não é uma exceção clara ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, não se nega aqui que essa figura colabora para a compreensão de que o contrato não pode mais ser visto como algo totalmente isolado, conforme se previa no período do liberalismo. No entanto, entendemos que a verdadeira reinterpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais ocorre a partir do momento, como verificaremos em momento oportuno, em que, mesmo diante da ausência de qualquer manifestação de vontade, se reconheça que o contrato possa atingir a esfera de terceiros.

Outras duas figuras contratuais também geram dúvidas quanto à extensão de seus efeitos perante terceiros: a promessa por fato de terceiro[75] e o contrato com pessoa a declarar[76].

De acordo com a promessa por fato de terceiro uma parte pode prometer a outra o cumprimento da prestação por terceiro. Ocorre que o terceiro não é obrigado a cumprir a prestação, não se vinculando ao contrato e não tendo a sua esfera jurídica atingida por eventual responsabilização. Desse modo, não estaríamos diante de uma exceção ao princípio em comento.

Finalmente, o contrato com pessoa a declarar consiste naquele em que uma das partes se reserva a faculdade de nomear quem assuma a posição de contratante. Esse tipo contratual surgiu na Idade Média decorrente do fato de que, muitas vezes, para a realização de alguns contratos, não era conveniente aparecerem algumas pessoas, fosse por questão religiosa, fosse por questão de *status.* No entanto, o nomeado, para assumir a posição de contratante, tem de aceitar a nomeação e aceitando-a torna-se parte do contrato, razão pela qual também não temos uma exceção ao princípio da relatividade.

Tanto o Código Civil Brasileiro de 1916 quanto o Código Civil de 2002, mesmo diante das influências do Direito Francês, não previram expressamente o princípio da

---

[75]No Código Civil Brasileiro prevista nos artigos 439 a 440.
[76]Artigos 467 a 471 do Código Civil.

relatividade dos efeitos contratuais[77]. No que tange ao Código Civil de 1916, pode-se entender que a ausência de previsão expressa decorre do fato de se considerar o princípio inerente à construção lógica da teoria contratual, referente à relação de causa e efeito exposta acima entre autonomia da vontade, liberdade de contratar, obrigatoriedade e relatividade. Além disso, entendia-se que o princípio poderia ser extraído a partir da interpretação a *contrario sensu* do seu artigo 928 que estabelecia "*A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre seus herdeiros"*. Ou seja, a obrigação não se opera entre aqueles que não são partes.

Já o Código Civil de 2002, talvez não o tenha previsto, tendo em vista toda a ideia de sociabilidade e solidariedade que norteou a sua elaboração, em oposição ao individualismo da época dos Oitocentos. Não significa, entretanto, que o princípio não vigore. Pelo contrário, ele ainda é um dos princípios que orientam nossa teoria geral do contrato, pois resguarda a liberdade de cada um, que não se tornam credores nem devedores contra a sua vontade. No entanto, a sua interpretação é que deixou de ser absoluta e literal, devendo ser feita juntamente com os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Tal fato se tornará evidente com o desenvolvimento econômico do século XX, que ampliará a importância dos contratos nas relações intersubjetivas, fazendo com que o contrato seja sempre visto como algo que interesse a toda sociedade, não tendo, portanto, seus efeitos restritos às partes como se fosse uma cápsula.

---

[77]Importante, observar, contudo, que TEIXEIRA DE FREITAS em seu *Código Civil, Esboço,* 3-4. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952. p. 662 previa expressamente o princípio, em textual: Art. 1.957: "*Os contratos não prejudicam e nem beneficiam terceiros"*.

CAPÍTULO 3. A CONCEPÇÃO CONTRATUAL SOCIAL E SUAS ORIGENS

O Direito como um sistema de segunda ordem[78], apesar de autônomo, está em função de um sistema maior que é a sociedade. Assim, como não poderia deixar de ser, é influenciado pelo contexto histórico e político em que ela se encontra. Dessa forma, do mesmo modo que o individualismo e o liberalismo do século XVIII decorreram de transformações sociais e políticas que influenciaram diretamente a codificação e a teoria contratual, as mudanças dessa mesma teoria decorreram de novas transformações políticas e econômicas ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX.

Essas transformações, iniciadas pela Revolução Industrial, demonstraram que os alicerces da teoria contratual até então vigente (autonomia da vontade, liberdade contratual, *pacta sunt servanda,* relatividade dos efeitos contratuais) não poderiam servir de base para a justiça contratual e, caso não se flexibilizassem, admitindo a formação de uma nova base com os princípios contratuais sociais (boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato, função social do contrato), o Direito Contratual não seria capaz de possibilitar a pacífica e justa circulação de riquezas na economia. Ao contrário: se essa adaptação não ocorresse, o contrato passaria a ser um instrumento opressor à disposição de uma classe economicamente mais forte.

Com efeito, a Revolução Industrial, iniciada em 1776 com o aparecimento da primeira máquina a vapor, provocou o desenvolvimento das cidades. O fenômeno da urbanização levou ao crescimento demográfico, ao surgimento de um mercado de consumo e ao desenvolvimento dos meios de transporte. Estes, por sua vez, possibilitaram a expansão de mercados e o fenômeno da concentração capitalista[79].

---

[78]Cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (O direito como um sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 25-54).

[79]Todo esse fenômeno é bem descrito por LEO HUBERMAN, (*História da riqueza do homem,* cit., p. 184 e 186); "*O sistema fabril, com sua organização eficiente em grande escala e sua divisão de trabalho, representou um aumento tremendo na produção. As mercadorias saíam das fábricas num ritmo intenso. Esse aumento da produção foi em parte provocado pelo capital, abrindo caminho na direção dos lucros. Foi, em parte, uma resposta ao aumento da procura. A abertura de mercados das terras recém descobertas foi uma causa importante desse aumento. Houve outra. As mercadorias produzidas nas fábricas encontravam também um mercado interno simultaneamente com o mercado externo. Isso devido ao crescimento da população da própria Inglaterra.(...)A revolução na industria e agricultura foi acompanhada pela revolução nos transportes. A produção de mais mercadorias com maior velocidade, e*

A consequência de todo esse desenvolvimento foi o que Fernando Noronha chamou de massificação social[80]. Essa massificação consubstanciou-se, no campo do Direito, na figura dos contratos por adesão, aptos a estabelecer relações contratuais de maneira rápida e eficiente com um sem número de contratantes. Estes contratos possuem conteúdo igual e pré-estabelecido; são contratos padrão. No entanto, são celebrados com uma série indefinida de contratantes. [81]

Esse tipo de contrato pré-redigido, típico da nova realidade social, deixou claro que as partes não estariam sempre em igualdade como afirmava a concepção clássica, pelo contrário, haveria um desequilíbrio entre elas, pois uma das partes elaborava as cláusulas e a outra simplesmente a elas aderia. Dessa maneira, a ideia de que assegurando a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual começa a entrar em decadência[82].

Nessa sociedade de consumo, a necessidade de produção e distribuição em grandes quantidades gerou também a despersonalização[83] e a desmaterialização do

---

as colheitas cada vez maiores e melhores são inúteis a menos que possam ser levadas à pessoas que delas necessitam. As estradas eram más. Eram tão ruins que o Marquês de Dowshire, em meados do século XVIII, teve de levar consigo um grupo de trabalhadores para fazer os reparos necessários na estrada, e arrancar lama de sua carruagem, para que pudesse concluir viagem. O que era apenas aborrecimento para o Marquês constituía uma impossibilidade para o fabricante ansioso de atender à procura de um mercado em desenvolvimento. Transporte barato, rápido e regular era necessário. Também para os fabricantes que desejavam aproveitar a vantagem oriunda da concentração da produção numa área especialmente adequada – por exemplo, o algodão em Lancashire".

[80]FERNANDO NORONHA (*Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 93-94) afirma: "*Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é massificação: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias, massificação nas fabricas, produzindo em serie, massificação nas comunicações (donde a denominação de mass media), massificação nas relações de trabalho, através de convenções coletivas, massificação na responsabilidade civil, com a responsabilização de pessoas componentes de grupos pelos atos de membro não identificado (o que e verdadeiro caso de responsabilização de pessoas componentes de grupos pelos atos de membro não identificado (o que é o verdadeiro caso de responsabilidade coletiva), massificação no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos ou coletivos (cf. Lei 7.347/85, art.1º e Código de Defesa do Consumidor, arts. 81, 91 e 103), massificação nas relações de consumo, com os contratos padronizados e de adesão a até com (cf. art. 107 do Código de Defesa do Consumidor) as convenções coletivas de consumo*".

[81]CLÁUDIA LIMA MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* cit., p. 53-54), lembra que "*Alguns comparam essa predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (lawmaking power). Poder este que legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da lex privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante*".

[82]FERNANDO NORONHA (*Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 93-94), lembra que "*É certo que mesmo nos contratos do século XIX a "igualdade das partes" não impedia que a mais forte determinasse o conteúdo do contrato, mas ainda havia a negociação, o mais fraco ainda podia fazer ouvir a sua voz – e até ser atendido, aqui ou ali, nas suas pretensões. Foi apenas com a massificação do contrato que a posição do mais fraco ficou visivelmente a descoberto (...)"*

[83]ORLANDO GOMES (Inovações na teoria geral do contrato. In: _____. *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 93), exemplifica essa despersonalização pontuando: *"Tem também concorrido*

comércio jurídico. Em algumas situações a parte sequer tinha o outro contratante à sua frente, o qual era substituído por máquinas. Em outras, o contrato passou a ser formado pelas denominadas condutas sociais típicas, sem que haja propriamente uma declaração de vontade[84].

Saliente-se, ainda, que não foi apenas o surgimento dos contratos de massa que tornou evidente que o dogma da autonomia da vontade e seu principal reflexo, a liberdade contratual, estavam em crise. A sociedade industrializada também fez com que surgissem outras espécies de contratos que revelaram claramente que a liberdade contratual havia se transformado em um princípio mais formal do que real.

Assim, os contratos necessários, como, por exemplo, os de fornecimento de água, telefone e energia elétrica, demonstravam, sem dúvida, que a liberdade de escolher o outro contratante e até mesmo a liberdade de escolha em contratar sofriam limitações. No mesmo sentido, os contratos coativos (resultantes da lei) deixavam evidente que a própria manifestação de vontade não era mais tão livre assim.

Muitos autores nesse período já preconizavam a incompatibilidade dos fatos com o Direito. Dessa forma, Gaston Morin[85], em 1937, falava na *"revolta dos fatos contra os códigos"*, pois a liberdade e a autonomia da vontade estavam presentes somente nos livros, enquanto na realidade prevalecia o desequilíbrio e a injustiça contratual.

---

para a modificação com reflexos na própria evolução do Direito, o fenômeno da conclusão dos contratos por pessoas que não são as que diretamente estão interessadas na conclusão do vínculo. Esse fenômeno da despersonalização do contrato é muito significativo, porque sucede em instrumentos contratuais da mais alta importância na vida econômica, como é o caso das sociedades anônimas, fenômeno que já se verifica também em outros contratos, como o de locação. O senhorios estão entregando a terceiros a tarefa de celebrar contratos de locação atrás dos quais se escondem, e a relação pessoal vai desaparecendo"

[84]ORLANDO GOMES (Inovações na teoria geral do contrato, cit., p. 97), ao tratar dos comportamentos sociais típicos, nos remete aos ensinamentos de LARENZ, afirmando: "*Muito mais importante ainda que tais contratos são os que resultam do que Larenz chama de comportamento social típico. No seu livro, sobre a parte geral do Código Civil alemão destaca três hipóteses de comportamento social típico muito interessantes: a da relação jurídica de transporte, a da relação jurídica de estacionamento, e da relação jurídica de consumo de energia elétrica. É interessante observar essa técnica de formação no contrato de transporte, porque já se sustenta que deixou de ser um contrato exatamente porque se forma desse modo. Para quem continua a achar que tem forma e natureza contratuais, o comportamento social típico não sendo uma declaração de vontade, forma um vínculo jurídico independentemente das regras que se aplicam a estas. Por outras palavras, ao comportamento social típico não se aplicam certas regras relativas à formação do consentimento, como as que regulam os vícios de vontade. É muito conhecido o exemplo que o mesmo Larenz dá desse vínculo negocial de transporte: se alguém toma um veículo de transporte coletivo e resolve deixá-lo em seguida, por uma razão qualquer, ninguém duvida de que, mesmo que o tenha tomado por erro, deve pagar a passagem; isto é, o cumprimento de uma obrigação resultante de um comportamento social típico"*.

[85]MORIN. *Tendances*, *apud*, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* cit., p. 150.

Além da massificação da sociedade, a Revolução Industrial trouxe também para o mundo moderno alguns problemas, tais como a opressão das massas, a insalubridade nas fábricas, o abuso na jornada de trabalho, a hipossuficiência dos indivíduos em face das grandes empresas.

Nesse novo cenário, a *Lei de Maine,* a que nos reportamos no Capítulo I, conforme lembra Heloísa Carpena[86], passa a ser vista ao contrário, pois segundo as palavras da autora, "*tornaríamos do contrato ao status, não mais determinado por posições sociais herdadas ou de qualquer outro modo transmitidas, porém determinado, sim, pela posição econômica do contratante. Assim, diverso será o tratamento legal, conforme se esteja diante da tutela do consumidor ou do empresário. Fragmenta-se o direito dos contratos, em atenção ao surgimento destes grandes grupos sociais"*.

Diante desse quadro, o Estado viu-se obrigado a se tornar um Estado mais intervencionista e passou a ter como preocupação central o interesse social, a busca pela equidade e pela justiça, bem como a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Economistas e políticos logo entenderiam que nem o individualismo exagerado, nem a suposta igualdade entre todos trariam a justiça contratual para a realidade.

Todas essas modificações trazidas pela sociedade massificada, obviamente, atingiram também o campo jurídico, fazendo com que nas grandes constituições do pós-guerra se introduzissem princípios e normas que orientassem a conduta dos indivíduos e estabelecessem deveres sociais a serem cumpridos por eles no desenvolvimento de suas atividades.

Tem-se, assim, fenômeno conhecido como *socialização do direito*, que visava maior liberdade para os juízes e inspiração mais social nas normas jurídicas. É justamente dentro dessa ideia que se inserem as normas de Direito do Trabalho.

Na esfera contratual, a socialização do Direito exercerá grande influência no sentido de que não terá mais relevância somente o momento do acordo livre de vontades para celebração do contrato, mas passarão a ter papel fundamental também os efeitos do contrato na sociedade como um todo. O contrato perderá aquela concepção individualista de que ele só interessa às partes, passando a se difundir a ideia de que, estando ele inserido numa sociedade repleta de relações negociais, seus efeitos e sua celebração interessam a toda a sociedade.

---

[86]CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, cit., p. 31.

O contrato, na busca pelo equilíbrio e pela justiça contratual, deixará de ser um mero instrumento para a circulação de riquezas na sociedade de consumo e passará a ser também um instrumento social cercado por ideias como a confiança, a função social e o equilíbrio durante sua celebração e execução.

Dentro desse novo contexto, a própria lei exercerá outras funções, deixando de ser simplesmente supletiva e protetora da autonomia da vontade e passando a proteger determinados interesses sociais, se transformando num verdadeiro limite à autonomia da vontade.

Todas essas mudanças fizeram com que muitos acreditassem que a teoria geral do contrato estivesse em crise. Entretanto, o que a sociedade industrializada trouxe para o campo do Direito dos Contratos foi a crise da concepção contratual tradicional e do dogma da autonomia da vontade, pois a liberdade contratual não existia no mundo fático e não era por si só garantidora da justiça contratual[87], nem da harmonia social e da segurança das relações jurídicas. Dessa forma, a denominada "crise contratual" foi uma crise de rejuvenescimento que na verdade trouxe um maior desenvolvimento para a teoria dos contratos, uma vez que foi necessário buscar um novo caminho que trouxesse de volta a justiça contratual.

Assim, com o estabelecimento do Estado Social, também decorrente das transformações do século XX[88], foram revalorizados princípios como o da boa-fé objetiva

---

[87]Nas palavras de FERNANDO NORONHA (*Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 102-103): "*Mas felizmente o contrato não estava morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo, era uma concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma certa e determinada relação jurídica, que teve seu apogeu em certo e determinado momento histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, iguais – "igualmente livres" poder-se-ia talvez dizer*". Nesse sentido, também afirma CLÁUDIA LIMA MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* cit., p. 152-153). "*Podemos assim concluir que a crise levou o conceito de contrato a um desenvolvimento fecundo. Para muitos o que foi denominado de crise do contrato era na verdade, a crise do dogma da autonomia da vontade. Efetivamente, no mundo atual, podemos verificar que o campo de utilização do contrato tem se ampliado. Não só o número de contratos concluídos e bem maior, em virtude do desenvolvimento da sociedade de consumo, como novos tipos de contrato foram criados (por exemplo: leasing, franchising,factoring,know-how,hedging, shopping center), demonstrando a maleabilidade e a fecundidade desse instrumento jurídico*".

[88]RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR (*Contratos relacionais e defesa do consumidor,* cit., p. 37), entende que a transformação da teoria contratual não pode ter como razão uma única causa geral, como a massificação. Entende o Autor que "*para analisar estas mudanças é necessário compreender o fato de que as transformações do direito contratual contemporâneo se operam em diversos níveis que se entrelaçam e se justapõem. Eles não podem ser corretamente compreendidos à luz de uma única causa geral como a massificação das relações contratuais, o advento dos contratos de adesão ou mesmo o aumento no intervencionismo e dirigismo estatal. Muito embora tais fenômenos sejam muito importantes para compreender as transformações a que me refiro, entendo que a natureza das transformações não pode ser compreendida apenas a partir delas. As transformações do direito contratual moderno ocorrem em três planos básicos: (a) o plano da incursão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva (welfarismo*

e da função social do contrato, bem como foi dado o contorno para o princípio do equilíbrio econômico do contrato, os quais, diante da nova realidade social, econômica e jurídica, são agrupados como os princípios contratuais sociais que somados aos anteriores (liberdade de contratar, *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos contratuais), foram responsáveis pelo resgate da justiça contratual.

3.1. O Princípio da boa-fé objetiva

O Estado Social trouxe o entendimento de que as relações obrigacionais constituem-se em um espaço de cooperação e solidariedade. Assim, notou-se que o contrato, apesar de ser formado a partir de interesses contrapostos, era também um meio desses interesses se harmonizarem a fim de que ambos pudessem ser satisfeitos, surgindo daí a ideia de colaboração entre as partes[89]. Dessa forma, elas podem defender seus próprios interesses, mas devem também agir de forma solidária, a fim de facilitar que a pretensão de cada qual se realize.

Considerando esse raciocínio, verificamos que as partes devem agir com respeito ao interesse do outro contratante e de maneira leal para que a confiança depositada na realização do negócio jurídico não se rompa. É justamente nesse dever de lealdade das partes entre si, no dever de agir de forma correta, que se funda o princípio da boa-fé.

Saliente-se que estamos nos referindo ao princípio da boa-fé objetiva e não à noção de boa-fé subjetiva. Esta se refere à análise subjetiva do estado de consciência do agente, a partir da verificação de um certo comportamento. Já a boa-fé objetiva relaciona-se com o comportamento consubstanciando-se numa verdadeira regra de conduta, no dever das partes de agir conforme a economia e a finalidade do contrato firmado.

Dessa forma, podemos entender que um dos contornos do princípio da boa-fé é justamente o fato de ele ser um verdadeiro dever anexo à relação obrigacional, ou seja, dever que, mesmo não estando explicitado nas cláusulas contratuais, existe de forma

---

contratual); (b) o plano das mudanças do mercado e das formas de articulação da produção e distribuição de bens; e (c) o plano da mudança da racionalidade jurídica dominante que permite articular e conferir sentido às duas mudanças anteriormente mencionadas".

[89]Nesse sentido, ORLANDO GOMES (*Contratos,* cit., p. 42), afirma que *"Nos contratos há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização contitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina toda a matéria contratual, vedando o emprego da ástucia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifstação de vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato".*

implícita. Isso porque não é toda conduta que pode ser prevista pela lei ou pelo contrato, havendo sempre uma zona cinzenta em que algumas condutas dos contratantes não foram reguladas, e para que eles não ajam contrariamente à ordem jurídica, econômica e social, suas atitudes devem reger-se pela lealdade que ambos devem um para com o outro[90]. Assim, ainda que o contrato não diga que as partes devem agir com lealdade, devem informar um ao outro sobre circunstância e fatos que envolvam o objeto contratual e devem cuidar para que o vínculo obrigacional atinja seu fim, é dessa maneira que elas devem se portar.

A ideia de boa-fé remonta ao Direito Romano, mas teve maior difusão nos ordenamentos jurídicos a partir do § 242 do Código Civil alemão[91] que estabelece que o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego. Na ordem jurídica brasileira, pode-se considerar que o princípio da boa-fé já estaria inserido por meio do artigo 3º da Constituição Federal[92], na medida em que este estabelece que constitui objetivo primordial da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. A ideia de boa-fé está justamente ligada à ideia de formação de uma sociedade solidária.

Posteriormente à Carta Magna, a despeito do Código Civil de 1916 não ter feito referência à boa-fé em âmbito contratual, tal princípio foi expressamente consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, seguindo a atual tendência social do Direito dos Contratos, o Código Civil de 2002 também, por meio de uma cláusula geral[93], consagrou em seu artigo 422 o princípio da boa-fé para reger a celebração de contratos.

---

[90]FERNANDO NORONHA (*Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*, cit., p. 168), esclarece que *"Por outro lado, nem as partes, nem a lei podem tudo prever, nem regular. Quanto à lei, uma regulamentação dos contratos pormenorizada, até seria incompatível com a autonomia privada. Por isso em cada negócio jurídico da vida real, fica sempre em aberto um campo mais ou menos largo em que a conduta a que os interessados estão obrigados só pode ser determinada com recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, fundada na confiança – e dizer isto, é o mesmo que dizer que a conduta das partes nestes casos devem se pautar pela boa-fé. A confiança entre as pessoas, e a lealdade, cujo pressuposto necessário é a confiança, são valores éticos jurídicos que, assim, fundamentam o princípio da boa-fé"*.

[91]No original, § 242 *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*.

[92]TERESA NEGREIROS (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 74), aponta que a inserção do princípio da boa-fé é até mesmo anterior à Constituição, pois já estava consagrado no Código Comercial, em seu artigo 131 que dispunha: *"Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (...)"*.

[93]Observamos aqui que o novo Código regulamenta o Direito dos Contratos por meio de cláusulas gerais, que consiste, nas palavras de ADRIANA MANDIM THEODORO DE MELLO (Função social do contrato e o princípio

Dessa forma, determina o artigo 422 da legislação civil vigente que *"os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*. Note-se, entretanto, que embora o estabelecimento do princípio da boa-fé represente um avanço do novo Código, concretizando, de certa forma, a ideia de que o contrato deve ser concebido como um instrumento a serviço da pessoa, da sua dignidade e de seu desenvolvimento, essa inovação não se deu de maneira completa.

O professor Antônio Junqueira de Azevedo em texto de sua autoria intitulado *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na questão da Boa-Fé objetiva nos contratos*[94], demonstra claramente algumas omissões fundamentais do artigo em tela.

Assim, a primeira delas consiste no fato do artigo 422 apenas determinar que os contratantes devem agir com boa-fé na conclusão e execução do contrato, não mencionando que o princípio da boa-fé deve reger também as fases pré e pós-contratual.

A fase pré-contratual é tão importante quanto a própria execução do contrato. É nela que as partes, considerando uma a proposta da outra, decidem se irão contratar ou não. Geralmente, nessa fase os contratantes já realizam investimentos baseados na confiança de que o negócio se concretizará, consistindo nesse fato a importância de, mesmo durante as tratativas, se agir com boa-fé. Em outros termos, antes da celebração do contrato os

---

da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 3, n. 16, p. 144, mar./abr. 2002) em "*enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro"*. Para alguns autores, a importância das cláusulas gerais consiste no fato de serem mais flexíveis e adaptáveis as transformações da realidade social, visto que não pretendem como nas codificações típicas dos oitocentos que buscava dar uma grande precisão para lei a fim de que solucionados todos os casos possíveis, de forma a evitar a arbitrariedade do juiz e sua consequente interferência na autonomia de cada um. Ocorre que não é possível cercar de maneira específica todas as situações a que estão sujeitos os indivíduos, dessa forma, muitas vezes a tentativa de regular precisamente a vida das pessoas era fonte de muitas injustiças, principalmente no campo contratual. Dentro desse contexto, muitos juízes recorriam, então, o Código Civil alemão que já possuía uma cláusula geral referente ao princípio da boa-fé, o famoso § 242, segundo o qual o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelo costume do tráfego. Ressalte-se, aqui, entretanto, o posicionamento do professor ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 156). que se posiciona no sentido de que a utilização de cláusulas gerais no novo Código Civil já nasce velha, em suas palavras *"O problema desses quatro conceitos* (aqui se referindo à função social, boa-fé, ordem pública e interesse público) *era que eles não tinham conteúdo, eram vazios do ponto de vista axiológico. Até hoje, eles servem para a retórica, mas o mundo atual não se conforma mais com esses conceitos vazios. O paradigma que antes era o da lei passou a ser o do Juiz e agora é o da solução rápida do caso concreto. Hoje estamos fugindo do Juiz (...) o juiz é um julgador e, quando não há necessidade desse Julgador não é preciso juiz"*.

[94]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 148-158.

contratantes já devem adotar um padrão de comportamento correto, agindo com lealdade um para com o outro, pois são das negociações preliminares que dependem a efetivação do contrato.

O fim do contrato também não significa que as partes devam deixar de agir conforme os mandamentos da boa-fé. Ao contrário, na fase pós-contratual a ideia de solidariedade e cooperação entre as partes deve ser reforçada, pois seria completamente contrário à segurança das relações jurídicas e à própria harmonia social que, realizado o contrato, as partes pudessem ter atitudes que contrariassem o objetivo e a função social do negócio jurídico celebrado. Assim, findado o contrato deve permanecer entre as partes um dever de informar, de cuidar para que o resultado pretendido por meio do contrato não seja rompido[95].

Visto o conceito da boa-fé objetiva e a importância de se atentar a ela antes, durante e após a execução contratual, resta-nos discorrer brevemente acerca das funções que ela exerce no direito contratual.

O princípio da boa-fé apresenta três funções normalmente denominadas pela maioria dos autores como sendo *(i)* interpretativa-integrativa; *(ii)* criadora de direitos jurídicos e *(iii)* limitadora de direitos subjetivos. Antônio Junqueira de Azevedo[96] compara essas funções àquelas que tinham o direito pretoriano em Roma, designando-as respectivamente como função *adjuvandi,* função *supplendi* e função *corrigendi.*

A primeira função justamente norteia a forma de interpretação dos contratos. O § 157 do BGB determina que os contratos sejam interpretados tal como o exijam a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio[97]. Nesse mesmo sentido, o

---

[95]Muito bem exemplifica esse dever de agir com boa-fé mesmo após ter-se findado o contrato um caso lembrado pelo professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO tanto nas suas aulas ministradas na graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco como no texto *supra* mencionado em sua p. 151. Trata-se da situação em que "*o proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador que adquiriu, por ter o terreno uma bela vista sobre um vale muito grande, construiu ali uma ótima residência, que valia seis vezes o preço do solo. A verdade é que o vendedor gabou a vista e,então, fez a transferência do imóvel para o comprador – negócio acabado. Depois, o ex-proprietário, o vendedor, que sabia da proibição pela prefeitura municipal de construção elevada no imóvel em frente, adquiriu assim mesmo esse imóvel e, em seguida, conseguiu na prefeitura a alteração do plano da cidade, para que fosse permitido ali fazer uma construção. Quer dizer, ele construiu um prédio que tapava a vista do próprio terreno que havia vendido ao outro – esse ato não era literalmente ilícito. Ele, primeiramente, cumpriu a sua parte, depois comprou o outro terreno, foi à prefeitura, mudou o plano, e, aí, construir. A única solução para o caso é aplicar a regra da boa-fé. Ele faltou com a lealdade no contrato que já estava acabado.*"

[96]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 152.

[97]No original § 157 *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

artigo 113 do Código Civil estabelece que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Isso significa que o contrato deve ser interpretado de forma a preservar a confiança das partes e suas expectativas, devendo sempre se considerar o que seria razoavelmente esperado de um contratante leal. Ademais as cláusulas devem sempre ser interpretadas de acordo com o seu sentido objetivo e aparente.

A segunda função refere-se ao já anteriormente adiantado que é a questão dos deveres anexos, ou seja, deveres que, embora não estejam estabelecidos no contrato, existem, como, por exemplo, o dever de cuidar, de informar, de colaborar para que o contrato tenha o seu fim atingindo. Tais deveres acessórios demonstram claramente que o contrato não se reduz somente ao acordado com relação à obrigação principal, havendo também uma variedade de outros deveres e regras de conduta a ela ligadas.

Por fim, a última função da boa-fé está diretamente ligada à questão do abuso de direito e ao controle das cláusulas abusivas.

O artigo 187 do Código Civil, ao estabelecer que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes, traz expressamente a ideia de abuso de direito. Assim, o abuso de direito pode ser considerado de maneira ampla como sendo o abuso das faculdades e vantagens concedidas ao sujeito que as utilizam de forma contrária à finalidade social e, de maneira mais restrita, dentro do campo contratual, podemos afirmar que o abuso de direito consiste na manifesta desproporção entre as vantagens do titular do direito em relação aos sacrifícios impostos à outra parte. É justamente dentro desta última ideia que temos a noção de cláusula contratual abusiva.

As cláusulas abusivas, de modo geral, são aquelas que auferem a uma das partes uma vantagem excessiva, causando à outra parte um prejuízo grave, de maneira que a relação contratual seja caracterizada pelo desequilíbrio entre as prestações. O Código de Defesa do Consumidor enumera em seu artigo 51 alguns exemplos de cláusulas abusivas. No atual Código Civil, não há um capítulo específico sobre cláusulas abusivas, mas podem ser consideradas abusivas as cláusulas leoninas, de não-concorrência, de exclusividade, de não indenizar e as que permitem a denúncia unilateral de um contrato sem aviso prévio[98].

---

[98]As cláusulas abusivas são notadamente encontradas nos chamados contratos de adesão que são consequência direta do fenômeno da massificação. Os contratos de adesão são aqueles conhecidos geralmente pelo fato de suas cláusulas não serem discutidas uma a uma por ambos os contratantes, sendo

Assim sendo, a função *corrigendi* da boa-fé age de maneira a evitar que atos abusivos sejam praticados por um dos contratantes em relação ao outro. Dessa forma, na medida em que a boa-fé consiste numa regra de comportamento que exige lealdade e cooperação na relação dos contratantes, ela impede que uma das partes aja de forma danosa para com a outra parte, de modo a obter extrema vantagem do seu co-contratante, constituindo-se uma nítida relação de desproporcionalidade.

Importante destacar que, em grande parte das vezes, as funções da boa-fé objetiva não são utilizadas de forma isolada, pelo contrário, atuam de modo que se complementem, sendo difícil em alguns casos determinar qual função específica foi usada.

Apresentado o princípio da boa-fé, podemos concluir claramente seu papel na relativização dos princípios tradicionais. A boa-fé age como um limite à liberdade contratual, que deve ser moldada e exercida não mais de forma ampla e absoluta, mas de acordo com a regra de comportamento leal e moderado por ela imposta. Ao mesmo tempo faz com que os contratos não sejam mais vistos como intangíveis *(pacta sunt servanda),* na medida em que, ainda que as partes tenham devidamente firmado o contrato, as cláusulas abusivas são consideradas como não escritas, de forma que não fazem lei entre as partes.

---

geralmente impostos por um deles à outra parte, nas palavras de CLÁUDIA LIMA MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* cit., p. 58) "*contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito"*. Aqui importa esclarecer que os contratos de adesão e as possíveis cláusulas abusivas que venham apresentar não ocorrem somente na relação fornecedor/consumidor, duas empresas também podem firmar contratos de adesão. Neste último caso, entretanto, segundo ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, não há que se falar em cláusulas abusivas, pois não há na relação parte hipossuficiente. Aliás, dentro desse contexto e dentro da nova realidade contratual instaurada no século XXI, o jurista considera que a atual dicotomia do direito contratual deve se dar entre contratos de lucro e contratos existenciais. A respeito desta nova dicotomia esclarece o professor que "*Os contratos existenciais tem basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são 'descartáveis' e os juízes têm de que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, 'descartadas', do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio pacta sunt servanda tem que ter aí maior força. (...).Outro ponto interessante seria a exposição analítica das diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais, mas não no contrato de lucro) etc." (*AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *RTDC* – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo. In:_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado,* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600-601).

3.2. O princípio do equilíbrio contratual

A Constituição Federal brasileira determina, em seu artigo 3º, inciso III, que a construção de uma sociedade justa é um dos objetivos da República. Ora, não nos restam dúvidas de que, dentro da ideia de sociedade justa, se insere a ideia de justiça contratual, devido à importância dos contratos para a própria sociedade, uma vez que representa o principal instrumento econômico para a circulação de riquezas.

A justiça contratual representa objetivamente um equilíbrio entre a prestação e contraprestação, de forma que a execução do contrato não seja extremamente sacrificante para uma das partes[99].

Ao tratarmos do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, vimos que ele decorria da ideia, dominante à época do Liberalismo, de supremacia da autonomia da vontade. O raciocínio aplicado, conforme também já exposto, era o seguinte: as partes livres tinham a opção de contratar ou não; escolhendo pactuar, deveriam cumprir os preceitos contratuais como se lei fossem, sob qualquer situação, pois se obrigaram voluntariamente. Qualquer interferência externa no contrato, ainda que do Poder Judiciário, seria uma grave ofensa ao princípio da autonomia da vontade.

Entretanto, a realidade demonstrava que essa exigência de que os contratos fossem cumpridos exatamente nos termos pactuados, muitas vezes, levava ao desequilíbrio contratual e, portanto, à injustiça contratual. Tal fato ocorria, por exemplo, quando a situação das circunstâncias em que o contrato fora firmado se alterava, podendo fazer com que um dos contratantes sofresse um sacrifício exagerado em relação à vantagem auferida pela outra parte.

Assim, por exemplo, um indivíduo poderia se ver impossibilitado de pagar as prestações de um contrato sem o sacrifício de bens essenciais para a sua sobrevivência,

---

[99]Ilustra essa ideia de equilíbrio, a lembrança trazida pelo professor ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, (*Contratos*: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas:* homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p 55): "*Desde a mancipatio, mencionada na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., em que, por ato per aes et libram, as obrigações das partes contratantes eram pesadas em uma balança, em praça pública, devendo ser cumpridas as formalidades legais, atestando-se a igualdade das mesmas obrigações assumidas, representa-se esse contrato como verdadeiro símbolo da Justiça (a balança), até hoje preservado pelos povos. Essa igualdade e equilíbrio nas relações jurídicas, são tão importantes, que, entre os romanos, Celso conceituou o Direito como 'a arte do bem e da equidade' (ius esta rs boni et aequi).*"

pelo fato de que mudanças econômicas não previsíveis trouxessem a seu país um elevado processo inflacionário.

Essa realidade não escapou ao Estado Social e, principalmente, à doutrina alemã, que foi pioneira em aceitar que as alterações supervenientes das circunstâncias pudessem justificar o não-cumprimento de um contrato ou o seu cumprimento de maneira não integral, pois somente dessa maneira se estaria garantindo a efetiva justiça contratual (equilíbrio entre prestação e contraprestação).

Assim, em 1850, o jurista alemão Windscheid, na monografia *Die Lehre de römischen Rechts Von Der Voraussetzung,* formulou a Teoria da Pressuposição, segundo a qual a pressuposição seria uma condição não desenvolvida, implícita, pela qual os contratantes só se obrigariam aos efeitos do contrato, se a situação em que tivessem contratado permanecesse a mesma[100].

Posteriormente, foi a vez de Larenz desenvolver a Teoria da Base Negocial, distinguindo a base subjetiva, que é a razão pela qual os contratantes estabelecem o contrato, da base objetiva, que é o conjunto de todas as circunstâncias que devem prevalecer e que as partes têm como absolutamente seguras para que o contrato subsista. Assim sendo, a base objetiva deixa de existir quando a equivalência entre as prestações desaparece ou, ainda, quando desaparece a finalidade para a qual o negócio foi constituído. Dessa forma, não existindo mais qualquer desses elementos, não há mais a obrigação das partes cumprirem integralmente o pactuado.

Na Itália, dentro desse mesmo contexto de preservação do equilíbrio entre prestação e contraprestação de forma a garantir a efetiva justiça contratual, se desenvolveu, com o Código Civil de 1942, a teoria da onerosidade excessiva, por meio da qual sempre que houver uma alteração imprevisível nas circunstâncias em que foi celebrado o contrato, de forma a acarretar uma onerosidade excessiva a um dos pactuantes, as partes ficam liberadas do cumprimento do contrato.

O desenvolvimento dessas teorias deixou claro que o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais não poderia mais ser considerado absoluto. Isso porque, na medida

---

[100] ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986. p. 220-221), sobre a Teoria de Windscheid esclarece que *"ao lado da condição e do termo, como autolimitações dos efeitos negociais, em lugar do encargo, cujo campo de aplicação é, como qualquer um percebe, limitado, concebeu ele (Windscheid) a figura da pressuposição, definida como condição não desenvolvida. Quem declara a vontade, sob pressuposição, quer que os efeitos do negócio jurídico somente se produzam, se persistir um certo estado de coisas".*

em que dentro do Estado Social se desenvolveu a ideia de solidariedade e cooperação entre os indivíduos, e de contrato como um fato social que a todos interessa, não seria mais plausível se permitir que em nome do exacerbamento e da extrema valoração de alguns princípios individualistas, uma das partes contratuais fosse submetida à situação de extrema onerosidade. O Estado, em nome da construção de uma sociedade justa e em nome da própria dignidade da pessoa humana, deveria, nessa situação, intervir na autonomia privada, determinando a resolução contratual ou a alteração de seus termos.

O Novo Código Civil Brasileiro não fugiu a essa nova realidade e estabeleceu, claramente, em seu artigo 478, exceção ao *pacta sunt servanda,*, ao determinar que *"nos contratados de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que decretar retroagirão à data da citação"*.

Não é necessária a leitura atenta desse dispositivo legal para notar que a legislação civil pátria adotou como exceção à intangibilidade dos contratos a teoria da imprevisão, ou seja, sempre que fatos supervenientes que não poderiam ter sido previstos no momento da celebração do contrato acontecerem, e isso ocasionar um desequilíbrio no sinalagma contratual, a parte prejudicada não será obrigada a cumprir o pactuado.

Embora a adoção da teoria da imprevisão represente um avanço do novo Código em relação ao anterior, sua adoção pelo novo diploma legal tem sido criticada na medida em que, para sua aplicação, o fato não poder ter sido previsto no momento da contratação pelas partes. Tal exigência faz com que se torne necessária uma análise subjetiva daquilo que o contratante pensava ou tinha conhecimento no momento de celebrar a avença, razão pela qual se sugere que para a aplicação do artigo 478 seja abolida a menção à imprevisibilidade do evento[101].

Mas, não é somente a onerosidade excessiva ocasionada por fatos supervenientes que se constitui em exceção ao princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Dois

---

[101]Essa é a sugestão do pelo professor ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, (*Contratos*: disposições gerais, princípios e extinção, cit., p. 68) "*Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula rebus sic stantibus pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis. Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo assim, a alea extraordinária.(...) Minha sugestão, portanto, é de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante no art. 478 do novo Código Civil Brasileiro, riscando-se do seu texto a palavra imprevisíveis"*.

outros institutos autorizam o não cumprimento do contrato e, até mesmo, determinam a sua anulação. Trata-se da contratação em estado de perigo e do instituto da lesão. Nesses dois casos também temos uma situação de desequilíbrio resultante da onerosidade excessiva de uma das partes. Entretanto, esse desequilíbrio já se dá no momento da contratação e não em momento posterior.

O instituto da lesão remonta ao Direito Romano e surgiu em reposta a uma consulta concreta feita ao imperador Diocleciano quando o filho de um senhor que havia celebrado contrato de compra e venda vendeu a mercadoria a preço vil, ou seja, muito abaixo do preço normalmente pactuado, por estar em estado de extrema necessidade. Assim, pleiteou a anulação do contrato ou a complementação do preço. No final da Idade Média, entretanto, esse instituto entrou em declínio, devido ao exacerbamento da liberdade e do individualismo.

A lesão só voltou a ser consagrada com o Código Civil Alemão de 1896 que, em seu § 138, estabeleceu como pressuposto da lesão o estado de necessidade no momento de formação do contrato, que ocasionaria o desequilíbrio das prestações.

No direito brasileiro, embora a lesão não fosse determinada expressamente no Código Civil de 1916, ela era encontrada no Código de Defesa do Consumidor e poderia ser extraída de alguns preceitos constitucionais como o respeito à dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais justa.

Atualmente, a lesão é consagrada expressamente no artigo 157 do Código Civil, que determina como seus pressupostos: *(i)* um estado de premente necessidade ou de inexperiência que leva uma das partes a *(ii)* se obrigar a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Nesse caso, pode ser declarada a anulação do negócio jurídico celebrado, caso não seja oferecido suplemento suficiente ou caso a parte favorecida não concorde com a redução do preço.

Dessa forma, mais uma vez fica demonstrado que, em nome da efetiva justiça contratual, não é por terem as partes escolhido contratar que elas devam necessariamente cumprir os exatos termos do contrato. Deve-se analisar a situação fática que as levou a exercer sua liberdade de contratar ou não. Assim, caso essa liberdade não tenha sido

exercida de maneira plena, acompanhada da real igualdade de oportunidades dos contratantes, não há que se falar em intangibilidade do contrato[102].

Outro instituto bastante próximo ao da lesão e que também representa exceção a ideia do *pacta sunt servanda* é o estado de perigo. Nosso Código, inspirado no Código Civil italiano, o consagrou em seu artigo 156, estabelecendo que *"configura-se estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa"*. Note-se que a característica que distingue o estado de perigo da lesão é que no estado de perigo a outra parte necessariamente sabe da grave situação que atinge o outro contratante, sendo que esta situação de dificuldade influencia de tal maneira o estado psicológico do contratante, que faz com que o estado de perigo se aproxime da coação. A parte que contrata em estado de perigo também não é obrigada a cumprir o contrato.

Diante do exposto, podemos concluir que o princípio do equilíbrio contratual, ao considerar a situação fática em que se encontram os contratantes, visando à justiça contratual, age como um limitador do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais.

3.3. O princípio da função social do contrato

Com o Estado Social consolidou-se definitivamente o entendimento de que, sendo os contratos um instrumento para dar forma às operações e interesses econômicos, eles constituem um importante meio de política econômica e social, justificando assim a necessidade da intervenção Estatal nesse campo, a qual deve ser regida pelas próprias necessidades sociais e pelos valores e ditames constitucionais.

Dentro desse contexto, entre as diversas consequências que vimos até aqui, a implementação do Estado Social trouxe também como implicação, nas palavras de Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, o renascimento da doutrina da função social[103], que, no

---

[102]É justamente nesse ponto que encontramos a grande diferença entre a justiça contratual do século XIX e a justiça contratual do século XX. Enquanto a primeira basicamente ignorava a realidade, simplesmente pressupondo que as partes fossem livres e iguais sempre, de forma que respeitando o que haviam pactuado, atingiriam a justiça contratual; a segunda atentava para os dados da realidade, notando que nem sempre as partes eram livres e iguais e que, sendo assim, a justiça contratual somente poderia ser efetivamente alcançada por meio da intervenção estatal no contrato.

[103]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 45, p. 142, jul./set. 1988. A professora da Universidade de São Paulo explica em tal artigo que entende que o Direito Social, em contraposição ao Direito Individual, típico do Código Napoleônico, fez

âmbito contratual, consubstancia-se pela afirmação do princípio da função social do contrato, consagrado em nosso ordenamento infraconstitucional pela primeira vez no artigo 421 do atual Código Civil.

Certo é, contudo, que, mesmo sendo decorrência de uma evolução histórica, a mudança do período do individualismo para o período em que a sociabilidade é a principal diretriz do Direito, a função social do contrato é também resultado direto da afirmação da função social da propriedade[104] e da consequente função social da empresa.

A atribuição de uma função social à propriedade remete ao período em que, nas sociedades eminentemente agrárias como era o Brasil, a propriedade da terra era sinônimo de poder econômico e político, apresentando, assim, grande relevância social.

Nessa medida, a função social da propriedade tem como objetivo "*adaptar esse direito aos interesses maiores de toda coletividade, além da figura singular do proprietário*".[105]

Dentro desse contexto, a nossa Constituição estabelece que a propriedade rural atenderá a sua função social se promover o aproveitamento racional e adequado do solo, utilizar de forma adequada os recursos naturais, preservar o meio ambiente, observar as disposições que regulam as relações de trabalho e, finalmente, promover uma exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Por outro lado, a propriedade urbana atenderá a sua função social quando acolher o que for determinado no plano diretor das cidades.

Logo se vê, portanto, que a função social da propriedade impõe direitos positivos ao proprietário consistentes na otimização da sua capacidade geradora, a fim de que, promova o bem da sociedade como um todo[106]. Nas palavras de Fábio Konder

---

renascer a doutrina da função social, visto que esta ideia pode ser pinçada, em suas palavras "*quer da Bíblia – Velho e Novo Testamentos – quer da obra de grandes filósofos, como Aristóteles, quer do próprio Direito Romano*". Nesse contexto, é de grande valia a evolução histórica que a jurista faz acerca da função social em seu texto, começando por São Tomas de Aquino, passando pelas encíclicas papais, até as Constituições brasileiras.

[104]Tanto é assim que MIGUEL REALE (Função social do contrato. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22 nov. 2003), ao explicar a origem desse artigo assevera que "*Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que "atenderá a sua função social". Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade*".

[105]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato, cit., p. 142.

[106]Nesse sentido, cabe destacar a lição de CALIXTO SALOMÃO FILHO (Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93 n. 823, p. 70, maio 2004) que ensina que um dos traços marcantes da função social é que "*a estrutura do direito função imprime caráter bastante peculiar ao*

Comparato[107] "*a função social da propriedade é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade*".

Por outro lado, a função social da propriedade também impõe ao proprietário um dever negativo consistente em não "*ofender fins da comunidade política em que está estabelecido, determinando diferentes obrigações, sujeições e ônus, como situações jurídicas cujo conteúdo é o respeito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o patrimônio histórico e cultural*".[108]

Com o desenvolvimento do capitalismo, a empresa se transformou no principal meio de crescimento econômico, passando a ocupar a relevância social antes destinada à propriedade, sobretudo, a rural.

Indiscutivelmente, a empresa é atualmente um dos principais meios de produção. Dentro desse contexto, inevitável que também se atribua a ela uma função social.

Com efeito, como nos faz refletir Fábio Konder Comparato[109], a atribuição de uma função social à propriedade, bem como à própria relação de propriedade privada sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família, ou seja, como forma de prover a sua subsistência. Na atualidade, as atividades exercidas pela empresa, uma vez que detentora dos bens de produção e fornecedora dos bens de consumo, são essenciais tanto para a subsistência dos indivíduos, como para o seu desenvolvimento pessoal, bem como para o desenvolvimento econômico do país. Desse modo, necessário também impor a ela o poder-dever de atuar em consonância com os interesses da coletividade, que é o que a função social determina.

---

instituto. Introduz a obrigação na estrutura do direito subjetivo. Essa característica essencial é demonstrada pelo fato de que sua primeira, mais célebre e talvez mais fiel tradução jurídica tenha se dado em termos de obrigação pura e simples (o famoso 'a propriedade obriga' da Constituição de Weimar)". Com efeito, interessante notar que a ideia de que o uso da propriedade privada deveria também atender ao interesse coletivo foi estabelecida pela primeira vez na Constituição de Weimar, do ano de 1919, que em seu artigo 153, última alínea determina que "*A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum" (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste).*

[107]COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 43, out. 1996.

[108]PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.

[109]COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: _____. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 30. Neste artigo, COMPARATO propõe uma divisão entre os bens, falando em bens de produção e bens de consumo, dependendo da destinação que lhes se dê e destaca que: "*em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular de controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos*".

Nesse sentido, a empresa deve se posicionar em sociedade de forma que equilibre o interesse econômico com o social[110]. Para tanto, são fundamentais o aumento da produtividade, a criação de empregos, o respeito ao meio ambiente e aos direitos do consumidor. Assim, inevitável concluir que a empresa, para exercer sua função social, deve ter uma atuação responsável na esfera econômica, o que não significa ocupar o lugar do Estado em seus deveres jurídicos típicos de adoção de medidas que promovam o bem estar social[111].

Saliente-se que toda empresa visa o lucro. A organização de sua atividade econômica para a produção ou a distribuição de bens, ou, ainda, para a prestação de serviços tem como objetivo final a apuração e distribuição de lucros[112]. Nesse diapasão, a função social da empresa apenas é atingida se ela for lucrativa e eficiente[113], não cabendo a

---

[110]A respeito da necessidade desta harmonia entre interesse econômico e social, para que a empresa cumpra sua função social, pondera VERA HELENA DE MELLO FRANCO (A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 96, p. 133-134, mar. 1998): "*Porém, a realização desses objetivos, mediante a idéia de função social da propriedade dos bens de produção, somente pode ser obtida mediante uma atuação harmônica que englobe todos os interesses eventualmente conflitantes. Vale aqui a lição de Rodatá, quando propugna por uma solução de equilíbrio. Se, por um lado, se impõe a tarefa de concorrer por uma melhor distribuição de renda e um dever de assistência às classes menos favorecidas, conforme os princípios da justiça distributiva, por outro, é necessário não descurar do incentivo à atividade econômica da qual, presume-se, deverão advir recursos aptos a proporcionar essa melhor distribuição de renda e assistência. Daí o limite representado pela tutela dos acionistas enquanto investidores. E, embora o interesse nacional e o da economia nacional não se insiram como fins em si mesmo na noção de função social, são limites que não podem ser utltrapassados, o que leva a atender o dever de colaboração, haja vista também o interesse econômico nacional. Isso, porém, sem perder de vista o caráter instrumental deste interesse perante a realização do interesse social e sem esquecer que sem o interesse econômico não é possível o social*".

[111]Esta, aliás, é uma das grandes preocupações de FÁBIO KONDER COMPARATO (Estado, empresa e função social, cit., p. 46) sobre os riscos da tese da função social da empresa. Afirma o jurista: "*A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República 'construir uma sociedade livre, justa e solidária' (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades. O sentido etimológico da palavra governo, como todos sabem, é o de piloto (kubernetes, em grego). O que se espera de um piloto é que ele saiba conduzir a nave, em quaisquer condições, rumo ao porto de destino. Esse porto de destino, no Estado Democrático e Social é o estabelecimento de condições de vida dignas para todos, sem preferências ou discriminações*". A respeito ainda das preocupações acerca da atribuição à empresa de uma função social, confira o artigo de SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, p. 29-49.

[112]Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, cit., p. 45.

[113]São as palavras de RACHEL SZTAJN (In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/2005*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 223): "*A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária. Razão pela qual não podem influir diante de crise, na sua recuperação*".

ela substituir o Estado em sua função de possibilitar a todos uma existência digna. Contudo, na busca do lucro, a empresa não pode deixar de balizar os valores fundamentais da ordem econômica previstos no artigo 170 da Constituição Federal, consistentes em assegurar a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social[114].

Ocorre que a empresa apenas atua no meio social e consequentemente no mercado por meio de contratos celebrados seja com fornecedores, seja com consumidores ou até mesmo com outras empresas. E mais, é por meio dos contratos que a propriedade se movimenta. Podemos afirmar, por exemplo, que é por meio dos contratos que se inicia a transmissão da propriedade. Com efeito, normalmente, antes da tradição (que é o que efetivamente transmite a propriedade em nosso direito), nos deparamos com um contrato de compra e venda, doação, entre outros.

Assim, não se pode pensar em função social da propriedade e da empresa sem atribuir também ao contrato uma função social[115].

---

[114]Em nossa legislação a menção à função social da empresa pode ser encontrada no artigo 116 da Lei de Sociedade por Ações (Lei 6.404/76), em textual: Art. 116. *Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia*. Parágrafo único. *O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, com os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*. Ou ainda, no artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/2005): Art. 47. *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*.
O Código Civil não apresenta menção expressa à função social da empresa. No entanto, como veremos no decorrer deste tópico ela pode ser inferida da função social do contrato. Aliás, dentro desse contexto, foi aprovado o Enunciado n.º 53 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, que assim dispõe: "*deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa*".

[115]Nesse diapasão, oportuna a lição de GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA (A função social do contrato, cit., p. 148), em que a professora relaciona a função social da propriedade com a função social dos contratos agrários. Confira-se: "*Ora, os contratos agrários – o arrendamento e a parceria – previstos no Estatuto da Terra e no seu Regulamento (Dec. 59.566/66), têm por objeto, segundo estabelece o regime jurídico, o uso ou a posse temporária da terra. Se assim é, poderemos considerá-los como instrumentos idôneos, capazes de assegurar à terra o atendimento a sua função social, se também eles, estiverem voltados à realização desta mesma função. Então, mesmo sendo a propriedade objeto de contrato agrário, poderá ela, através dele, desempenhar e atender a função social que, em si, está contida. (...). Sem dúvida, são os contratos agrários exemplos magníficos de contratos aos quais se tenha atribuído a qualidade funcional. Mas, ainda mais resplandecente como transformação jurídica, é o direito de preempção tal como vem colocado no regime jurídico do contrato de arrendamento. (...) De qualquer forma, mister é deixar frisado que o direito de preferência ou preempção nos contratos agrários é, entre outros aspectos de tais avenças, um dado revelador do caráter sócio- funcional da relação obrigacional agrária, traduzindo-se, como é, em uma das formas de acesso à terra por aquele que é, sob o ponto de vista*

No entanto, diferentemente do que ocorre com a função social da propriedade, em que a lei estabelece quais são seus vetores materiais[116], com relação à função social do contrato, prevista nos artigos 421 e 2.035 do Código Civil, não houve a mesma preocupação do legislador[117].

Isso pode decorrer do fato de que é fácil delimitar a propriedade urbana e a propriedade rural, e a partir daí impor as diretrizes de sua função. Já os contratos, como objeto da autodeterminação humana, tendem a um número inimaginável, razão pela sua função social, como lembra Calixto Salomão Filho[118] *"corresponde a uma obrigação muito mais abrangente em relação à sociedade, que envolve a responsabilidade por todos os efeitos sociais dessas relações livremente oragnizadas"*.

---

econômico, o mais fraco, mas que possui, incontestavelmente, a capacidade de exercer, com galhardia, a atividade agrária. (...). O exame destes instrumentos legislativos resulta na compreensão lúcida da presença da doutrina da função social orientando e condicionando os contratos agrários, de modo a promover o progresso e a ascensão social aos usuários da terra e assegurar a estabilidade da atividade agrária". De acordo, com as ideias de HIRONAKA, podemos concluir que se existe uma função social da propriedade, os contratos que com ela se relacionam também possuem uma função social, caso contrário, a primeira não se operacionalizaria.

A relação entre função social do contrato e função social da propriedade também é lembrada por MARCOS MAIRTON DA SILVA (O novo Código Civil e a função social do contrato com razão e limite da liberdade de contratar. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2003. p. 199-200) em que afirma: "*Ora, sendo os contratos o instrumento mais eficaz na transmissão da propriedade, nada mais lógico que deduzir que devam também eles – os contratos ter função social, tal qual já se admite em relação a outra expressão dinâmica da propriedade, a empresa"*. Nesse mesmo sentido, PAULA A. FORGIONI (*Teoria geral dos contratos empresariais.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 245): "*A função social do contrato está positivada na Constituição Federal de 1988: lembre-se que liberdade de contratar é corolário necessário da afirmação da propriedade privada dos bens de produção, de modo que não há função social da propriedade, sem função social do contrato"*.

[116]Tal assertiva pode ser também inferida da lição de GUSTAVO TEPEDINO (Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil,* cit., p. 327): "*A Constituição estabeleceu, portanto, vários estatutos para as diversas 'situações proprietárias', segundo a destinação do bem – rural ou urbano -; a potencialidade econômica – produtiva ou não produtiva -; e titularidade, isto é, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou brasileiro"*.

[117]Nesse diapasão, como lembra ADRIANA SCHLABENDORFF (*A reconstrução do direito contratual*: o valor social do contrato, cit., p. 235-236) "*A Constituição Federal, ao reconhecer a função social da propriedade, no art. 5º, inciso XXIII, preocupa-se em dizer que função é essa. Em se tratando de propriedade imobiliária rural, a função reside na produtividade, conforme o que vem expresso no art. 186 da Constituição. Com relação á propriedade urbana, a função está referida no § 2º do artigo 182 concernente ao atendimento das 'exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor'. Mas o constituinte não parou por aí, foi além e também criou mecanismos impositivos para o cumprimento da função social, de modo que, com relação à propriedade rural, estabelece a possibilidade de desapropriação por interesse social em caso de falta ou baixa produtividade (artigo 184), um imposto territorial progressivo (artigo 153,§ 4º) ou a usucapião com tempo especial em favor de quem efetivamente produz na terra (artigo 191). Do mesmo modo, também o constituinte estabeleceu mecanismos para impor a função social da propriedade urbana, prevendo a possibilidade de desapropriação para fins urbanísticos (artigo 182, § 4º inciso III), um imposto territorial progressivo (artigo 182, § 4º, inciso II) e uma usucapião especial (artigo 183).(...) Já o novo Código Civil, ao estabelecer que 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato', não estabeleceu qualquer vetor material quanto a isso, não informou qual seria a função social e qual ou quais os mecanismos para assegurá-la, deixando tal tarefa ao intérprete. Fica-se, então, na dependência de quem fará a interpretação, o que pode ser bom ou ruim, dependendo de quem o faça"*

[118]SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações, cit., p. 71.

Assim sendo, para evitar que a amplitude de significados que pode ter a função social do contrato[119] faça com que este princípio continue desprovido de conteúdo, faremos alguns apontamentos que podem colaborar com o leitor no entendimento do sentido desta função social e da sua relação com a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, nosso tema

Para tanto, importante consignar que, no Direito brasileiro, embora sem as diretrizes trazidas para a função social da propriedade, a noção de função social do contrato já estava fundamentada na Constituição Federal antes do advento do Código Civil.

Com efeito, a função social do contrato pode ser inferida da leitura de diversos dispositivos constitucionais. Assim, no artigo 1º, inciso IV, em que é previsto o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e no artigo 170, em que o texto constitucional salienta o valor da livre iniciativa também para a ordem econômica, a qual visa assegurar a todos uma existência digna, conforme as diretrizes da justiça social.

Além disso, o artigo 3º, inciso I, da Magna Carta, ao estabelecer como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consolidou a ideia de solidariedade social, que significa o abandono da soberania do individualismo oitocentista a favor de um Direito mais voltado para a coletividade. Aliás, essa ideia de solidariedade social corporifica-se na função social do contrato, na medida em que o indivíduo tem a sociedade para legitimar os pactos e fazer com que eles sejam cumpridos, mas não pode por meio de determinado contrato ferir os princípios sociais da cooperação[120], sociabilidade e eticidade.

---

[119]A preocupação com a vagueza da expressão e o problema de interpretação é tanta que alguns juristas como a professora VERA MARIA JACOB DE FRADERA chegam a ponderar que: "*a interpretação menos atenta à atualidade em relação ao texto do artigo 421 do projeto de Código Civil representará um importante entrave ao desenvolvimento do Mercado Comum do Sul e as sociedades brasileiras e latino-americanas suportarão, sem dúvida, entre outros prejuízos, um significativo retrocesso no movimento integracionista por estar o teor desse artigo em desacordo com a noção de contrato vigente nos demais ordenamentos jurídicos da América/ Latina e do mundo ocidental"* (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Novo Código Civil*: Direito das obrigações. Liberdade contratual. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2003. p. 206). A observação sobre a vagueza da expressão e a crítica a tal fato também não fugiam das sempre atentas ponderações do professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (O direito pós-moderno e a codificação, cit., p. 60) "*Por outro lado, pode-se afirmar que as noções vagas estão ultrapassadas, e nisso pode-se até mesmo vislumbrar uma certa volta ao paradigma da pré-modernidade, há, hoje, outra vez, muita preocupação com a segurança jurídica. (...). As noções vagas de ordem pública, interesse público e função social – muletas para o juiz e as autoridades, no paradigma anterior – já não satisfazem.(...). O novo paradigma exige vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo 'recheio' é posto arbitrariamente pela autoridade (juiz ou membro do Poder Executivo)."*

[120]Aliás, CLÓVIS BEVILAQUA (*Direito das obrigações*, cit., p. 148.149), lembra que a função social do contrato subsiste justamente nesse aspecto de colaboração entre as partes, para que se pacifiquem interesses

Tanto é assim, que Antônio Junqueira de Azevedo[121] trata o princípio da função social como sendo *"um preceito destinado a integrar os contratos em uma ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (como por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto aqueles que prejudiquem ilicitamente determinadas pessoas (...). A idéia de função social do contrato está claramente determinada na Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe ao jurista a* ***proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda sociedade*** *e essa asserção, por força da Constituição faz parte, hoje do ordenamento jurídico brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa"* (grifou-se).

Assim sendo, pode-se afirmar que um dos mais relevantes contornos da função social do contrato é justamente concretizar o programa constitucional solidarista e humanista, que permeia toda ordem social e econômica, constituindo-se em elemento essencial para que os objetivos fundamentais da República, mencionados no artigo 3º da Carta Magna, tornem-se efetivos

Dessa forma, o contrato deve estar funcionalizado de modo a promover os valores constitucionais acima referidos, sem, contudo, se dissociar de sua função individual, consistente no desenvolvimento pessoal de cada indivíduo, na medida em que é realizado programa previsto em cada contrato.

O que se quer dizer é que atender a função social do contrato não significa somente atender o interesse da coletividade. Ou seja, o contrato, embora não possa prejudicar a coletividade, não precisa sempre visar benefícios para a coletividade, voltar-se exclusivamente a ela. A função social do contrato, como lembra Cláudio Luiz Bueno de Godoy[122] existe ainda que o contrato vise "*o desenvolvimento da pessoa, expandindo suas*

---

em jogo: "*Pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada funcção social do contrato. E para avaliar a sua importância basta dizer que, debaixo desse ponto de vista, o contrato corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único fator da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossível será desconhecer que também lhe cabe essa função civilizadora"*

[121]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual, cit., p. 141-142.

[122]GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *A função social do contrato*: os novos princípios contratuais, cit., p. 124.

virtualidades, promovendo, então sua dignidade, uma das escolhas sociais básicas, senão a primeira".

Com efeito, ao possibilitar o desenvolvimento individual, o contrato dá efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos principais valores constitucionais, de modo que o atendimento dos demais preceitos do Estado Social acaba se tornando uma consequência, não podendo, mais uma vez nos reportando à lição de Cláudio Bueno de Godoy, "*se separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja garantir condições para o desenvolvimento pessoal dos indivíduos".*[123]

Evidentemente, para que haja harmonia entre função social e função individual é necessário que o interesse individual em questão seja digno de proteção pelo Direito, sem a qual o contrato perderia a sua função social. Essa medida de proteção é dada pela própria sociedade, a partir da valoração da utilidade coletiva do contrato.

Desse modo, tem-se que a função social do contrato não impõe que os contratos sejam celebrados exclusivamente em atenção ao interesse social, o que contrariaria até mesmo o princípio da livre iniciativa, mas determina que os contratos, uma vez que estão inseridos na sociedade, estejam em consonância com os valores de socialidade impostos pelo ordenamento. Afinal, como destaca Emile Durkheim[124], "*se o contrato tem o poder de ligar, é a sociedade que lhe confere esse poder (...) Portanto, todo o contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso ela só presta essa força obrigatória aos contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conforme as regras de direito".*

Assim, um contrato ainda que celebrado no interesse exclusivo das partes, desde que seja socialmente útil e esteja em consonância com os princípios constitucionais de solidariedade, liberdade e justiça, não se dissocia de sua função social.

Conclui-se, dessa forma, que a função social do contrato serve como instrumento para colocar as partes do contrato em contato com o mundo externo, retirando-as da intangibilidade própria da época do individualismo e obrigando-as a ajustar seus interesses aos interesses do mundo exterior.

---

[123]GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *A função social do contrato*: os novos princípios contratuais, cit., p. 118.
[124]DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social.* São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 89.

Dentro dessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a função social do contrato visa à compatibilidade dos interesses dos contratantes com o interesse daqueles que não são partes do contrato, num claro paralelo com a função social da propriedade, que também, de acordo com Gustavo Tepedino, "*apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias*".[125]

Esses valores constitucionais acima descritos foram inseridos no atual Código Civil no momento em que ele dispõe no artigo 421 que "*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*". No entanto, diante de toda exposição que acabamos de fazer, cumpre-nos observar que, apesar da boa intenção do legislador ao trazer expressamente para o âmbito infraconstitucional a questão da função social do contrato, o artigo apresenta duas impropriedades. Uma delas refere-se ao termo *liberdade de contratar* e a outra à expressão "*em razão da*".

No que tange ao termo "liberdade de contratar" importa destacar que ele não se confunde com o termo liberdade contratual. A liberdade de contratar relaciona-se com a possibilidade das partes decidirem se celebrarão ou não o contrato. Trata-se de um direito fundamental. Assim como a todos é garantida a liberdade de ir e vir, a todos também deve ser garantido o direito de se autodeterminar, no caso, de escolher se querem ou não contratar.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo[126], o fundamento da liberdade de contratar é a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, a liberdade de contratar não pode ser limitada, nem existir somente quando haja algum interesse social em discussãocomo faz supor a expressão "em razão da". Podemos inclusive afirmar que a liberdade de contratar deve ser exercida da maneira que aprouver ao titular do direito[127], desde que não seja exercida de forma abusiva, nem viole a esfera jurídica alheia. Assim, a escolha entre

---

[125]TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, cit., p. 343-344. Aliás, FÁBIO KONDER COMPARATO (Função social da propriedade dos bens de produção, cit., p. 32) também entende que o adjetivo social posto para qualificar a função de determinados direitos subjetivos, não significa necessariamente que o fim desse direito é o atendimento exclusivo da coletividade. Pelo contrário, defende a viabilidade da harmonização entre o interesse individual e o coletivo. São suas palavras: "*Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro.*"

[126]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O novo Código Civil*: o que muda na vida do cidadão. Palestra proferida em 04.06.02 na Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, em Brasília. Disponível em: <www2.câmara.gov.br/conheca/ouvidoria/seminários/semin8.html>. Acesso em: 22 jul. 2005.

[127]GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA (A função social do contrato, cit., p. 147), define a liberdade de contratar como *"aquela mesma liberdade facultada a todos os indivíduos de realizarem, materialmente, suas avenças, sem a indagação a respeito de conteúdo mais ou menos restritivo, imposto pela ingerência estatal. Em outras palavras, revela a plena liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade."*

não contratar e contratar não depende da existência de um interesse social, mas pode ser limitada pelo interesse social.

Já a liberdade contratual relaciona-se justamente com o conteúdo do contrato, com a livre disposição e discussão das cláusulas pelas partes. Esta liberdade deve ser limitada pela função social do contrato. Isso porque o contratante, enquanto indivíduo, exerce sua personalidade e sua liberdade na vida comunitária, na sociedade, de forma que o bem individual tem forte ligação com o bem comum[128]. Dessa maneira, a liberdade contratual não pode mais ser absoluta, devendo sempre ser considerada no exercício da liberdade individual de elaboração das cláusulas e dos valores constitucionais de nosso sistema jurídico[129].

---

[128]Sendo bem comum um conceito de difícil entendimento e a respeito do qual já se viu as mais amplas definições, cabe aqui, verificar como dois grandes juristas brasileiros o definem. DALMO DE ABREU DALLARI (*Elementos de teoria geral do Estado.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23) ao tratar sobre o objetivo da sociedade humana, ou seja, sua finalidade social, expõe o entendimento da teoria finalista a respeito do tema e a ela parece aderir, mencionando que a finalidade da sociedade é o bem comum. Acerca da ideia de bem comum, MIGUEL REALE (*Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 272) clarifica que "*o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica"*. DALMO DE ABREU DALLARI (*Elementos de teoria geral do Estado,* cit., p. 23), no entanto, pondera o risco de ligarmos a ideia de bem comum exclusivamente à questão da valoração, destacando que "*é preciso, entretanto, que se estabeleça uma idéia mais precisa do bem comum, uma vez que se verifica, entre os homens, uma grande diversidade de preferências. Com efeito, se o bem comum for concebido como um valor material, não estará sendo considerada a preferência de muitos homens que não dão predominância a valores dessa espécie. O mesmo ocorrerá quanto a outra parte da Humanidade, se houver a exclusão de bens materiais. Qual seria, pois, o conceito de bem comum capaz de atender a todos, sem efetuar exclusões? Um conceito extremamente feliz de bem comum, verdadeiramente universal, que indica um valor reconhecível como tal por todos os homens, seja quais forem suas preferências pessoais, foi assim formulada pelo Papa João XXIII: 'o bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana'."*. Após essa breve exposição conclui Dallari: "*Ao se afirmar, portanto, que a sociedade humana tem por finalidade o bem comum, isso quer dizer que ela busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares"*. Desse modo, para se atingir o bem comum é preciso que se respeite o direito de outrem na busca de sua satisfação pessoal.

[129]Em entrevista a RTDC, o professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO explicou de forma clara suas ponderações a respeito do artigo 421 do Código Civil, bem como esclareceu a importância prática deste artigo. Confira-se: "*Hoje, tenho uma idéia muito clara do artigo 421 do Código Civil (não sei até quando). A meu ver, é uma cláusula geral que deve ser instrumento operacional para os órgãos decisórios. O artigo, inicialmente, isto é, no primeiro Anteprojeto, era facista; dizia que liberdade de contratar somente seria exercida em razão e nos limites da função social. Felizmente, o advérbio 'somente' foi suprimido, ficou a expressão 'em razão da função social' que, se for entendida como não excludente da função individual, não oferece dificuldades. Por outro lado, como instituto jurídico, todo contrato por mais insignificante que seja, por exemplo, a compra de um pequeno objeto, tem a dupla função,* ***individual*** *e* ***social****, entendida a primeira como um ato de liberdade e auto-determinação, e a segunda como dando dinamismo à coletividade. Todavia, esse caráter próprio do instituto não é o que tornaria o artigo 421 operacional; se o artigo fosse entendido somente assim, não teria ele utilidade, seria apenas uma proclamação doutrinária. A aplicação vem quando se considera a função concreta de cada contrato, e não abstrata do instituto 'contrato'. A função concreta, dita também 'causa final concreta', própria de cada contrato, é que, então poderá tornar* ***ineficaz*** *ou (i) o contrato que perde a razão de ser (base do negócio) ou (ii) o que fica com finalidade anti-social (contra meio ambiente, por exemplo) ou (iii) o que vai contra os direitos humanos*

Assim, compartilhamos da opinião de Antônio Junqueira de Azevedo de que o artigo 421 deva ser interpretado da seguinte maneira: a liberdade de contratar deve ser exercida no interesse das partes, limitado pela função social do contrato[130].

Diante disso, concluímos que a função social do contrato deve ser vista apenas como limitadora da liberdade contratual e não como o fundamento da liberdade de contratar. No entanto, saliente-se que essa limitação não visa impedir que as partes contratem, mas sim, impedir que elas celebrem contratos não valorados socialmente[131].

Nessa mesma linha de raciocínio está a lição de Miguel Reale, quando afirma que "*a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da*

(especialmente nesse último caso, se contrato existencial. Por outro lado, não penso que esse artigo 421 introduza mais um caso de nulidade, além dos que estão enumerados na Parte Geral do Código. Por outras palavras, há todo um sistema de nulidades que permanece íntegro, muitas nulidades são assim previstas justamente porque são hipóteses contrárias à função social. Essas nulidades estão tipificadas, por exemplo, os atos contrários à lei imperativa, como o motivo determinante ilícito, simulados, de objeto ilícito etc. A previsão da função social no artigo 421 deve servir no plano da eficácia, e não no anterior, que é o plano da validade; do contrário o sistema de nulidades explodiria, seria a 'banalização', no sentido que o meu entrevistador utilizou na pergunta sobre boa-fé" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *RTDC* – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo, cit., p. 601).

[130]As críticas realizadas por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO com relação ao artigo 421 do Código Civil foram objeto do Projeto de Lei 6960/02, apresentado pelo deputado Ricardo Fiúza, que altera a redação desse artigo para *"a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato"*. Na justificação para modificação do artigo, o deputado expõe que a alteração *"objetiva inicialmente substituir a expressão 'liberdade de contratar' por 'liberdade contratual'. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão "em razão"*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser. Disponível em: <www2.câmara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 22 jul. 2005. Atualmente, esse Projeto de Lei encontra-se arquivado.

[131]CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, a par dessa discussão esclarece que (*A função social do contrato*: os novos princípios contratuais, cit., p. 123-124): "*Em verdade, quando o art. 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, nada mais faz senão refletir a admissão de que a fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade. De repetir, ainda uma vez, o quanto antes enunciado, que o poder das partes de auto-regulamentar seus interesses econômicos encontra sua proteção jurídica no reconhecimento, pelo ordenamento, de que aquele ato de iniciativa exprime um conteúdo valorativo consonante com as escolhas axiológicas do sistema. Uma forma, portanto, de se promoverem os valores básicos da ordem jurídica e mesmo de o direito objetivo garantir, limitando a liberdade natural, uma efetiva liberdade social. Nada contrário, pois ao conceito em si de liberdade"*. ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO (*Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2007. p. 1.231), também esclarece as consequências de se atribuir uma função social ao direito e à liberdade reconhecida a todos os cidadãos. De acordo com o jurista português a atribuição de uma função social a um direito, limita a esfera de liberdade conferida aos indivíduos, que deixam de ter a discricionariedade plena. São suas palavras: "*Quando, em Direito civil, se fala na função social e económica dos direitos, tem-se, pois, outra realidade em vista. Quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e econômica exprime a idéia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica"*.

coletividade, mas represente um dos meios primordiais de afirmação e desenvolvimento"[132].

Tanto é assim que o Enunciado n.º 23 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, dispõe que " *a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana"*.

Dessa forma, é inevitável concluir que o contrato continua exercendo sua função econômica, pois se trata de um reflexo patrimonial da liberdade individual que é garantida pela Constituição Federal de 1988. Contudo, a função social impede que ele exerça ou seja fonte de atividade contrária ao interesse social, o que caracterizaria abuso de direito, o qual já era, inclusive, condenado pela legislação civil anterior.

Nesse ponto, outra observação é também importante: a limitação da liberdade contratual pela função social do contrato não significa necessariamente a proteção da parte mais fraca do contrato, tendo em vista que isso poderia, dependendo do caso concreto, afrontar os interesses da coletividade[133]. Dessa maneira, independentemente de proteger ou não o mais fraco, o princípio da função social é uma forma de garantir o equilíbrio contratual, bem como a adequada circulação de riquezas[134]e o desenvolvimento econômico

---

[132]REALE, Miguel. Função social do contrato, cit.

[133]Com efeito, não se deve confundir função social do contrato com assistência social, que é função precípua do Estado. Nesse sentido, cabe aqui colacionar a ilustradora advertência de HUMBERTO THEODORO NETO (*Efeitos externos do contrato*: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros, cit., p. 154): "*É preciso advertir para não se cometer o erro de invocar o princípio da função social como solução de todos os problemas numa relação contratual, em especial sob a alegação de que o contratante supostamente mais forte deve cumprir prestações em 'benefício' daquele outro em tese carente. Não é função social do contrato a assistência social. O contrato é, na sua origem, um instrumento de troca de riquezas, portanto, naturalmente oneroso. Não visa, em princípio um negócio gratuito, a não ser que o doador, voluntária e expressamente, assim tenha se manifestado. Usar o princípio da função social para atingir objetivos assistencialistas de parte supostamente mais fraca é, na verdade, violar o próprio princípio. É buscar justamente o oposto do que visa preservar. Se se exigir do contrato uma função assistencial, estar-lhe-á privando de sua função social. Seria dar ao negócio uma natureza benéfica, assistencial, e não a natureza do contrato propriamente dito. A assistência social deve fazer o Estado através de seus órgãos de assistência e previdência, não o contratante"*.

[134] ARNOLDO WALD (A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, ano 5, v. 17, p. 6, jan./mar. 2004), sobre esse tema afirma que "*A função social do contrato não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Significa a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem não coincidir com os do contratante que aderiu ao contrato e que não exerce plenamente sua liberdade contratual. Assim, por exemplo, cabe reconhecer que também o aderente a um contrato de adesão, do qual participam numerosas outras pessoas deve aceitar certos sacrifícios para*

e social da comunidade, além assegurar a todos uma existência digna, como prevê o artigo 170 da Constituição Federal.

Por tudo o que até aqui foi exposto, podemos concluir que os limites impostos pela função social do contrato fizeram com que ele deixasse se ser visto como algo isolado como um negócio que só interessasse às partes, como *"uma espécie de bolha ou de ilha isolada"*[135], passando a ser aceita a idéia de que o contrato como fato social que interessa a toda sociedade, muitas vezes irradiando seus efeitos por ela. Conforme ensina Catherine Guelfucci-Thibierge[136] "*mais progressivement, l'imbrication croissante des rapports sociaux a conduit à la prise de conscience que le contrat n'est plus un monde fermé, hermétiquement clos (...) aux influences extérieures et postérieures à sa conclu-sion. Autrement dit, le contrat n'est plus seulement l'affaire de ses seuls signataires. C'est à ce titre que l'on évoque à son propos l'idée d'une entité contractnielle ayant une valeur propre, indépendamment de la personne des contractants (…). Beaucoup plus que par le passé, le contrat s'intègre dans um ordre juridique qui influe sur lui ; par delà son effet obligatoire susceptible de s'étendre, il est un fait plus ou moins fortement opposable aux tiers*"[137].

Dessa forma, considerando o princípio da função social do contrato "*ele não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que por ele próprio são afetas"*. Faz-se necessário que todos os demais princípios clássicos do direito contratual sejam revistos, principalmente aquele que mais evidentemente circunscreve os efeitos do contrato unicamente às partes, ou seja, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. A releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais sob a óptica contemporânea será objeto da próxima parte do presente estudo, na qual tentaremos demonstrar a possibilidade de um contrato produzir efeitos para além das partes, sendo oponível também a terceiros.

---

que os demais interessados não tenham um prejuízo maior. A idéia básica é o atendimento dos interesses da própria sociedade e do maior grupo de interessados, que não pode sofrer as consequências do comportamento de um deles.".

[135]WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato, cit., p. 4.

[136]GUELFUCCI-THIBIERGI, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du príncipe de l'effet relatif, cit., p. 275

[137]Em tradução livre, lê-se que progressivamente, a crescente teia de relações sociais levou à percepção de que o contrato não é um mundo lacrado, hermeticamente fechado (...) às influências externas e posteriores a sua conclusão. Em outras palavras, o contrato não é apenas uma questão exclusiva de seus signitários. É por esta razão que falamos a propósito de um contrato com valor próprio, independente da pessoa dos contratantes. Muito mais que no passado o contrato se integra em uma ordem jurídica que o influencia, além do seu efeito obrigatório poder ser mais ou menos fortemente oposto a terceiros.

PARTE ESPECIAL

O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS

CAPÍTULO 4. A RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS E SUA NOVA INTERPRETAÇÃO

Vimos, de acordo com a primeira parte deste trabalho, a importância do desenvolvimento da teoria contratual para o desenvolvimento da própria sociedade, tanto em seu aspecto social quanto econômico. A revitalização, na teoria contratual, dos princípios contratuais da boa-fé objetiva, da função social do contrato foi fundamental para a construção de uma sociedade em que as relações obrigacionais fossem efetivamente mais justas e não apenas teoricamente justas.

Com efeito, o enraizamento dos princípios contratuais sociais em nossa cultura jurídica foi fundamental para o desenvolvimento do preceito constitucional de construção de uma sociedade justa, livre e solidária[138].

Isso porque, conforme visto, os princípios contratuais da boa-fé, do equilíbrio do contrato e da função social do contrato têm como fundamentos, além da tutela geral da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição, o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, IV), a construção de uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna (artigo 170) e a visão solidarista imposta pelo artigo, 3º, I, da Carta Magna.

Dentro deste contexto, vale a pena repetir que o contrato é expressão primeira da autonomia da vontade, é o instrumento jurídico que possibilita a harmonização de interesses divergentes ou até mesmo paralelos, que permite aos sujeitos o acesso aos bens econômicos que lhes sejam úteis e que promove a circulação de riquezas. É acima de tudo

---

[138]Nesse sentido, importante a colocação de TERESA NEGREIROS (*Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 107): *"(...) a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância de regras e dos princípios constitucionais,* ***o que significa no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento.*** *Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está a parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país"* (grifou-se).

um fato social[139], constituindo-se numa das figuras jurídicas mais importantes do Direito[140].

Após a análise dos seis princípios contratuais vigentes, verifica-se a importância do contrato para que os sujeitos expressem sua dignidade de pessoa humana[141], e conclui-se que estes princípios, apresentados nos Capítulos 1 e 2, estão em consonância e

---

[139]Cf. novamente AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial, cit., p. 3-7.

[140]Conforme afirma E. SANTOS JR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 136) a respeito do contrato: "*Superado o já afirmado <declínio do contrato>, <death of contract> - que mais não era do que uma perspectiva meramente doutrinal, e não prática, incapaz de apreender a evolução e o rejuvenescimento do contrato – a verdade é que hoje < vive-se cada vez mais contratualmente>, no que parece ser uma demonstração da famosa – ideológica é certo, mas também aparentemente, verdadeira – Lei de Maine, segundo a qual todo o progresso das sociedades se pode resumir num processo de transição do status ao contrato. Impregnado de ideologia, do jusnaturalismo ao individualismo filosóficos e ao capitalismo econômico, seja para explicar por ele a própria idéia de Estado, como em Hobbes, Espinoza, Locke ou Rousseau, seja para ver nele o instrumento de liberdade e igualdades jurídicas, um meio de aquisição da propriedade, como no Code Civil, ou a expressão da autonomia da vontade no BGB, ou instrumento da empresa, como no Código Civil italiano, o contrato nem por isso deixou de ser utilizado nos agora, em grande parte, já quase meramente históricos regimes colectivistas. Símbolo do Direito privado, o Estado recorre cada vez mais a ele, procurando a colaboração dos administrados, antes que a mera imposição do seu jus imperii. É por ele que se privatiza o Direito público, como é por ele que se publiciza o Direito privado. Instrumento jurídico da circulação da riqueza, ele deve ser perspectivado, para alguns, segundo o princípio da máxima eficiência econômica. Outros, notando nele a comunicação em que necessariamente se traduz, elegem-no como objecto privilegiado na perspectiva da filosofia da linguagem jurídica"*.

[141]A respeito da dignidade da pessoa humana, irretocável o artigo de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 3-23) no qual atesta que: *"o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um imperativo jurídico categórico. Em seguida, numa ordem lógica, e como conseqüência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como conseqüência da especificidade do homem, isto é de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais)"*. Em seguida, neste mesmo artigo, o citado professor dá exemplos de como o princípio da dignidade da pessoa humana influencia a teoria contratual no campo econômico e na esfera da liberdade dos indivíduos. Nesta linha, ao tratar da segunda consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja o respeito às condições materiais mínimas para que se exerça a vida, o jurista, em clara alusão ao princípio do equilíbrio contratual, lembra que "*no campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos 'limites do sacrifício' os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência"*. Já quase no final do texto, ao tratar da terceira consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o respeito à liberdade e à igualdade, o professor lembra caso famoso da jurisprudência francesa: "*no campo contratual, a dignidade humana, sob o ângulo da igualdade, também tem concretização, serve de exemplo o conhecido 'caso do anão', na França, que consistiu no fato de que, na comuna de Morsang-sur-Orge, distrito da cidade de Aix-em-Provence, o prefeito proibiu um espetáculo realizado em casa noturna, em que o 'jogo' consistia no lançamento de um anão, de um grupo de pessoas para o outro, - o anão, por dinheiro, e devidamente contratado, aceitava participar da 'brincadeira'. O Conselho de Estado, em decisão de 1995, contrária a todos os particulares envolvidos, deu como legítima a proibição feita pelo prefeito; o anão estava sendo tratado como coisa"*. Tais exemplos demonstram que os princípios sociais que relativizaram os princípios clássicos dos contratos são também importantes instrumentos para a concretização da dignidade da pessoa humana.

contribuem para a afirmação de três valores[142] fundamentais encontrados no contrato: o valor liberdade, o valor econômico e o valor social.

Valor, como ensina o professor Antônio Junqueira de Azevedo *é a projeção de um bem para alguém"*[143] e, segundo atesta Miguel Reale[144] *"não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se suprimirmos a ideia de valor, perderemos a substância da própria existência humana"*[145].

Se a ideia de valor é tão arraigada à própria sociedade, e o Direito é um sistema que, apesar de autônomo, existe em função da sociedade[146], havendo uma clara relação de complementariedade entre o sistema jurídico e um sistema maior, o social, é evidente que o Direito tem um aspecto axiológico[147] que tutela determinados valores que a sociedade entende como imprescindíveis para a convivência.

---

[142]Ideia desenvolvida durante as aulas de pós-graduação ministradas pelo professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em 2007. O professor ensinava também que a palavra valor importa em uma acepção díade, apresentando dois elementos: o sujeito que atribui valor e o objeto a que se atribui valor, esclarecendo, ainda, que *"todo valor é a projeção de um bem para alguém",* cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, cit., p. 3).

[143]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, cit., p. 3.

[144]REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

[145]Ainda sobre a ideia de valor, seguem as ponderações de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (*Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 110): "*Em situações mais complexas, porém, nem mesmo os papéis funcionam a contento. Por isso os sistemas sociais conhecem outros núcleos significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Por exemplo, podemos confiar que, numa interação, justiça (valor do justo) prevalece, podendo ser esperado com maior garantia. Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social"*.

[146]Cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (O direito como um sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil, cit., p. 25-54).

[147]A este respeito MIGUEL REALE, (*Lições preliminares de direito,* cit., p. 64-65) já introduzindo o leitor para sua teoria tridimensional do direito, esclarece que "*Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social ou histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)"* e continua, explicando: *"onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc...); um valor que, confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor"*.

Essa tutela de valores pelo Direito aparece, no campo contratual, por meio da importância conferida aos valores, econômico e social e de liberdade presentes no contrato[148] e afirmados por todos os princípios que regem a teoria dos contratos.

O valor liberdade está intimamente ligado à possibilidade que tem um sujeito de direitos de criar regras para si próprio. O contrato como instrumentalizador das operações econômicas é a principal forma para que os sujeitos satisfaçam suas necessidades existenciais.

Dessa forma, só há contrato se os sujeitos de uma relação, no exercício de sua liberdade, optarem por criar este vínculo obrigacional de caráter patrimonial. Ou seja, o pressuposto para a formação dos contratos é a possibilidade das partes definirem por livre arbítrio, se querem contratar ou não.

A relação entre liberdade e contrato é bem exemplificada por Georg W. F. Hegel[149] ao ponderar que *"entram os homens em relações contratuais (dádivas, trocas, negócio) por uma necessidade que é tão racional como aquela que os faz proprietários. Para a consciência deles, o que motiva o contrato é a satisfação de uma exigência geral, o gosto ou a utilidade, mas em si é a razão, isto é a idéia da personalidade livre e realmente existente (quer dizer, como pura vontade)"*.

Desse modo, o valor liberdade existe no contrato como forma de expressão de um sujeito livre, o que, por sua vez, é consequência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao valor econômico do contrato, desde o início deste trabalho temos falado, com inspiração em Roppo[150], da relação entre contrato e operação econômica, bem como da importância do contrato para a circulação de riquezas. São os princípios do *pacta sunt servanda* e do equilíbrio econômico do contrato que contribuem para a manutenção do seu valor o econômico.

---

[148]Ainda em suas aulas de pós-graduação o professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, atestava, com autoridade, que as proporções entre esses três valores presentes em todo contrato, variam de acordo com o tipo contratual. Assim, por exemplo, num contrato envolvendo questões cambiais, o valor econômico é mais forte, num contrato associativo, prepondera o valor social. Assim, a distribuição dos valores num mesmo contrato depende da análise do seu sinalagma.

[149]HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito.* Lisboa: Guimarães Editores, 1959. p. 90.

[150]ROPPO, Enzo. *O contrato,* cit.

Com efeito, conforme ensina Chiovenda[151], ninguém contrata simplesmente para trocar declarações de vontade, mas para atingir determinando fim. Indiscutivelmente, ao celebrar um contrato as partes pretendem obter alguma vantagem econômica.

A ligação entre contrato e operação econômica é tamanha que Roppo[152] chega a afirmar que sem a operação econômica a figura do contrato resultaria em algo abstrato e vazio. É através dos contratos que os indivíduos obtêm os bens necessários para lhes assegurar uma existência digna, e é por meio dos contratos que a economia se movimenta[153], trazendo benefícios para toda a sociedade.

Nesse sentido, qual seja, do benefício que os contratos trazem para toda sociedade, é que pode-se afirmar que o contrato afeta, ainda que, virtualmente, o patrimônio de terceiros, uma vez que o seu valor econômico gera riquezas para toda a população.

Um pequeno exemplo dessa situação seria a celebração de um contrato para a construção de uma hidroelétrica em uma determinada região. Trata-se de um contrato que gera centenas de empregos diretos, que refletem também na criação de empregos indiretos. A nova parcela da população agora empregada acaba consequentemente por fomentar a atividade econômica naquela região, beneficiando uma série de outras pessoas por meio da celebração de novos contratos.

Além disso, há o próprio benefício do fim do contrato em si que é a geração de energia elétrica.

---

[151] *"Le parti non stipulano contratti per Il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle qualli entrano reciprocamente in rapporto" (*CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civili*. Napoli: Jovene, 1933. p. 188).

[152] A este respeito atesta o jurista (*O contrato,* cit., p. 9) "*Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato- operação económica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual, representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindido da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente incompreensível".*

[153] A importância do contrato para o desenvolvimento econômico pode ser notada na constatação de PAULA A. FORGIONI (*Teoria geral dos contratos empresariais,* cit., p. 23) a respeito da atividade empresarial: "*Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento de mercado, reduzindo impropriamente a análise. A adoção dessa perspectiva não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado. A empresa não apenas 'é'; ela 'age', 'atua', e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações".*

Por essa razão, autores como Luciano Camargo de Penteado[154] afirmam que este é um dos aspectos do contrato contrários à afirmação de que o contrato *neque nocet prodest.*

Um outro exemplo que demonstra que os contratos, pelo seu valor econômico, influenciam toda a sociedade atingindo de forma indireta o patrimônio de terceiros, diz respeito à recente sobre a introdução de um parágrafo no Código de Defesa do Consumidor[155]que cria um cadastro positivo de consumidores.

Não adentrando aqui a questão do Projeto de Lei eventualmente ferir direitos fundamentais do consumidor, fato é que a principal justificativa para a criação desse cadastro seria que, com o cadastro, poderia haver uma redução dos juros cobrados pelos bancos em casos de financiamentos, uma vez que as instituições financeiras poderiam ter acesso a informação um pouco mais precisa sobre a taxa de inadimplência dos consumidores em geral.

Ou seja, verifica-se que o cumprimento de um certo número de contratos de financiamento por um determinado grupo de consumidores, acaba por refletir nas taxas que serão cobradas de um outro consumidor qualquer que queira celebrar também um contrato de financiamento com a instituição bancária.

Aliás, o fato do contrato interessar a toda a sociedade, gerando, em algumas situações, riquezas e renda para a população, demonstra[156] mais uma vez que o contrato

---

[154]A esse respeito, pondera o autor (*Efeitos contratuais perante terceiros.* São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 239-240): "*Desse modo, nada obstante a relatividade conter os efeitos contratuais dentro das partes, só permitindo efeitos perante terceiros, nos tipos gerais, para tanto desenhados (nomeadamente a estipulação a favor de terceiro, contrato com pessoa a declarar e cessão de crédito), existiria também uma possibilidade de generalizar o princípio de outro modo.* ***Assim, o contrato afetaria o patrimônio de terceiros virtualmente. Essa eficácia virtual decorreria do fato do contrato, muitas vezes, criar VALOR, especialmente quando envolver obrigações de fazer. Neste sentido, determina certo aspecto econômico e, por meio destas e de outras figuras, sempre permite um aumento de riqueza para toda a população. Aqui estaria o lado de que o contrato, ao contrário do enunciado neque nocet prodest, sempre beneficia terceiros.*** *Raciocínio análogo pode ser feito para os deveres jurídicos a determinar que o contrato sempre implica algum grau de oneração social e a crescente preocupação com o direito falencial mostra também este aspecto"* (grifou-se).

[155]Projeto de Lei 263/2004, vetado pelo Presidente da República em 31.12.2010. Atualmente, foi publicada uma Medida Provisõria (MP 518) que trata do assunto. O projeto de lei acrescentava o §6º ao artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, assim dispondo: § 6º *No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor informará aos sistemas de proteção ao crédito, para formação de cadastro positivo, somente o adimplemento da obrigação contraída, sempre que houver a prévia concordância e autorização expressa do consumidor para tal registro.*

[156]É importante aqui ressaltar que o contrato não gera apenas benefícios para toda a população, mas pode gerar prejuízos, sobretudo em decorrência do desenvolvimento da atividade econômica. Podemos exemplificar tais situações com as chamadas externalidades negativas, estudadas na Economia. Consoante ensina FÁBIO NUSDEO *(Curso de economia, introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 152) *"as externalidades correspondem, pois, a custos e benefícios circulando externamente no mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço".*

não pode ser visto como uma bolha isolada que produz efeitos apenas para aqueles que estejam dentro desta bolha.

Essa importância do contrato para toda a sociedade[157] e como produtor de efeitos tanto internos quanto externos é reafirmada por seu valor social.

Com efeito, enquanto pelo seu valor econômico o contrato é visto como um instrumento de circulação de riquezas, de acordo com o seu valor social o contrato deve ser visto também como um instrumento de pacificação social, que possibilita a convivência harmônica na sociedade[158].

Isso porque o valor social do contrato é responsável pela composição dos interesses individuais com os interesses coletivos, movimentando ou ativando, dessa forma, a vida em sociedade[159].

É claro que o contrato nasce em razão do interesse das partes (valor liberdade), para realização de suas operações econômicas (valor econômico)[160]. No entanto, considerando que o contrato é um fato social, e considerando também a relação entre Direito, Economia e Sociedade[161], é evidente que o interesse das partes não é o único interesse a ser valorado na relação contratual.

---

[157]Uma rápida observação feita nos artigos do Código Civil também pode nos demonstrar com clareza a importância dos contratos para a vida em sociedade. Para tanto, basta constatar que o Código Civil ao cuidar dos Direitos das Obrigações (Livro I da Parte Especial) trata do contrato em 432 artigos, dos 730 que cuidam da matéria.

[158]Aqui vale a pena mencionar a interessante síntese que KLEBER LUIZ ZANCHIM (O contrato e seus valores. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito dos contratos, II.* São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 259) faz a respeito dos valores dos contratos. Confira-se: "*(...) enquanto o valor liberdade atende a uma necessidade do ser e o valor econômico atende uma necessidade do ter, o valor social atende uma necessidade do conviver"*.

[159]Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *RTDC* – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo, cit., p. 599.

[160]Como ressalta ROPPO não há contrato sem operação econômica, daí afirmamos que as partes utilizam o valor liberdade para alcançar o valor econômico. O contrário, porém, não é verdadeiro, ou seja, podemos ter operação econômica sem ter contrato, como por exemplo, no caso da incidência de tributos. Confira-se nas palavras do jurista: "*Donde resulta a possibilidade de um desfasamento entre contrato e operação enconómica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca:* ***no sentido de que não pode dar-se – como se viu – contrato sem operação econômica****, mas podendo em alguns casos existir – e não só no plano de uma indagação histórica – operação econômica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contratual"* (ROPPO, Enzo. *O contrato,* cit., p. 19, grifou-se).

[161]A relação entre Direito e Sociedade pode ser sintetizada pela definição de Direito de GOFFREDO TELLES JÚNIOR como sendo a disciplina da convivência, afinal "*a sociabilidade própria dos seres humanos, a convivência norteada pelo bem-comum como condição do bem individual das pessoas, o regime da recíproca dependência, o sistema de direitos e deveres entrelaçados, tudo isto exige, como é óbvio, regulamentação adequada, ordenação congruente. Exige disciplinação racional. (...) Agora sabemos o que é o Direito, o Direito é uma disciplina da convivência" (*TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 381). Por outro lado, a Economia é uma Ciência Social que estuda a administração dos recursos, os quais são escassos para o atendimento das necessidades humanas, ou seja,

O contrato interessa a toda sociedade, seja por ser um instrumento pacificador, seja porque em nossa economia de mercado nenhuma relação pode ser vista como um fato isolado, desconectado de todas as outras relações. Caso assim fosse, correríamos o risco de se instaurar em nosso sistema social um capitalismo inescrupuloso em que venceria o mais forte e ardiloso em detrimento dos demais, o que não é permitido pelo sistema jurídico, na medida em que se reconhece no contrato um valor social.

Este valor social do contrato, em nosso sistema jurídico, é positivamente reconhecido na Constituição Federal, quando ela afirma em seu artigo 1º, inciso IV que um dos fundamentos da República é o valor social da livre iniciativa, a qual se manifesta especialmente por meio dos contratos.

Consoante atesta Antônio Junqueira de Azevedo[162] *"nesse princípio fundamental da República, é como se a Constituição garantisse a capacidade humana de livre e conscientemente se auto-regrar. É a consagração da possibilidade de cada pessoa conduzir sua vida como deseja"*. Assim, ao reconhecer e impor o valor social da livre iniciativa, a Constituição reconhece o valor social do contrato.

Destaque-se, contudo, que o valor social do contrato não faz com que ele perca o seu valor de liberdade e o econômico. Ao contrário, esses valores convivem no caldo axiológico[163] formado pelo contrato. É certo que em determinados tipos contratuais há predominância de um valor em relação aos demais, mas jamais a anulação de um pelo outro.

---

nas palavras de FÁBIO NUSDEO (*Curso de economia, introdução ao direito econômico*, cit., p. 28) "*ela pressupõe a escassez em nível social, isto é, condicionando a vida de todos os seres indistintamente, sem se preocupar com o fenômeno em sua dimensão individual, muito embora, ele é claro, exista"*. Dessa forma, conforme os ensinamentos de NUSDEO, afirma-se que *"é o da íntima relação entre Direito e Economia. Mais do que intima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – nomos – a presidir a atividade desenvolvida na oikos ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o nomos nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objetos da ciência do Direito. Reciprocamente, quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses"*. Assim, pode-se concluir que em sendo o Direito a disciplina da convivência, e a Economia uma ciência que estuda a administração dos recursos, que são escassos, evidentemente com as normas impostas pelo sistema jurídico se busca a alocação justa desses recursos, necessária para a construção de uma sociedade mais harmônica. Assim, nesse âmbito tanto a Ciência do Direito quando a da Economia visam a sociedade como um todo e não exclusivamente os interesses individuais de cada um, numa tentativa de sincronizar o individual com o coletivo.

[162]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A Constituição da República e a situação especial, em adoção simples, da sucessão de adotante que já tinha filho legítimo ou reconhecido, no momento do ato Adoção simples e respeito ao ato jurídico perfeito e à autonomia privada. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 350.

[163]Expressão extraída do artigo de ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores, cit., p. 260.

O que se quer dizer aqui é que o reconhecimento do valor social do contrato implica o reconhecimento de duas situações: a primeira, de que ele apresenta um âmbito individual (interesse econômico das partes necessário para o desenvolvimento de sua personalidade em todos os seus aspectos), e a segunda, de que apresenta um âmbito social, dada a importância desse instrumento para a sociedade como um todo.

Essa relevância do contrato para a sociedade consiste no fato de que a partir do momento em que ele é celebrado, passa interferir na sociedade, ingressando no mundo jurídico e interferindo no comércio jurídico como um todo, não podendo ser ignorado por nenhum membro da sociedade.

A respeito dessa última situação, brilhante é a lição de Serpa Lopes[164] ao afirmar que *"a verdade é que nenhum dos nossos atos se circunscreve, em seus efeitos, a nós mesmos ou aos que nele intervieram diretamente. Se, de um lado, constitui verdade indenegável a de nenhum terceiro poder ser vinculado a um contrato no qual, não consentiu, por outro lado, não menos incontestável é que a existência de uma obrigação, de um contrato ou de qualquer outro ato jurídico representa um fato social, e que, como tal, produz os seus efeitos num meio social, com repercussão e reações em face de terceiros, que dela não podem escapar"*.

Dentro desse contexto é que o valor social do contrato implica uma reinterpretação constitucional do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, na medida em que demonstra que a inserção de um contrato na sociedade gera deveres e responsabilidades para todos. Nessa sentido, podemos afirmar que são os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato que operacionalizam seu valor social.

Antes de continuarmos nosso raciocínio, importante fazermos uma distinção entre valor social do contrato e função social do contrato. Isso porque é comum encontramos alguns artigos e doutrinas que afirmam que a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos é decorrência do princípio da função social do contrato[165], e outros que afirmam que é decorrência do valor social do contrato[166].

---

[164]LOPES, José Maria de. *Curso de direito civil, fonte das obrigações*: contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 3, p. 129.

[165]Por exemplo, CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual, cit.; NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit.

[166]Por exemplo, SCHALABENDORFF, Adriana. *A reconstrução do direito contratual*: o valor social do contrato, cit., ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores, cit.

Para tanto, importante verificar a relação da função social do contrato com o valor social do contrato, da mesma forma que os demais valores se relacionam com os outros princípios contratuais.[167].

De acordo com a exposição que já fizemos sobre a função social do contrato, constata-se que este princípio deve ser compreendido em dois aspectos: o primeiro, referente ao substantivo *função*, e o segundo, referente ao adjetivo *social*.

A função de qualquer contrato é desenvolver o programa econômico previsto pelas partes. No entanto, como exposto no item 3.3 *supra* o desenvolvimento desse programa deve ser socialmente útil, para que o contrato possua função social e, consequentemente, seja digno de tutela pelo sistema jurídico. Essa decisão da utilidade social do contrato é dada pelo coletivo, por meio da valoração social.

Assim, o contrato apenas tem função social se tem valor social. Sem a existência deste, o contrato perde a sua função social[168]. De modo que entendemos que não só o valor social do contrato, mas também o princípio da função social do contrato são fundamentos da reinterpretação pretendida para o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, uma vez que sem valor social, não há função social do contrato.

A íntima ligação entre valor social e função social, aquele antecedendo a esta, ambas as ideias não permitem mais que o contrato seja visto como algo que só interesse às partes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam.

O princípio da função social, juntamente com os princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, impôs na ordem jurídica uma redefinição do alcance de todos os princípios contratuais clássicos, na medida em que reconhece a relevância social do contrato, em contraposição aos princípios clássicos em que o reconhecimento da relevância dos contratos restringia-se a ao seu aspecto individual e à força jurígena da vontade[169].

---

[167]O professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO distinguia função social e valor social, iniciando essa diferenciação em suas aulas de pós-graduação afirmando que valor é uma palavra díade composta de sujeito e objeto, enquanto que função é uma palavra tríade composta de sujeito, objeto e fim.

[168]Tanto é assim que KLEBER LUIZ ZANCHIM, (O contrato e seus valores, cit., p. 265), pondera acertadamente que: "*Com base nessa análise podemos entender o artigo 421 do Código Civil como preceituação de que a liberdade de contratar somente gozará de proteção do Direito se respaldada ("em razão da") pelo valor social do contrato e exercida nos limites da função socialmente valorada. Sem tal respaldo, ou além dessa função, os contratantes não poderão fixar normas válidas a si mesmos. O artigo poderia, contudo, restringir-se apenas ao valor social, pois sempre que houver a superação dos limites da função valorada o contrato perderá imediatamente esse valor e, por conseqüência, a proteção jurídica*".

[169]A respeito da necessidade de uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, tendo em vista a nova realidade contrato e do direito patrimonial, bastante esclarecedoras são as palavras de RENÉ SAVATIER (Le prétendu príncipe de l´effet relatif des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t.

O novo paradigma contratual não permite mais que o contrato seja visto como uma relação de subordinação entre credores e devedores, em que estes devam se sujeitar aos interesses daqueles. Esta relação, atualmente, deve ser enxergada como uma relação de cooperação e solidariedade entre as partes.

No entanto, essa relação de cooperação e solidariedade entre as partes pode não ser eficaz se a própria sociedade não colaborar para que ela se efetive. Daí que os princípios da função social do contrato e da boa-fé, amparados pela ordem constitucional social que, como vimos muito fala na construção de uma sociedade justa e solidária, devem ser respeitados por todos os sujeitos, ainda que não diretamente vinculados ao contrato.

Dessa forma, o dever de cooperar para que o contrato atinja seu fim envolve também terceiros, que não podem, por meio de condutas contrárias ao ditame da boa-fé, interferir negativamente em um contrato, impossibilitando o seu devido cumprimento e promovendo desarmonia social. Isso é tudo o que o Direito visa evitar.

Paralelamente, não podem mais as partes de um contrato, sob a alegação de que o contrato não produz efeitos na esfera de outros, deixar de cumprir uma obrigação contratual cujo inadimplemento causará prejuízo a terceiros.

É, portanto, sobre esses dois principais pontos que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa ser novamente compreendido. Nesse diapasão, não pode mais a teoria contratual ser condizente com a conduta do terceiro que age de forma a impossibilitar o cumprimento de um contrato, por meio da celebração de um segundo contrato com o devedor do primeiro incompatível com a avença inicial celebrada por este. O terceiro que assim age deve ser responsabilizado por agir contra os fins do primeiro contrato e contra todos os princípios sociais que preenchem nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, o sistema jurídico não pode deixar desamparados os terceiros que sofrem os prejuízos decorrentes de um contrato celebrado por outros.

34, p. 545, 1934): "*De cette évolution, Il ne faut pas s´étonner outre mesure. L´article 1.165 est le témoin d´une conception purement individualiste du droit des obligations. Il part de l´idée que les affaires de chacun ne concernent que lui-même, qu´il les gere librement, et que la société et les tiers n´ont point à s´em occuper. Cette conception simpliste d´une liberte absolue de l ´individu ne tient pas suffisamment compte des liens qui rattachent inévitablement lens uns aux autres tous les members d´une societé. Et plus cette société se civilize et se complique, plus ces liens se multiplient et se consolident. L´évolution actuelle du droit patrimonial tient em grande partie dans la conscience de plus em nette chez les juristes modernes de ce príncipe que les affaire de chacun, auprès d´um côté individuel, ont aussi um cote social. Il faut donc reconnaître qu´elles ne concernent pas seulement celui qui y preside, mais à certains points de vue la société, et par conséquent les tiers*".

Com efeito, a sociabilidade, um dos princípios admitidamente norteadores do Código Civil e da atual teoria contratual, impõe tanto aos contratantes, quanto aos terceiros o dever se relacionarem a fim de que o objetivo econômico-social do contrato seja alcançado, respeitando, dessa forma, todas as situações jurídicas já constituídas e conhecidas, ainda que não sejam necessariamente oriundas de um direito real. Como bem lembra Teresa Negreiros[170] "*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. Essa ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional.*"

O dever do terceiro de respeitar o contrato nos remete à ideia da oponibilidade dos efeitos contratuais, que trataremos a seguir. Antes, porém, importante delimitarmos o conceito de terceiro que utilizaremos aqui, para facilitar a compreensão desses sujeitos em face de quem o contrato é oponível.

4.1. A problemática do conceito de terceiro

Como lembra Teresa Negreiros[171], a dificuldade de se definir terceiro começa pelas diversas e diferentes referências legais à figura do terceiro[172]. Assim, por exemplo, em nosso Código Civil, encontramos referência aos terceiros nos artigos 148[173], 1.212[174], 814, § 1º[175] e 879, parágrafo único[176]. A mesma observação é feita por Jean-Louis Goutal,

---

[170]NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 209.

[171]NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 221.

[172]Aliás, interessante notar a observação da autora (*Teoria dos contratos*: novos paradigmas, cit., p. 221), com relação ao fato de que o termo terceiro é utilizado, frequentemente, não apenas na linguagem jurídica, mas também na linguagem comum. Para subsidiar tal afirmação, a autora cita como exemplo frase que ouviu de um guarda de trânsito ao chamar a atenção de um motorista para as possíveis consequências que poderiam ter resultado de sua conduta: "*Se naquele momento tivesse aparecido um terceiro ou um quarto...*". A autora aproveita esta observação para fazer uma crítica: "*A lei brasileira, tal como outras, também usa abundantemente essa palavra; e o rigor com que a usou o guarda de trânsito*".

[173]Art. 148. *Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.*

[174]Art. 1.212. *O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.*

[175]Art. 814. *As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito. § 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.*

[176]Art. 879. *Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por*

para quem o sentido da palavra terceiro varia conforme o contexto que se faz dela em direito[177].

Considerando os diversos casos em que a palavra terceiro é utilizada, Francesco Messineo[178] entende que é impossível dar uma noção unitária de terceiro que não seja simplesmente pela negativa. Afinal, segundo suas palavras "*la misma varía en cada caso: así, una cosa es el tercero en matéria contractual: es quien no sea 'parte'; y, sin embargo, puede sufrir los efectos del contrato véase art. 1.411 (cfr. Además § 136); y otra cosa es el tercero em materia de publicidad (...); y outra cosa es, todavía, el tercero em materia de posesión de buena fe (cfr. § 83, n. 7). Uma nota tienen de común las figuras de 'tercero'; y es uma nota negativa respecto de otra figura, em antítesis con ella, a saber, a la 'parte', o a aquel que no haya hecho público el proprio acto, o a aquel que sea causahabiente del titular de um derecho"*[179].

Tendo em vista a amplitude do termo terceiro, importante delimitarmos desde já que nosso ponto de partida para a tentativa de definir terceiro será o contrato e as relações dele decorrentes.

A acepção de terceiro pela negativa, a que se refere Messineo, nos é bastante útil. Num primeiro momento, terceiros seriam aqueles que não são partes do contrato[180],

---

perdas e danos. Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

[177]GOUTAL, Jean-Louis. *Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat.* Paris: LGDJ, 1981. p. 26. São suas palavras: *"Le concept de tiers ne remplit pas cet office; d´une part, il n´est pas homogène; d'autre part, Il est equivoque. Il n' est pas homogène: on peut, en forçant à peine la caricature, dire que le sens du mot <tiers> varie avec chaque emploi qu'em fait le droit: suivant qu´il s´agit de la date certaine des actes (art. 1328 C.civ.), de l´effet de la contre-lettre (art. 1.321), de la publicité foncière (art. 30, D. 4 janvier 1955), ou de l´effet relatif du contrat (art. 1.165), le mot ne designe pas les mêmes personnes."*

[178]MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1979. t. 2, p. 7.

[179] Em tradução livre lê-se que a mesma varia em cada caso, assim uma coisa é terceiro em matéria contratual: é quem não é parte; e, sem, sem embargo, pode sofrer os efeitos do contrato, confira art. 1.411 (cfr. Também § 136); e outra coisa é o terceiro em matéria de publicidade (...) e outra coisa é, todavia, o terceiro em matérida de posse de boa-fé (cfr. § 83, n. 7). Um apontamento tem em comum as figuras de "terceiro"; é um apontamenteo negativo a respeito de outra figura, em antítese com ela, a saber, a parte, aquele que não fez fato público o próprio ato, ou aquele que é cessionário do titular de um direito.

[180]Nesse mesmo sentido, JEAN-LOUIS GOUTAL, (*Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat,* cit., p. 23): "*La notion de tiers se définit par opposition à celle de partie: le tiers est celui qui n´a pas conclu le contrat, ni en personne, ni par l´interméidaire d´un représentant"*. No Direito brasileiro essa ideia é compartilhada por J. M. DE CARVALHO SANTOS (*Código Civil brasileiro interpretado:* direito das obrigações (arts. 928-971), cit., p. 14) que assim afirma: *A doutrina não diverge: terceiro é todo aquêle que não participou da formação da obrigação, ou do contrato, ou que não foi validamente representado, nem por seu antecessor, a quem sucede, nem por um mandatário nem por um gestor de negócios"*. Essa noção de terceiro, ainda, segundo MESSINEO (*Manual de derecho civil y comercial.* cit. t. 2, p. 7) encontra explicação nas exemplificações ecolásticas. São palavras do autor: "*tertius: el nombre se deriva de que, em las ejemplificaciones escolásticas, las 'partes', o sea el sujeito activo y el sujeto pasivo de la relación, se denominaban, respectivamente, primus y secundus"*

aqueles que não colaboraram com a sua declaração negocial para criar o vínculo contratual[181].

Partes do negócio jurídico comumente são definidas como sujeitos de direito que, emitindo sua declaração de vontade, formam o contrato. São, conforme ensina Alcides Tomasetti Jr.[182], centros de interesse distintos, os quais podem ser compostos por pessoa física ou jurídica, uma em cada centro de interesse, podendo existir centros de interesse ocupados por vários sujeitos diferentes. Ou seja, parte não se confunde com a pessoa que emitiu a declaração negocial[183].

Dentro desse contexto, ao afirmar que terceiro é aquele que não é parte do contrato, temos uma concepção bastante ampla de terceiro, o que nos permite identificar diferentes tipos de terceiro, classificados ou compreendidos de acordo com sua proximidade do contrato. Ou seja, é possível identificar aqueles terceiros que estão mais próximos do contrato, e aqueles que estão completamente alheios à sua esfera.

Com efeito, como observa Otávio Luiz Rodrigues Júnior[184], em interessante analogia, "*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*

---

[181]Mais uma vez nos reportando a JEAN-LOUIS GOUTAL (*Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat,* cit., p. 30): "*Partons doc l´idée que les tiers sont ceux qui n´ont pas conclu le contrat, ni en personne, ni par mandataire, c´est-à-dire ceux qui n´ont pas fait concourir leur volonté à sa formation. Cela signifie que tous les ayants cause, à titre particulier comme à titre universel, sont des tiers".* Cumpre destacar que a vinculação do conceito de parte e terceiro, a partir da concepção da vontade foi objeto de um conhecido debate doutrinário na França por meio de artigos de autoria de JEAN-LUC AUBERT (A propôs d´une distinction renouvelée des partie et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, abr./jun. 1993) CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGI (De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du príncipe de l'effet relatif, cit.).

[182]TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos,* cit., p. 10, *"Parte contratual é o conceito pelo qual se aglutinam, numa só expressão lingüística, os centros de interesses que nos contratos de formação bilateral – e.g., locação, compra e venda, empréstimo – apresentam-se contrapostos, de modo que a composição ou harmonização dos interesses que se contrapõem vai ser, em princípio, livre e espontaneamente lograda no momento da conclusão do contrato".* Ou ainda, conforme ensina RICARDO LUIS LORENZETTI (*Tratado de los contratos*: parte general. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 179) "*la 'parte' em um contrato es el centro jurídico al cual se le imputan las declaraciones de voluntad y que resulta obligado; la relación obligacional que causa um contrato se traba entre las partes".*

[183]ALCIDES TOMASETTI JR. (*Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos,* cit., p. 10), destaque que "*A parte contratual é um centro de interesses que comumente diz respeito a um só sujeito, ou a uma só pessoa, pessoa natural ('física') ou coletiva ('jurídica'). Num mesmo centro de interesses podem, contudo, figurar duas ou mais pessoas que sejam portadoras de interesses idênticos entre si. Por exemplo: vários locadores e um só locatário; um só locador e vários locatários; vários locadores e vários locatários (...)."*

[184]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 84.

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".

Esta metáfora nos ajuda a compreender que além de existirem diversas posições de terceiros em relação ao contrato, estas posições são dinâmicas e um terceiro completamente estranho ao vínculo, pode ser tornar mais próximo dele, de acordo com a alteração de certas circunstâncias.

De acordo com Luciano Camargo de Penteado[185], pode-se identificar cinco espécies de terceiro mais frequentes no cotidiano do Direito. São elas: o terceiro totalmente estranho à relação contratual, o terceiro parte da relação contratual, o terceiro interessado, o terceiro com direito oponível (e em contrapartida também com direito inoponível) e o terceiro vinculado pela boa-fé objetiva.

O terceiro completamente estranho à relação contratual nos remete à figura do Direito romano do *penitus extraneus,* que é aquele sujeito de direito completamente estranho às partes, sem qualquer interesse específico pelo contrato nem qualquer ligação indireta com o contrato. Utilizando-nos da metáfora criada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior acima mencionada, esta espécie de terceiro seria o planeta mais distante do sol.

Desde já, importante destacar que, mesmo este terceiro completamente alheio ao vínculo contratual não pode ignorar a sua existência. A partir do momento em que tenha conhecimento da existência desse contrato, deve respeitá-lo como fato social que é, cooperando para que atinja seus fins.

Já para configurar o terceiro parte da relação contratual, Luciano Camargo de Penteado entende ser necessário levar em consideração o conceito dinâmico de parte[186]. Assim, esclarece o autor que o contrato formado entre as partes gera uma relação contratual ou obrigacional. Com efeito, o terceiro não declarou sua vontade de formar o negócio jurídico, mas pode ser mencionado na declaração, conforme ocorre na estipulação a favor de terceiros. Neste contrato, em específico, quando o terceiro anui com a estipulação passa a ser parte da relação contratual e não do contrato.

Os outros casos em que o terceiro se tornaria parte da relação contratual seriam a promessa por fato de terceiro, na qual também o terceiro se integra à relação contratual em momento distinto da declaração negocial, como um sujeito de deveres, e o contrato com

---

[185]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 40 e ss.
[186]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 42-43.

pessoa a declarar, em que o nomeado integra a relação contratual como parte, sem ter formado o contrato propriamente dito.

O autor[187] lembra ainda os casos em que terceiros se tornam parte da relação jurídica, sem terem formado o contrato causa, mas por praticarem um outro contrato ou figura de direito das obrigações que gere sua integração à relação contratual, como é o caso da cessão de contrato, cessão de crédito e assunção de dívida.

Todas essas terceiras partes da relação contratual e não do contrato, consequentemente, atuam no plano da eficácia e não da existência do negócio jurídico, de modo que toda a matéria referente à formação da declaração negocial são inoponíveis ao terceiro parte da relação contratual.

Diante do exposto, o terceiro parte, guarda maior proximidade em relação ao contrato, sendo, portanto, "corpo celeste mais próximo do sol". No entanto, justamente por passarem a integrar a relação contratual, e em algum momento terem declarado a sua vontade de ingressar no contrato, é que esses terceiros não podem ser vistos como fatores a causarem alguma nova interpretação ou exceção propriamente dita ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Esses terceiros passam a sofrer os efeitos do contrato, porque assim o quiseram, mediante expressão de suas declarações de vontade.

Em situação intermediária de proximidade com o contrato existem os terceiros interessados, o terceiro com direito oponível e o terceiro vinculado pela boa-fé objetiva.

O terceiro interessado é aquele que de alguma forma tem interesse no conteúdo do contrato, como ocorre, por exemplo, com aquele que paga a dívida do devedor (artigo 304 do Código Civil). O terceiro com direito oponível[188] são aqueles que a posição jurídica contratual, de algum modo, confronta-se com uma posição jurídica alocada no patrimônio de outro, podendo, então se dar a oponibilidade ou a inoponibilidade. Esses conceitos serão estudados no próximo tópico, porém já podemos adiantar que a oponibilidade significa que o contrato pode ser oposto face a direitos de sujeitos que não sejam parte da relação primitiva, os quais devem respeitá-lo.

Diante desta consideração, e tendo em vista os parâmetros de sociabilidade e de cooperação presentes no Direito brasileiro, entendemos que estas duas categorias de terceiros podem ser enquadradas na figura dos terceiros totalmente estranhos à relação

---

[187]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 47.
[188]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 49.

contratual, já que em ambas as espécies há o dever de respeito ao vínculo contratual pré-estabelecido, não sendo necessário nem prático o seu destacamento para uma espécie de terceiro.

Finalmente, existem os terceiros vinculados pela boa-fé objetiva que são aqueles que se relacionam ao cumprimento da obrigação de tal modo que possam ser por elas afetados ou afetá-las. Esses terceiros devem ser levados em consideração pelas partes no momento de cumprirem seus deveres contratuais[189]. Entendemos que esse tipo de terceiros relacionam-se diretamente com os casos dos contratos de eficácia protetiva perante terceiros, bem como com os terceiros que embora façam parte do mesmo grupo contratual (contratos coligados ou rede de contratos) são terceiros em relação a um contrato do grupo considerado isoladamente. Trataremos de ambos os casos no item 4.3 *infra.*

Considerando as diversas espécies de terceiros e a mobilidade possível de uma categoria a outra pelos sujeitos de direito para fins de nosso estudo, bem como para a discussão da responsabilidade do terceiro que interfere numa relação contratual alheia, consideraremos terceiros aqueles que no momento da interferência não são partes da relação contratual. Desse modo, não incluímos na acepção de terceiros os terceiros partes, justamente porque num dado momento deixam de ser terceiros e passam a ser partes, não havendo que se falar em mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, conforme foi visto no item 2.3 *supra.*

Para todos os demais graus de terceiros se aplica o dever de respeitar o contrato alheio, que lhe será oponível, conforme trataremos a seguir.

4.2. A oponibilidade dos efeitos do contrato em relação a terceiros

É comum verificar nos mais diversos manuais de Direito que versam ou sobre Direitos das Obrigações, ou sobre Direitos Reais um capítulo buscando distinguir um direito de outro, diferentemente do que ocorre com outros livros do Código Civil. Com efeito, não se verifica nesses mesmos manuais uma preocupação em se diferenciar, por exemplo, direitos reais de direito de família, certamente por se tratarem de ramos do

[189]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 51.

Direito Civil, completamente diferentes, que não causam nenhum tipo de confusão conceitual.

O mesmo não ocorre com os direitos reais nem com os direitos das obrigações, cuja proximidade é algo a ser considerada. Tal proximidade, com a solidificação da solidariedade social, do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tornou-se ainda maior, a ponto de alguns juristas afirmarem que a distinção entre direitos reais e direitos das obrigações deixou de existir[190].

Apesar de não existir um critério indiscutível para se distinguir os direitos reais dos direitos obrigacionais[191], uma vez que para os pontos distintivos, normalmente há exceções, a diferenciação entre eles sempre consistiu, de forma generalizada, nas ponderações de que o objeto do direito real é uma coisa de natureza certa e

---

[190]A esse respeito conferir, por exemplo, PIETRO PERLINGIERI (*Perfis de direito civil.* Trad. Maria Cristina de Cicco, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p 141) que afirma: "*A distinção entre situações absolutas e relativas perdeu portanto a sua justificação histórica na medida em que, com fundamento no dever de solidariedade e da conseqüente responsabilidade, todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos*". Contrário a tal afirmação, conferir PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*: parte especial, cit., v. 26, p. 270-271, § 3.166).

[191]Aqui, com inspiração na lição de FERNANDO NORONHA (*Direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. v. 1, p. 66), cabe fazermos um breve apontamento acerca da terminologia direitos relativos, pessoais, reais e obrigacionais. Este Autor observa que "*é freqüente a afirmação de que os direitos de crédito são relativos, ou pessoais.(...) Esta linha de pensamento considera sinônimas as duas expressões, ambas diriam respeito ao direito de exigir de outra pessoa uma prestação. Porém, há juristas que distinguem. Assim, alguns autores afirmam que os direitos de crédito, além de relativos são também pessoais, contrapondo, para o efeito, 'direitos pessoais' e 'reais': os primeiros teriam por objeto uma pessoa, os segundos uma coisa. O direito de propriedade seria absoluto e real, os direitos de personalidade seriam absolutos e pessoais, ao passo que os mais importantes direitos de família seriam relativos e pessoais. O direito de crédito seria relativo e pessoal (...).* MIGUEL REALE (*Lições preliminares de direito,* cit., p. 222), por sua vez, entende que o mais correto é dividir o Direito de acordo com o objeto no qual incide em três seguimentos: Direito pessoal, direito real e direito obrigacional, assim, em suas palavras: "*a divisão tricotômica obedece um critério mais rigoroso, não sendo possível reduzir os direitos pessoais, - como, por exemplo, os direitos ao próprio nome e imagem e todos que versem sobre relações pessoais de família – à categoria das relações obrigacionais. Além disso, enquanto os direitos pessoais são absolutos, no sentido de serem oponíveis erga omnes – no que se assemelham aos direitos reais, - os direitos obrigacionais são relativos, oponíveis apenas aos que participam da relação*". A divisão de REALE não é isenta de críticas, pois conforme observa NORONHA (*Direito das obrigações,* cit., p. 67) "*o poder familiar, por exemplo, seria direito pessoal, mas sem ser oponível erga omnes; tendo como sujeito passivo uma pessoa determinada, que estaria obrigada a determinados comportamentos, teria de ser classificado também como direito relativo, embora não seja obrigacional*".

Não obstante, essas ponderações referentes à terminologia, importante esclarecer que em nosso texto entendemos, como a doutrina clássica serem os direitos de crédito decorrentes dos direitos obrigacionais, sendo estes pessoais, não podendo ser classificados como direitos absolutos. Assim, nos termos da lição de JOSÉ OLIVEIRA DE ASCENSÃO (*Direito civil*: teoria geral: relações e rituações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 73-74), o direito relativo é aquele que tem como base uma relação jurídica devidamente demarcada, com sujeitos determinados, cuja posição é reciprocamente limitada, já os direitos absolutos não se baseiam em nenhuma relação, os seus titulares têm uma posição absoluta, porque assim o ordenamento confere. Desse modo, o jurista português conclui que "*o direito real é um direito absoluto, por oposição aos direitos relativos. A sua tutela funda-se em razões absolutas, e não na demonstração de que o sujeito passivo está individualmente vinculado por uma relação constitutiva de direito*". Tal fato não significa, consoante veremos em momento oportuno, que os direitos relativos não podem apresentar oponibilidade *erga omnes.*

individualizada; enquanto o objeto do direito obrigacional é uma conduta cuja natureza pode ser determinável ou determinada. O direito real tende à perpetuidade, enquanto o direito obrigacional é transitório, pois se extingue no momento em que a obrigação (contraprestação) é efetuada[192].

Ademais, com relação ao número de titulares, enquanto nos direitos reais, em regra, tendo em vista a intimação ligação entre sujeito e coisa, há a tendência de se reconhecer que apenas pode existir um titular de direito pleno sobre ele[193], nos direitos obrigacionais a regra é a existência de tantos titulares quanto forem os interessados no crédito a ser adimplido.

Essa ligação íntima entre sujeito e coisa, nos direito reais, justifica o também direito de sequela, que autoriza o titular de um direito real ir atrás do bem onde quer que ele se encontre, o que não há no caso dos direitos obrigacionais, em que eventual perda do objeto é resolvida por meio de execução específica ou indenização por perdas e danos.

Outro aspecto de diferenciação consiste no fato de que os direitos reais são taxativos e encontram-se discriminados no Código Civil, estando enumerados no artigo 1.225. Já os direitos obrigacionais são ilimitados, visto que, conforme atesta Clóvis

---

[192]É claro que podem haver situações em que o direito real seja transitório, como no caso do usufruto que pode ter o tempo de sua duração estabelecido, bem como no campo dos direitos de obrigação, alguns deveres decorrentes da boa-fé permanecem indefinidamente mesmo após o contrato ter sido totalmente adimplido (boa-fé pós contratual). No entanto, tratam-se de situações um pouco mais isoladas, de modo que pode se afirmar, de forma geral que efetivamente em termos de duração os direitos reais tendem a ser perpétuos, enquanto os obrigacionais transitórios. A corroborar tais ponderações, remetemo-nos a lição de LUCIANO CAMARGO DE PENTEADO (*Direito das coisas,* cit., p. 111): "*Alguns direitos reais são transitórios, como os de aquisição, outros podem ter duração pactuada, como o usufruto, ou outros ainda têm prazo legal após o qual ocorre a perempção, como é o caso da hipoteca. Mas há uma forte tendência, principalmente em matéria de propriedade, à permanência no tempo. Importante exceção se verifica nas situações em que o proprietário deixa de exercer a posse sobre o bem e pode perder o direito de propriedade enquanto outro adquire originalmente através da usucapião. Mas a situação jurídica é mais sólida ao desgaste do tempo. Os direitos obrigacionais são, essencialmente, transitórios e tendem à extinção com o adimplemento. Há casos de garantias pós-contratuais, mas sempre a prazos decadenciais bastante curtos para o exercício dos direitos formativos delas decorrentes (evicção e vícios redibitórios). Isto porque a relação obrigacional está construída classicamente, sobre a idéia de que os contratos nascem para serem cumpridos e os delitos ensejam uma indenização. (...). Entretanto, há deveres de não fazer derivados da boa-fé que são permanentes, como os de sigilo do médico ou das partes que negociaram sobre informações confidenciais da empresa. Outras situações contratuais contemporâneas acabam por evidenciar uma permanência maior na relação obrigacional, como nos casos de plano de saúde, nos contratos bancários e análogos, os quais, em direito do consumidor se denominam de contratos cativos*".

[193]Utilizamos do termo "em regra", pois há exceções, como o condomínio. Nas palavras de LUCIANO CAMARGO DE PENTEADO *(Direito das coisas,* cit., p. 110): "*O condomínio é exceção. Em direito romano, não se concebia mesmo a possibilidade teórica de subsistência de situações condominiais. Contemporaneamente, admite-se essa realidade, mas é excepcional e possui justificativa teórica para manter a unicidade, que será estudada ao seu tempo. Ainda assim só se admite a pluralidade de titulares de situação real porque e quanto há expressa previsão legal*".

Bevilaqua[194] "*os actos, os factos e as abstenções, que os homens se podem prometter, diversificam de modo considerável, segundo o arbitrio, as necessidades e as circunstancias occasionaes, offerecendo um numero indeterminavel de nuanças irreductiveis, muitas vezes, ás formulas geraes preestabelecidas*".

Além disso, como lembra Orlando Gomes[195], nos termos da teoria personalista[196] "*verifica-se que o direito real só encontra um sujeito passivo concreto no momento em que é violado, pois enquanto não há violação, se dirige contra todos, em geral, e contra ninguém, em particular; o direito pessoal dirige-se desde o seu nascimento contra uma pessoas determinada e somente contra ela*".

É justamente nesse ponto que queremos chegar. Tradicionalmente, a oponibilidade é um elemento constantemente utilizado para distinguir os direitos reais dos direitos obrigacionais[197]. Assim, enquanto o direito real, por ser um direito absoluto é oponível contra todos[198] (*erga omnes)*, o direito obrigacional é considerado um direito

---

[194]BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações,* cit., p. 23.

[195]GOMES, Orlando. *Direitos reais.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 6.

[196]Cabe aqui fazermos uma pequena observação a respeito da posição das teorias realista e personalista para a distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais. Conforme ensina ORLANDO GOMES (*Direitos reais,* cit., p. 2-3) "*os adeptos da teoria realista caracterizam o direito real como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce erga omnes. O direito pessoal, ao contrário, opõe-se unicamente a uma pessoa, de quem se exige determinado comportamento*" Já de acordo com a teoria personalista "*os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é pessoa certa e determinada, no direito real, seria indeterminada havendo, neste caso, uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito – obrigação que se concretiza toda vez que alguém o viola*".

[197]A confirmar tal assertiva, ao tratar da distinção entre direitos reais e relativos, PIETRO PERLINGIERI (*Perfis de direito civil,* p 140) afirma que "*esta distinção freqüentemente é baseada na eficácia ou na oponibilidade: a situação absoluta seria aquela eficaz – ou oponível – em relação a todos, aquela relativa seria eficaz – ou oponível – somente em relação a determinados sujeitos*".

[198]Importante notar que não são apenas os direitos reais que, em sua essência, são considerados oponíveis *erga omnes*. Os direitos de personalidade também são direitos absolutos e oponíveis *erga omnes,* porém com os direitos reais não se confundem, já que possuem notas características exclusivas, presentes em todos os direitos da personalidade. Nas palavras de ORLANDO GOMES (*Introdução ao direito civil,* 20. ed. rev. atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 115) "*Traços comuns indicam, porém, que constituem categoria à parte das formas tradicionais do Direito Privado, possível não sendo classificá-los entre os direitos pessoais, ou reais. Distinguem-se, realmente, por certos caracteres que em todos se encontram. Os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrominiais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária. Por sua própria natureza, opõem-se erga omnes, implicando dever geral de abstenção*". Ainda a respeito da diferença entre direitos reais e direitos da personalidade GOFFREDO TELLES JÚNIOR, (*Iniciação na ciência do direito,* cit., p. 306), com autoridade afirma: "*Imediatamente uma diferença filosófica se evidencia entre os Direitos da Personalidade e os Direitos Reais. Os Direitos da Personalidade são direitos sobre pura formas. Os Direitos Reais são direitos sobre coisas. Os Direitos de Personalidade são direitos sobre qualidades do ser humano. Os Direitos Reais são direitos sobre bens materiais do ser humano.*"

relativo, oponível tão somente em face da outra parte da relação obrigacional *(inter partes)*[199].

Nesse diapasão, importa esclarecer que a oponibilidade refere-se à eficácia do conteúdo das faculdades de um direito. Desse modo, quando se afirma que um direito é oponível *erga omnes,* significa que o conteúdo das faculdades do direito tem eficácia perante qualquer terceiro, que tem, portanto, o dever específico de não violar esse direito.

Dentro desse contexto, imperioso se faz a remissão à lição de Luciano Camargo de Penteado[200] que alerta para o fato de que "*a oponibilidade erga omnes de uma situação jurídica não implica que o referido direito seja absoluto. Não são conceitos coextensivos. Há direitos relativos oponíveis diante de terceiros, ou seja, há direitos relativos oponíveis erga omnes".*

Com efeito, em algumas hipóteses previstas em lei, um fato jurídico posterior, acaba por ampliar a eficácia dos direitos de crédito, que então, mesmo oriundos de um contrato poderiam ser oponíveis a terceiros não participantes da relação contratual. Ou seja, é conferida a um direito que não absoluto oponibilidade *erga omnes.*

Exemplo típico dessa situação é o previsto nos artigos 8º e 33 da Lei de Locação de Imóveis Urbanos (Lei 8.241/1991). De acordo com o artigo 8º[201], se o imóvel for alienado durante o período de vigência do contrato de locação e o contrato for por prazo determinado, com cláusula de vigência, estando devidamente averbado junto à matrícula do imóvel, o adquirente do imóvel deve respeitar o contrato de locação firmado entre o antigo proprietário e o locatário, não podendo denunciá-lo. Trata-se de um claro caso de oposição de um contrato em face de terceiro (o novo adquirente) que, portanto, deve respeitar seus termos[202].

---

[199]Nas palavras de SILVIO RODRIGUES (*Direito civil*: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 6): "*O direito real consiste numa relação entre a pessoa e a coisa. Daí decorre que seu exercício independe da colaboração de terceiro, ao contrário do que se dá no direito pessoal, em que a colaboração do devedor, espontânea ou forçada, é indispensável para o gozo do direito. O direito real é oponível contra todos, isto é, vale erga omnes, pois representa uma prerrogativa de seu titular, que deve ser respeitada."*

[200]PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas,* cit., p. 100.

[201]Art. 8º. *Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com prazo de 90 (noventa) dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto a matrícula do imóvel.*

[202]A respeito desse artigo e da questão princípio da relatividade dos efeitos contratuais e oponibilidade, oportunos são os comentários de ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR (*Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, p. 109): "*Tecnicamente, o que decorre da cláusula de vigência, pactada no instrumento negocial levado ao registro competente (...), é a oponibilidade da posição jurídica contratual de locatário, no sentido de tornar eficazes, em face de qualquer pessoa (erga omnes), que venha a ser adquirente (em sentido lato) do imóvel urbano, as pretensões, os poderes e as imunidades estritamente pertinentes à parte*

Nessa mesma linha, o artigo 33 da referida Lei de Locação[203] estabelece que o locatário preterido em seu direito de preferência em caso de alienação do imóvel, poderá, depositando o preço do imóvel e demais despesas do ato de transferência, desde que o contrato de locação esteja averbado junto à matrícula do imóvel pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação, haver para si o imóvel. O prazo para requerer o imóvel será de 6 (seis) meses a contar do registro da alienação no Cartório de Imóveis. Verifica-se, portanto, mais uma vez que o locatário tem o poder de elidir direitos do adquirente do imóvel (terceiro no que se refere ao contrato de locação), opondo a ele o contrato de locação firmado com o locador.

Outra situação em que um contrato pode ser oposto em face daqueles que não são partes refere-se ao acordo de acionistas, previsto no artigo 118 da Lei 6.404/76[204]. Os acordos de acionistas podem ser feitos entre controladores da companhia, visando à organização de tal controle, e podem também ser celebrados entre acionistas minoritários, com o objetivo de defender e reforçar sua posição acionária ou, ainda, podem ser elaborados entre acionistas controladores e minoritários, visando solucionar e evitar conflitos futuros[205]. A Lei que rege a matéria estabelece que esses acordos, se averbados nos livros de registro e nos certificados de ações, poderão ser opostos a terceiros.

---

contratual locatária, a qual, por haver no seu núcleo um direito subjetivo de crédito (...) seria em princípio contraponível apenas à pessoa do locador, isto é, relativamente ao figurante, ou aos figurantes, na parte contratual locadora (...). O contrato de locação é de direito das obrigações, e obrigacional é a relação jurídica dele proveniente, de modo que o chamado princípio da relatividade dos efeitos dos contratos obrigacionais circunscreveria a irradiação da eficácia negocial somente às partes, sem que se pudesse, diretamente beneficiar ou prejudicar terceiros, a menos que, em momento oportuno, o beneficiário ou o prejudicado, assentisse, ou consentisse, dadas as circunstâncias do caso (...). Ora, a pactação, por escrito posterior ou concomitante à conclusão do contrato de locação do imóvel urbano, de uma cláusula que garanta ao locatário, a oponibilidade da própria posição jurídica, desde o momento em que tenha sido levada a registro, no ofício imobiliário competente - para constar na folha de matrícula do imóvel locado, antes de ser registrado o instrumento do ato de alienação daquele bem – obvia ao locatário os inconvenientes conaturais ao indicado princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Posta no instrumento do contrato de locação por tempo determinado, ou documentada em escrito posterior mas ainda dentro do prazo programado, a chamada 'cláusula de vigência em caso de alienação' terá eficácia própria à categoria da inoponibilidade, mas o respectivo conteúdo é variável".

[203]Art. 33. *O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.*

[204]Art. 118. *Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. § 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.*

[205]Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito privado.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 54-55.

Assim, por exemplo, se por meio de um acordo de acionistas é estabelecido o direito de preferência de um ou de alguns deles em caso de venda de ações, o titular desse direito pode exercê-lo, ainda que a venda já tenha sido efetuada para terceiro. Mais uma vez, o contrato deixa de produzir efeitos restritamente às suas partes, podendo ser oponível a terceiros que devem respeitar seus termos[206].

Por fim, para não nos alongarmos, segue mais um exemplo em que o contrato supera o princípio da relatividade dos efeitos contratuais e se torna oponível perante terceiros. Trata-se do artigo 1.144 do Código Civil[207], o qual estabelece, no que tange ao estabelecimento empresarial, que o contrato que tenha por objeto sua alienação, usufruto ou arrendamento produzirá efeitos perante terceiros, desde que averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis e publicado na impressa oficial.

A análise de todos esses exemplos demonstra que, em algumas situações, o sistema positivo confere oponibilidade *erga omnes* aos contratos, o que implica a revisão da ideia constante no princípio da relatividade dos efeitos contratuais, isto é, de que o contrato não beneficia nem prejudica terceiros.

Além disso, a verificação dessas hipóteses demonstra que para que ocorra essa mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais é necessário um regime especial de publicidade do direito de crédito para o qual se pretende conferir a oponibilidade.

Importa, contudo, esclarecer que essas não são as únicas situações em que os efeitos de um contrato podem ser opostos a terceiros. Isto é, os casos em que o contrato e o direito de crédito dele decorrentes são oponíveis a terceiros não podem mais ser tratados como mera exceções legalmente expressas ao princípio da relatividade dos efeitos

---

[206]A respeito da oponibilidade do acordo de acionistas a terceiros e do princípio da relatividade dos efeitos contratuais esclarece FÁBIO KONDER COMPARATO, (Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações, cit., p. 58): "*O princípio tradicional em Direito é que as relações contratuais só produzem efeitos para as partes no contrato, salvo os casos expressamente regulados de modo diverso na lei. O Código Civil brasileiro nem chega a mencioná-lo, tão axiomático pareceu ao legislador. Mas o princípio refere-se aos efeitos diretos da relação obrigacional, ou seja, à titularidade dos direitos e deveres que dizem respeito à prestação. Credoras e devedoras são só as partes do contrato. Sucede que um contrato pode, também, produzir efeitos reflexos em relação a alguns terceiros, os quais, embora não sendo titulares de direitos e deveres quanto às prestações contratuais, vêem, não obstante, o contrato ingressar em sua esfera jurídica própria, como fato que deve ser respeitado. A produção desses efeitos reflexos, em matéria obrigacional, liga-se aos regimes da publicidade ou das notificações*".

[207]Art. 1.144. *O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis e de publicado na imprensa oficial.*

contratuais[208], até porque não se tratam de exceções ao princípio, mas sim da necessidade de uma nova compreensão para o seu sentido.

A afirmação de que os efeitos de um contrato podem ser opostos a terceiros, não sendo mais a oponibilidade um critério definitivo para a distinção entre direitos reais e direitos relativos, deve-se ao enraizamento no terreno contratual dos princípios da função social, haja vista o seu valor social, e da boa-fé objetiva, que não permitem mais que o contrato seja visto como algo independente e totalmente isolado da sociedade. Nas palavras de Jean Louis-Goutal[209] "*le contrat, aux yeux de tous, existe; Il occupe l'espace juridique comme un corps occupe l'espace physique: personne ne peut ignorer son existence*"[210].

Como vimos, o valor social do contrato e a atribuição de sentido para a função social do contrato partem da ideia de que o contrato deve ser visto como um fato social, sendo causa, portanto, de situações jurídicas novas que se constituem e se solidificam na sociedade e que, então, devem ser respeitadas por todos, sob pena de se violar os princípios da solidariedade e da justiça social, dos quais a função social é instrumento.

Assim, torna-se evidente que, para além de um efeito interno, consistente na criação de direitos e deveres entre as partes, o contrato também produz efeitos externos[211], reconhecidos pela função social do contrato, impondo a todos pelo menos que considerem a sua existência e que o respeitem como instrumento da dignidade da pessoa humana, do solidarismo e da construção de uma ordem econômica mais justa.

---

[208]Nesse ponto, já podemos adiantar a interessante conclusão de JEAN-LOUIS GOUTAL (*Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat,* cit., p. 41), em que afirma, após expor as diversas formas de oponibilidade do contrato (oponibilidade do contrato a terceiros pelas partes; oponibilidade do contrato as partes por terceiros e a oponibilidade do contrato a terceiros por terceiros): "*Il résulte des développements que le contrat est opposable du seul fait se son existence, que l'opposalité est le príncipe el l'inopposabilité l'exception*"

[209]GOUTAL, Jean-Louis. *Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat,* cit., p. 33.

[210] Em tradução livre, lê-se que o contrato, como todos podem ver, exite, ele ocupa um espaço jurídico como um corpo ocupa um espaço físico: as pessoas não podem ignorar a sua existência.

[211]A respeito dos efeitos externos e internos do contrato a autorizada visão de MANUEL J. G. SALVADOR, (*Terceiros e os efeitos dos actos ou contratos: a boa-fé nos contratos.* Lisboa, 1962. p. 16) esclarece que: "*Quanto aos direitos e obrigações que emergem do contrato, efeitos internos, pode o terceiro efectivamente aduzir que não lhe dizem respeito, que são res inter alios, ou que, quanto a eles, é terceiro, como frequentemente se diz, dada a primeira regra da relatividade das convenções acima referida, precisamente porque não foi parte (ou herdeiro) nesse contrato. Mas, como no tocante ao aspecto externo, o acto ou contrato tem de ser tomado em consideração dado que, existindo, produz efeitos erga omnes, o que dizer-se terceiro, o declarar que é res inter alios acta, já não basta para se ficar imune a tais efeitos; preciso é mais que alguma coisa concorra no terceiro (sentido amplo) para que o acto não o afecte, afectação que pode consistir no simples respeito pelo acto até ao sacrifício dum direito que tenha(...)*"

Evidentemente o contrato só poderá atingir a sua função social, se o restante da sociedade colaborar também para esse fim, isto é, se não atuar de modo indiferente à sua existência nem com condutas que impeçam a sua completa consecução.

Paralelamente às diretrizes impostas pela função social do contrato, pela boa-fé e pela visão do contrato como um "caldo axiológico" a justificar a sua oponibilidade, a importância do crédito na sociedade atual fez com que passasse a haver uma preocupação cada vez maior com a sua proteção. Com efeito, o surgimento de grandes operações econômicas, a desmaterialização e despersonalização do comércio fizeram com que o crédito se tornasse tão valorizado quanto a propriedade. Sua existência e importância social são inegáveis, sendo ele visto cada vez mais como integrante do patrimônio individual, numa clara oposição ao período liberal em que a medida e fonte de circulação de riqueza eram somente a propriedade[212]. Desse modo, em nossa atual realidade, o crédito deve ser visto como valor ativo do patrimônio do credor e como tal deve ser respeitado por todos.

Assim, atualmente, afirmar que o direito de crédito, por ser em sua essência um direito relativo, não pode ser oponível a terceiros, é um conceitualismo exacerbado, desvinculado da realidade.

A importância do direito de crédito para a sociedade e as diversas situações que o envolvem demonstram que ele pode ser violado por um terceiro, seja porque o terceiro tem interesse em prejudicar o credor original, seja simplesmente porque age contrário aos ditames da boa-fé e função social do contrato, sem ter necessariamente a intenção de lesar outrem.

---

[212]Essa evolução entre propriedade e contrato como medida de riqueza é de maneira clara exposta por ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR (*Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, cit., p. 7-8). Confira-se: "*E não somente como instrumento jurídico de mera circulação de riqueza funciona o contrato. Na medida em que, por seu intermédio, se amplia o processo de mobilização e desmaterialização dos bens econômicos, o contrato transformou-se em fonte de criação de riqueza e desse modo subtraiu ao direito de propriedade a sua supremacia dentre os instrumentos de geração, controle e gestão de riqueza O desenvolvimento econômico deslocou desse modo a ênfase no aspecto estático, de utilização e fruição imediatas, quase físicas, dos bens, para o aspecto dinâmico da atividade de organização dos fatores produtivos para empregá-los em operações de fabrico de produtos e em prestação de serviços a serem ofertados e trocados no mercado. A importância crescente da fase dinâmica, da atividade concreta em face da abstrata e estática posição dominial sobre os bens, encontra a sua exata correlação no papel central exercido hoje no interior do ordenamento pelo conceito jurídico de empresa (...) predominantemente concebida como o exercício profissional de uma atividade econômica organizada com a finalidade de produzir, fazer circular e trocar bens ou serviços em mercado. No presente, o circuito econômico (produção, circulação, consumo) é impulsionado e determinado pela empresa, não mais pela propriedade. Sendo o contrato um instrumento indispensável para o desenvolvimento eficiente e lucrativo de toda e qualquer atividade econômica profissionalmente organizada, ele se tornou por excelência o mecanismo funcional e instrumental da empresa*".

Evidentemente, o Direito estando em função da sociedade, não pode ignorar esse fato e não pode tolerar que um direito seja violado, sem impor conseqüências à conduta do violador, simplesmente porque, conceitualmente, o crédito seria inoponível a terceiros ou, agora nos referindo estritamente ao campo contratual, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais imporia que o inadimplemento de uma obrigação fosse resolvido exclusivamente entre as partes.

O crédito como qualquer direito subjetivo pode ser oponível a terceiros, na medida em que essa oponibilidade significa a possibilidade desse direito "*poder ser oposto aos outros, por modo a demarcar-lhes um limite à sua liberdade de agir. Opor o direito é afirmá-lo, enquanto tal, perante os outros, é poder exigir dos outros que o respeitem. A oponibilidade é, assim, uma manifestação da eficácia do direito subjectivo em relação aos outros. De princípio o dever geral de respeito é, pois, imanente a qualquer direito subjectivo, não excluído o direito de crédito*"[213].

Esse limite à liberdade de agir do outro que a oponibilidade traz é imposto, no campo contratual , pela função social do contrato que limita a liberdade de contratar, a qual deve ser exercida em consonância com um interesse juridicamente valorável a ser protegido pelo Direito.

Esta questão da oponibilidade do direito de crédito em face de terceiros foi adequadamente levantada pela doutrina francesa, a qual, conforme notado por Antônio Junqueira de Azevedo[214] distingue com muita precisão os termos *relativité* (relatividade dos efeitos) e *opossabilité* (oponibilidade dos efeitos)[215].

---

[213]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 464. Nesta mesma linha de raciocínio, podemos citar PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*: parte especial, cit., v. 26, p. 272), que afirma: "*O que é verdade é que o crédito é direito, e pode haver ato ilícito consistente em incursão nele, como há o ato ilícito por incursão no direito de propriedade (Código Civil, art. 159, verbis 'violar direito ou causar prejuízo a outrem'). Não se precisa chegar a equiparação, aí, do direito pessoal ao real.*"

[214]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual, cit., p. 142. E. SANTOS JR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 315-316), com razão, lembra que, para além de precisa, esta distinção entre oponibilidade e relatividade dos efeitos é construção da doutrina francesa, a qual, segundo o Autor, adota esta construção há mais de meio século e segue-a até hoje de forma uniforme e constante. Tal fato será demonstrado por nós no decorrer do texto analisarmos a obra de Alex Weil.

[215]O preciosismo da distinção francesa também foi notado por JUDITH MARTINS-COSTA (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 55-56, maio, 2005) que pondera: "*A jurisprudência francesa realizou há mais de meio século, um laborioso trabalho de distinção entre a relatividade dos contratos e sua oponibilidade, superando a letra do art. 1.165 do Code que consagra expressamente o princípio da relatividade. Essa distinção deriva de decisão de 22.06.1864 da Cour de Cassation. Desde então se distingue entre a força obrigatória (relatividade) que vale só entre as partes, e a oponibilidade que vale na relação com terceiros*".

Nesse sentido, merece destaque a tese de doutoramento de Alex Weil, *La relativité des conventions en droit privé français*[216], publicada em 1939, considerado o primeiro trabalho que distinguiu os dois termos[217].

Em sua tese, o jurista defende que a obrigação já não tem o mesmo caráter romano, constituindo-se num vínculo essencialmente pessoal entre credor e devedor. Na atualidade, a obrigação constitui-se como um elemento do próprio patrimônio do credor, da mesma forma que a propriedade. Assim, o contrato, gerador de obrigações, tem a mesma importância e valor que a propriedade, não fazendo qualquer sentido que esta seja protegida face a terceiros, enquanto aquele não[218]. É incoerente e ilógica a existência de um direito (qual seja, o direito do credor de ter a obrigação cumprida) que não precisa ser respeitado por outrem. Weil defendia que se assim fosse a anarquia sucederia o reino da lei[219].

Entretanto, o jurista salienta que o dever de terceiros de se absterem de intervir em contrato alheio não fere a interpretação correta do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Este tão somente deve significar que um contrato só pode criar obrigação ou direito a cargo de um dos contratantes, o que não significa que o contrato deva ser ignorado por terceiros[220]. Ao contrário, na mesma medida em que os terceiros não têm a

---

[216]WEILL, Alex. *La relativité des conventions em droit prive français.* Paris: Librairie Dalloz, 1939.

[217]Contemporaneamente ao trabalho de WEIL, SIMONE CALASTRENG publicou também sua dissertação de doutoramento, *La relativité des conventions*: étude de l'article 1165 du Code Civil, Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1939, na qual trata do mesmo tema. A jurista em nota aposta no final de sua obra, p. 416, afirma que sua tese já se encontrava em curso de impressão quando teve conhecimento da tese de Alex Weil, em textual: "*Notre ouvrage était en cours d´impression lorsque nous avons connu la trés importante thèse de M. Weill*".

[218]Confira-se, em suas palavras (WEILL, Alex. *La relativité des conventions em droit prive français,* cit., p. 417), a linha de racíocinio do jurista: "*On sait que l´obligation était jadis conçue comme um droit essentiellement personnel entre le créancier et le débiteur caracterisé notamment par son intransmissibilité active et passive. Mais cette notion étroite ne résita pas à la pression des exigencies économiques. "On dut s'apercevoir au bout d´un certain temps que la créance est un element actif du patrimoine comme la proprieté, qu´elle devrait logiquement pouvoir faire lóbjet des memes operations économiques". On n´a généralement souligné cette evolution que dans le domaine du transfert des droits; mais elle s´est encore manifesteé dans d´autres domains, en particulier dans le celui de la protection des droits: pourquoi le droit de créance ne serait-il pas protégé comme le droit reel contre les atteintes des tiers, puisqu´ils constituent tous deux des valeurs patrimoniales?"*

[219]Seguem suas ilustradoras ponderações (*La relativité des conventions em droit prive français,* cit., p. 420): "*Il y a à cet égard un rapprochement saisissant entre le contrat et le droit de proprieté: tous deux doivent être respectés par les tiers, un droit que seul le contractant devrait respecter et que les tiers pourraient méconnaître impunément n´aurait absolument aucune valeur; il n´y aurait absolument aucune valeur; il n´y aurait plus de relations socials ni juridiques possible; l´anarchie succèderait au règne de la loi*".

[220]A respeito dessa distinção e da interpretação correta do princípio da relatividade dos efeitos contratuais WEILL com autoridade afirma no capítulo destinado a conclusão de sua obra (*La relativité des conventions en droit prive français,* cit., p. 1008): "*nous avons vu que l´article 1165 rigoureusement interprété signifiait que les conventions ne peuvent ni créer une obligation à la charge d´um tiers ni lui conférer um droit. De ce que l´effet d´un contrat ne peut dépasser le cercle des parties contractantes, Il ne faut pas déduire le príncipe que la source de cet effet, le contrat lui-même, n´existe pas au dehors: aussi nous sommes-nous*

obrigação de indagar se aquele com quem irão contratar está ou não vinculado a outro contrato, devem, se tiverem conhecimento da sua existência[221], respeitar o contrato de outrem, sob pena de responsabilidade nos temos do artigo 1.382[222] do Código Civil Francês. Dessa forma, a responsabilidade do terceiro não seria uma exceção ao princípio da relatividade, mas consequência da oponibilidade. Weil conclui, portanto, que a relatividade, prevista no artigo 1.165 do Código Civil Francês, não exclui a oponibilidade que significa que um contrato pode ser oposto a terceiro ou que este pode invocá-lo, distinguindo de forma criteriosa os dois termos[223].

Com efeito, o fato de se afirmar que o contrato é oponível a terceiros não quer dizer que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais tenha encontrado uma exceção tão grande à sua ideia inicial (já que todos os contratos podem ser oponíveis a terceiros) que o faça perder todo o seu significado.

Na verdade, o reconhecimento da oponibilidade do contrato, que a função social traz como consequência, implica uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos.

Toda a exposição acerca dos valores do contrato (valor liberdade, valor social e valor econômico), bem como dos princípios contratuais sociais faz com que admitamos que ele tem efeitos externos ao vínculo que são regidos pela ideia de oponibilidade[224]. Além desses efeitos externos, evidentemente, o contrato, como negócio jurídico que é,

---

attaché à distinguer l´effet obligatoire des conventions d´avec leur opposabilité. C´est ainsi que nous avons dégagé la notion du contrat envisagé en tant que fait social, fait juridique, et que nous em avons signalé les multiples aplications".

[221]WEILL analisa a partir da página 435 de sua obra quais o resquisitos necessários para a responsabilidade do terceiro cúmplice do inadimplemento contratual, respondendo as seguintes perguntas: *"en quoi consiste exactement la faute du tiers? la simple connaissance, par le tiers, de l´obligation contractuelle le constituet-elle de mauvaise foi? Ou bien faut-il être plus strict et exiger un concert frauduleux entre le tiers et le débiteur contractual en vue de léser de créancier?"*

[222]"*Tout fait quelconque de l´homme qui cause à autri un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer"*

[223]Posteriormente a obra de ALEX WEIL, uma série de outros estudos, na França, se dedicaram ao tema inclusives alguns já citados aqui nesse trabalho, destacando-se as obras de GOUTAL, Jean-Louis. *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat,* cit.; DUCLOS, José. *L'opposabilité*: essai d'une théorie générale. Paris: LGDJ, 1984 e GHESTIN, Jacques. *Le effets du contrat.* Paris, LGDJ, 1994.

[224]A respeito do reconhecimento da oponibilidade dos contratos, SIMONE CALASTRENG (*La relativité des conventions*: étude de l'article 1165 du Code Civil, cit., p. 353) afirma que negar a sua existência é ir contra, inclusive, a própria razão. São suas palavras: "*Du moment où le législateur permet aux particuliers de faire des conventions (article 1134), Il doit exiger que tous lês respectent. Il ne peut, à moins de contradiction insensée, reconnaître que la convention existe vis-à-vis de lui-même et des parties et demeure inexistante à l´egard des tiers. Cette discrimination est normalement impossible. Il ne peut y avoir à la fois existence et non existence et puisque l´article 1134 admet la convention, elle doit s´imposer à tous: tout individu doit reconnaître le cas échéant qu´il y a vie et l´honorer. L´essence même de la vie est d´être un fait évident et absolu; le législateur ne peut donc systématiquement à la fois la donner et la declarer inopposable, il y aurait incompatibilité. Elle ne peut être endiguée dans d´étroites bornes, elle s´échappe, elle déborde, elle est: vis-à-vis de tous; et si elle est juste, elle doit demeurer: elle doit être respectée par tous. La logique veut done que la contrat reconnu valuable soit opposable à tous".*

produz efeitos internos. Aliás, esse é o principal objetivo das partes, e é nessa seara que o princípio da relatividade continua a agir, no sentido de que somente as partes contratantes podem se constituir em credores e devedores entre si. Assim sendo, um terceiro jamais se tornará devedor por um vínculo contratual alheio[225].

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais impede que as obrigações contratuais sejam exigidas de terceiros, enquanto que a oponibilidade impede que terceiros influam na dinâmica contratual, de modo a dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação[226].

Nesse mesmo sentido é a lição de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[227] que destacam "*pero una cosa es que el contrato no pueda crear derechos u obligaciones para terceros sin su consentimiento, y otra distinta que estos terceros tegan que contar com él y com sus efectos. Los contratos que se van realizando se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos anteriores, esto es um hecho cierto y verificable siempre. Con razón decía Ihering que todo negocio jurídico produce um efecto reflejo para los terceros porque, al igual que ocorre en el mundo físico, todo hecho no se puede en el mundo jurídico, sino que se relaciona com su entramado. La eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros se manifiesta ante todo em el deber de respeto de la situación jurídica que crea, que les obliga, si lo conocen, a non celebrar con alguna de las partes outro contrato incompatible con el anterior para impedir su cumplimiento o frustar el interes del otro contratante*"[228].

---

[225]Nesse mesmo sentido, CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGI (De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du príncipe de l'effet relatif, cit., p. 276): "*La théorie générale du contrat ne peut demeurer insensible à cette évolution qu'elle doit à la fois pouvoir intégrer et guider en évoluant et s'ouvrant aux transformations du contrat. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la signification du principe de l'effet relatif du contrat demeure inchangée telle qu'elle est exprimée dans la formule de l'article 1165 du code civil : le contrat ne peut ni nuire ni profiter au tiers ; encore convient-il de définir juridiquement et techniquement le sens de ces termes : la formule ne s'entend pas au sens courant ; elle ne signifie pas que le contrat tic puisse pas avoir des répercussions, favorables ou défavorables, pour les tiers (la précision est importante notamment pour les créanciers chirographaires des par-ties, cf infra n" 35). En tant que fait, il leur est opposable. ils ne peuvent donc pas l'ignorer. La formule de l'article 1165 s'entend dans un sens juridique et technique le contrat ne peut pas rendre les tiers créanciers ou débiteurs en créant des obliga-tions à leur profit ou à leur charge*".

[226]JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito civil*: teoria geral: relações e rituações jurídicas, cit., p. 74) resume bem tal afirmação ao ponderar que "*o terceiro pode violar a obrigação, mas não a pode incumprir. O cumprimento continuar a assentar na prestação do devedor*". Ou seja, é possível o direito de crédito ser violado por um terceiro, que é o que a ideia de oponibilidade visa impedir, mas não é possível que um terceiro se torne devedor de uma obrigação, afirmando-se que ele é quem a incumpriu.

[227]DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil.* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. v. 2, p. 86.

[228]Em tradução livre, lê-se que uma coisa é que o contrato não pode criar direitos ou obrigações para terceiros sem seu consentimento; outra distinta é que estes terceiros tenham que contar com seus efeitos. Os contrados que vão se realizando se baseiam em situações jurídicas criadas por outros contratos anteriores, é um fato certo e verificado sempre. Com razão dizia Ihering que todo negocio jurídico produz um efeito

Ou seja, mais uma vez se afirma a ideia de que o fato do contrato não criar direitos e obrigações para terceiros sem o seu consentimento, não significa que eles possam ignorar a sua existência e a produção de seus efeitos.

Na doutrina italiana, C. Massimo Bianca[229] trata a relatividade e a oponibilidade dos efeitos contratuais fazendo a distinção entre eficácia direta do contrato e eficácia reflexa. Assim, ensina que *"la regola della relatività del contratto (...) riguarda l´efficacia diretta del contratto: essa è intesa a stabilire chi sono i destinatari degli effetti prodotti dal contratto e, come si è visto, tali destinatari sono le parti, e possono anche essere i terzi quando si tratta di effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiuto. Tale regola non riguarda invence l´efficacia riflessa del contratto. Il significato dell´efficacia riflessa del contratto si specifica precisamente nella rilevanza esterna del contratto quale pressuposto di posizioni giuridiche riguardanti i terzi, e nella opponibilità del contrato in conflitto con i terzi. La rilevanza esterna del contratto si manifesta anzitutto nella tutela dei diritti contrattuali Nei confronti della generalità dei consociati (erga omnes). A questo riguardo ocorre considerare che Il contratto tende a creare, modificare o estinguere posizioni giuridiche che, pur non incidendo sulla sfera giuridica dei terzi, devono essere rispettatte dalla generalità dei consociati secondo Il principio del rispetto dei diritti altrui"*[230]

É nesse sentido e dentro desse contexto que deve ser interpretado o Enunciado n.º 21 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, à qual já fizemos menção, que assim dispõe: "*a função social do contrato, prevista no artigo 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"*.

---

reflexo para os terceiros porque, assim como ocorre no mundo físico, todo fato do mundo jurídico se relaciona com seu entramanhado. A eficácia indireta, relexa ou mediata do contrato para os terceiros se manifesta diante de todo dever de respeito que a situação jurídica cria, que os obriga, se o conhecerem, a não celebrar com alguma das partes outro contrato incompatível com o anterior para impedir seu cumprimento ou frustrar o interesse do outro contratante.

[229]BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: il contratto. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3. p. 572-573.

[230]Em tradução livre lê-se que a regra da relatividade do contrato diz respeito à eficácia direta do contrato: essa pretende estabelecer quem são os destinatários dos efeitos produzidos do contrato, e como é visto, tal destinatário é a parte, e pode também ser um terceiro quando se trata de efeitos favoráveis , salvo a faculdade de recusa. Tal regra não diz respeito à eficácia reflexa do contrato. O significado da eficácia reflexa do contrato se especifica precisamente na relevância externa do contrato, como pressuposto de posições jurídicas sobre o terceiro e na oponibilidade do contrato em conflito com o terceiro. A relevância externa do contrato se manifesta primeiro na tutela do direito contratual com oposição *erga omnes.* A este respeito deve se considerar que o contrato tende a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, que mesmo não envolvendo o direito de terceiros, faz com eles devam respeitar a situação jurídica criada, de acordo com o princípio de respeito ao direito dos outros.

A revisão que o enunciado impõe consiste justamente em não mais se admitir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais como um mandamento absoluto. Deve-se admitir que o contrato não aproveita nem beneficia terceiros, estritamente no seu âmbito interno, já que não cria deveres para aqueles que estão alheios ao vínculo. Com relação ao seu âmbito externo, como vimos, a regra é a oponibilidade derivada dos valores do contrato e seus princípios, sobretudo a função social do contrato que acaba por tutelar o direito de crédito.

Importante observar ainda que na mesma medida em que a função social determina o dever de terceiros de respeitar a existência do contrato, não interferindo nele negativamente, ela também impõe o dever das partes do contrato de não interferir negativamente no direito de terceiros, causando-lhe danos. Ou seja, a interação entre meio interno e meio externo ao contrato promovida pela função social tem como conseqüênciaconsequência um dever de respeito recíproco: da mesma forma que o terceiro não pode induzir o inadimplemento contratual, as partes não podem alegar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais para causar danos a outrem e ficar isentas de responsabilidade.

Trata-se das figuras do terceiro cúmplice do inadimplemento contratual e do terceiro vítima desse inadimplemento, que trataremos a seguir.

4.3. O terceiro prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual (terceiro vítima)

Como demonstrado até aqui, o contrato é um fato social integrante do elo da cadeia econômica. Assim, seus efeitos podem trazer tanto benefícios para toda a sociedade, quando, por exemplo, geram e transmitem riquezas, quanto prejuízos se sua função social e econômica não forem adequadamente cumpridas. Esses prejuízos podem atingir tanto a sociedade como um todo, como também determinados terceiros.

Nesta última hipótese, tem-se a figura do terceiro vítima, ou seja, aquele que sofre um dano decorrente do inadimplemento de uma obrigação. Nesta situação, o terceiro pode opor a existência de um contrato para salvaguardar direito seu.

Na França, para explicar situações como essas, em que um indivíduo alheio a um vínculo contratual original é prejudicado pelo inadimplemento deste contrato, Mireille Bacache-Gibeili desenvolveu em sua tese, *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*[231], a teoria dos grupos de contratos. Estes correspondem a uma série de contratos inter-relacionados, de tal modo que a execução de um não interesse somente ao seu co-contratante, mas também à parte de outro contrato que contenha obrigação idêntica. Assim, o cumprimento do primeiro contrato produzirá tanto efeitos sobre o próprio como também sobre o segundo contrato a ele ligado[232].

A autora francesa defende que sempre que o objetivo for a preservação da segurança das relações jurídicas e da previsibilidade das mesmas, o efeito dos contratos deve ser estendido a quem não for parte deles. A partir dessa ideia, a autora altera o conceito de parte distanciando-se daquele ligado à ideia de consentimento e vontade. Assim sendo, parte deixaria de ser aquela que por sua vontade consente com a formação contratual, e terceiros deixariam de ser aqueles que não consentem e não participam da formação do vínculo. Para Bacache-Gibelli partes são os participantes do mesmo grupo de contratos e não necessariamente aqueles que diretamente celebram um contrato do referido grupo[233].

Tal situação, contudo, fugiria do que pretendemos mostrar aqui, pois se estendermos o conceito de parte, como propõe a jurista, a indenização em favor de terceiro por contrato prejudicial à sua esfera jurídica seria resolvida dentro do próprio âmbito contratual, uma vez que o terceiro seria também considerado parte do contrato[234].

---

[231]BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats.* Paris: LGDJ, 1996.

[232]Em suas palavras (*La relativité des conventions et les groupes de contrats,* cit., p. 258): *"L´execution de la prestation mise à la charge du débiteur va correspondre aux prévisions non seulement de son cocontractant, mais aussi de la personne partie à um contrat contenant une obligation identique. Par conséquent, le contrat du debiteur devra produire um effet à l'egard de cette dernière dans le but de renforcer le respect de sés prévisions".*

[233]Em suas palavras (*La relativité des conventions et les groupes de contrats,* cit., p. 262): "*Sont 'parties' tous ceux qui sont concenés par le contrat comme instrument de respect des prévisions et de réalization de la justice commutative, c'est-à-dire non seulement les cocontractants mais les participants au même groupe de contrats".*

[234]Ideia parecida é a de LARROUMET, autor citado por RICARDO LORENZETTI (Redes contracuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 29, out./dez. 1998): "*...siempre que el contrato entre A y B há hecho necessária la celebración de um contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C como consecuencia de um incumplimento de la obligación contraida por A hacia B devera ser reparada. De este modo, C tiene uma acción contra B y contra A. La tesis más avanzada em este sentido sostiente que quien integra un grupo de contratos no es um tercero y por ello puede tener uma acción contractual".*

Nossa intenção neste tópico é demonstrar que em algumas situações determinados indivíduos podem ser prejudicados por um inadimplemento contratual, mesmo sendo considerados terceiros em relação ao contrato, e podem invocar o contrato para resguardar os seus direitos. Ou seja, afasta-se do dogma de que um contrato e seus efeitos não podem prejudicar terceiros.

No Direito Brasileiro, um primeiro exemplo desta nova visão do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, é o próprio Código de Defesa do Consumidor.

É certo que em economias menos desenvolvidas os aspectos negativos de se interpretar de forma absoluta o princípio da relatividade dos efeitos contratuais no âmbito das relações de consumo são pouco notados, visto que, muitas vezes, o consumidor compra diretamente o bem do produtor, não havendo maiores discussões sobre a possivilidade do consumidor entrar com uma ação em face do produtor em caso de eventual dano sofrido.

Ocorre que consequência do desenvolvimento econômico é o próprio desenvolvimento de um moderno sistema de rede de distribuição, que se iniciou com a Revolução Industrial. Não é da natureza destas redes o contato direto entre fabricante e consumidor, o que ocorre apenas em situações excepcionais. Com efeito, em regra, a relação contratual é formada entre consumidor e comerciante.

Assim sendo, de acordo com a lógica da premissa *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest,* em caso de vício ou defeito do produto, caberia ao consumidor pleitear eventual direito à indenização junto ao comerciante. No entanto, como é de conhecimento geral, de acordo com os ditames da lei consumeirista, todos os fornecedores são responsáveis pelos vícios encontrados nos produtos (artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor), bem como, nos casos de fato do produto, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pela reparação do dano (artigo 12). A responsabilidade do comerciante, neste último caso, fica restrita a algumas hipóteses específicas previstas no artigo 13 do Código em tela[235].

Com efeito, a partir da leitura destes dispositivos, verifica-se que o diploma considera o fabricante responsável mesmo diante do fato deste não ter celebrado qualquer

---

[235]Art. 13. *O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados*; II - *o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador*; III - *não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação o na causação o do evento danoso.*

contrato com o consumidor e sim com o comerciante, que é por quem, geralmente, se introduz determinado produto no mercado.

É certo que para a análise desta situação, normalmente, como bem observa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino[236], dá-se maior ênfase à superação do princípio da culpa, à responsabilidade objetiva e à teoria do risco. No entanto, ainda consoante o mestre sul-riograndense, para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade por danos de fato de consumo foi necessário, inicialmente, superar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais[237]. É sobre este enfoque que se propõe a análise do Código de Defesa do Consumidor, neste momento.

Mário Aguiar Moura[238] observa que *"se fosse mantida a intangibilidade histórica do princípio da relatividade, o fabricante, produtor, importador e construtor estariam fora da ação do consumidor fundada nos acidentes de consumo causadores de danos decorrentes do defeito ou vício do produto por este adquirido do comerciante, posto que este estaria jungindo a manejar a invocação da responsabilidade perante o comerciante, seu parceiro na relação comercial"*[239].

A quebra da relatividade dos efeitos relativos do contrato é ainda maior quando o Código de Defesa do Consumidor estabelece que terceiros que não consumidores, vítimas

---

[236]SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

[237]Tanto é assim que ORLANDO GOMES, ao tratar da responsabilidade civil do fabricante (Responsabilidade civil do fabricante. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 9, p. 13, abr./jun. 1985) afirma que "*o problema da responsabilidade do fabricante consiste em saber se deve responder pelos danos causados por um produto defeituoso, de sua fabricação, a terceiros a que não esteja vinculado por uma relação contratual, e, no caso afirmativo, qual é o fundamento e a medida desta responsabilidade"*. Mais a frente (Responsabilidade civil do fabricante, cit., p. 16) ao concluir pela responsabilidade do fabricante, ORLANDO GOMES fala justamente da necessidade de se remover um obstáculo: "*a inexistência de vínculo contratual entre ele e o consumidor. Como se sabe, o produto fabricado chega ao consumidor através de um ou de sucessivos intermediários. São estes que o colocam no mercado por meio da operação jurídica da venda. Seria, por conseguinte, contra o vendedor que o consumidor se deveria voltar ao comprar coisa defeituosa pois é com este que contrata. O fabricante é terceiro em relação a essa venda. No sistema civilistico dominante, o contrato é res inter alios acta; sua eficácia restrita as partes, um dos dogmas do direito das obrigações"*. Ou seja, apesar de hoje em dia entender-se com facilidade que a responsabilidade civil do fabricante, além do próprio Código de Defesa do Consumidor, poder ser fundamentada também, dependendo do caso, no artigo 927 ou 931 do Código Civil, o que se demonstra com as afirmações no jurista baiano é que para a construção da teoria da responsabilidade civil do fabricante foi necessário também superar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais e sua interpretação absoluta.

[238]MOURA, Mário Aguiar. Ruptura do princípio da relatividade dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 16, p. 366, ago. 1992.

[239]A superação dos efeitos do contrato estritamente às partes também é notada por GUSTAVO TEPEDINO (A responsabilidade civil por acidente de consumo. In: _____. *Temas de direito civil,* cit., p. 288) ao afirmar, fazendo referência ao Código de Defesa do Consumidor, que "*O Código, mais uma vez, superou a relação contratual firmada entre o consumidor e o comerciante, alcançando como obrigados principais, os fornecedores do produto, verdadeiros introdutores do risco no mercado, na difusa expressão doutrinária"*.

de acidente de consumo, também podem responsabilizar o produtor, se equiparando aos consumidores[240]. Trata-se da figura dos *bystanders*.

Conforme ensina Cláudia Lima Marques referindo-se aos *bystanders*, "*é exemplo do espírito protetivo do Código de Defesa do Consumidor incluir grande número de pessoas que 'gravitavam' ao redor dos contratos e relações de consumo, sendo afetados por eles, sem ter um status contratual ou um vínculo obrigacional que os pudesse proteger até agora"*[241]. Nesse diapasão, complementa a jurista "*no sistema do Código de Defesa do Consumidor, a eficácia contratual é maior, pois nascem direitos em terceiros, consumidores equiparados e nascem deveres para os fornecedores frente a 'terceiros' consumidores equiparados"*[242].

Assim sendo, tanto no caso do consumidor quanto no caso da vítima do acidente de consumo, temos novamente a situação de um terceiro fundamentando sua pretensão num contrato do qual não faça parte.

Certo é que para justificar essas situações, a doutrina se utiliza de algumas construções teóricas, as quais, muito bem embasadas, não são suficientes para elidir a constatação de que o Código de Defesa do Consumidor foi um importante instrumento para a mitigação dos princípios dos efeitos relativos do contrato.

---

[240]A figura do *bystander,* que como lembra CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY (*A função social do contrato*: os novos princípios contratuais*,* cit., p. 147) foi desenvolvida, no direito norte-americano, após o julgamento do caso McPherson vs. Buick Motor Co. em 1911. Resumidamente, neste caso, o Autor da ação adquiriu um veículo, mas sofreu um acidente porque uma das rodas se partiu. Diante disso, a ação foi proposta diretamente em face do fabricante do pneu e não contra o revendedor, o que, evidentemente, foi objeto de defesa. No entanto, tal argumento foi refutado, sobre a afirmação de que sobre o produtor haveria um dever de diligência para com o público. JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1999. p. 294-296) trata também da importância deste precedente norte-americana para a superação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais no âmbito do Direito do Consumidor.

[241]MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos no consumidor na sociedade pós-moderna de serviços. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 92, jul./set. 2000.

[242]MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos no consumidor na sociedade pós-moderna de serviços, cit., p. 94. Essa possibilidade de se responsabilizar o fabricante independente de relação contratual direta com o consumidor ou terceiro, com a conseqüente consequente expansão dos efeitos de um contrato é tratado por JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (*Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 115), como uma supressão de falha do sistema jurídico pelo Código de Defesa do Consumidor. São suas palavras: "*Assim, é preciso, antes de mais nada, lembrar que o Código de Defesa do Consumidor veio suprir uma falha em nosso sistema, tornando o fabricante diretamente responsável independente de qualquer relação contratual. Já não se trata mais de recorrer às soluções de devolução, conserto, abatimento de preço da mercadoria. Estas hipóteses estão definidas na proteção contratual do consumidor"*.

Cláudia Lima Marques[243] entende que o Código Consumeirista, ao tratar dos consumidores por equiparação, os eleva à condição de parte do contrato, permitindo que, na expressão da autora, este "ex-terceiro" usufrua de direitos e garantias contratuais.

Além disso, não se deixa de reconhecer aqui, que estas hipóteses podem ser tratadas no campo da responsabilidade extracontratual[244]. No entanto, como lembra Cláudio Luiz Bueno de Godoy[245] "*ao menos se se cuidar de acidente de consumo, acrescenta-se de toda maneira será sempre o contrato, pressuposto para o exercício da garantia legal já referida, se projetando para o exterior, ainda de modo a forjar a existência de deveres legais, senão dele diretamente decorrentes, decerto que com ele relacionados, sem dúvida como resultado evidente de sua inserção social, de sua eficácia social.*"

Ou seja, mesmo se trate das hipóteses acima mencionadas como casos de responsabilidade contratual ou extracontratual[246], há de se reconhecer que para embasar

---

[243]MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos no consumidor na sociedade pós-moderna de serviços, cit., p. 91. Nas palavras da jurista (cit., p. 93): "*Código de Defesa do Consumidor criou novos direitos para estes ex-terceiros, agora consumidores, impôs um patamar de boa-fé, qualidade e segurança nos serviços e produtos oferecidos no mercado, patamar que atinge todos os consumidores indistintamente, tanto se 'contratam' os serviços, se os 'utilizam' diretamente, se neles 'intervêm' ou se são apenas 'expostos' a eles*".

[244]JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (*Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, cit., 117), aliás, ao tratar da evolução da jurisprudência acerca da responsabilidade civil do fabricante, lembra que as decisões dos tribunais brasileiros antes mesmo do advento da Lei 8.078/90 considerava a ação do consumidor lesado com uma ação *ex delicto,* com a diferença de que se analisava constantemente a culpa do fabricante, o que foi, posteriormente superado com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

[245]GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *A função social do contrato*: os novos princípios contratuais, cit., p. 150.

[246]Cabe aqui uma interessante observação, além do impacto ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, alguns autores também entendem que o Código de Defesa do Consumidor foi responsável também para rever a divisão, no âmbito da responsabilidade civil, entre responsabilidade contratual e extracontratual. Nesse sentido, CLÁUDIA LIMA MARQUES (Direitos básicos no consumidor na sociedade pós-moderna de serviços, cit., p. 94) assinala que: "*devemos ponderar que os direitos à prevenção e à reparação 'efetiva' de danos ao consumidor servem de base de um dever genérico (contratual e extracontratual de consumo) de segurança, como realização dos direitos à vida, à saúde, à segurança e à dignidade de um novo sujeito de direitos (art. 6º do CDC). Relativiza-se, assim, a summo divisio da responsabilidade civil. A aqui defendida prática extinção da figura de terceiro, hoje incluído como consumidor stricto sensu ou equiparado no Código de Defesa do Consumidor, e a imposição da solidariedade na cadeia de produção ou organização dos serviços (art. 14 e 20 do CDC) têm como reflexo mais destacável a superação da summa divisio entre obrigação contratual e extracontratual, em uma supreendente, mas, necessária, 'transubjetivação da responsabilidade'(na bela expressão de Paulo Lôbo*". Nesse mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidente de consumo, cit., p. 280. JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A responsabilidade civil do produtor,* cit., p. 475-480) também trata do tema, justificando às p. 478 a razão pela qual entende ser a solução mais justa a unificação das responsabilidades contratual e extracontratual no campo do Direito do Consumidor. Confira-se: "*A unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual e extracontratual – devendo falar-se de responsabilidade do produtor, tout court – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos*". Para além do Código de Defesa do Consumidor, RICARDO LUIS LORENZETTI (*Tratado de los contratos*: parte general, cit., p. 594) esclarece que parte da doutrina civilista defende a tese

eventuais ações de responsabilidade do fabricante que não contratou diretamente com o consumidor , seja ele equiparado ou não, há sempre um contrato, que muitas vezes, por ser mal executado produz danos na esfera daqueles que estão alheios ao vínculo contratual originalmente estabelecido.

Esta extensão dos efeitos contratuais para além das partes contratantes ou até mesmo do próprio contrato, consubstanciada em um dever de proteção oriundo do contrato, que reflete na esfera jurídica de terceiros, lembra a teoria da eficácia protetiva perante terceiros, desenvolvida por Karl Larenz, na Alemanha[247], que também mitiga o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, na medida em que representa um alargamento da responsabilidade contratual, perante aqueles que não são partes do contrato.

Como lembra Menezes Cordeiro[248], a teoria da eficácia protetiva de terceiros refere-se ao fato de que alguns contratos, em seus efeitos, impõem às partes alguns deveres diante de pessoas estranhas à relação. Entre tais deveres destacam-se os de proteção, de informação e de lealdade[249]. Isto é, tais contratos são fundamentos de certos deveres que as partes devem ter em face dos terceiros, o que não significa que estes últimos possam exigir o cumprimento de qualquer prestação contratual[250].

---

da unificação das responsabilidades sob o argumento de que os princípios de ambas são os mesmos. Confira-se, suas palavras: "*Hay coincidência doctrinaria em que la ilicitud es um fenômeno que responde a uma unidad sistemática. En virtud de ello antijuridicidad, imputabilidad, nexo causal y daño son presupuestos aplicables a los casos que surgen em el âmbito contractual, aquiliano, público o privado. Esta unidad se refiere a la independência de la causa-fuente del crédito: cualquiera sea la causa se aplican los mismos princípios. Lo que há pretendido la doctrina es suprimir las injusticias que derivan de um diferente régimen em matéria de prescripción, de competências, de extensión de la reparación, que tienen su origen em la fuente del crédito".*

[247]JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A responsabilidade civil do produtor,* cit., p. 303, nota 1) é que faz essa remissão, segundo o autor "*a expressão Verträg mit Schutzwirkug für Dritte, hoje consagrada na doutrina alemã parece ter sido cunhada por Larenz, Lehrbuch, I, 1. ed. 1953).* Lembra, ainda, o jurista português que esse foi o primeiro instituto jurídico usado para alargar a eficácia subjetiva do contrato celebrado entre produtor e o primeiro comprador (*Responsabilidade civil do produtor,* cit., p. 303). Com efeito, KARL LARENZ (*Derecho de obligaciones.* Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 248-251) trata trata dos contratos com eficácia protetiva de terceiros, demonstrando sua preocupação pelo fato da jurisprudência alemã tratá-lo como uma extensão dos contratos em favor de terceiros, com o que não concorda.

[248]CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 620 e 624.

[249]Ou nas palavras de PONTES DE MIRANDA, (*Tratado de direito privado*: parte especial, cit., v. 26, p. 266) "*contratos com eficácia protectiva para terceiros são contratos sem pretensão à prestação, mas em que o terceiro é titular das pretensões à diligência, à boa conduta do figurante ou à proteção"*

[250]Para CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*Cessão da posição contratual.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 422) este é um ponto diferenciador do contrato com eficácia protetora perante terceiros dos contratos a favor de terceiros, contrariando a jurisprudência francesa, que, segundo o autor, insiste em tratar os contratos com eficácia protetora de terceiros como hipótese de contratos a favor de terceiros. Nas palavras do jurista português, o contrato com eficácia protetora perante terceiros "*não se trata de autênticos contratos a favor de terceiro, na medida em que os terceiros em referência não podem reclamar do devedor a prestação,*

Tome-se como exemplo um dos casos clássicos utilizados para explicar contratos com eficácia protetiva perante terceiros. Trata-se de situação envolvendo contrato de locação. Suponha que A alugue uma casa para B, pai de família. Ocorre que, tendo em vista a má conservação do imóvel por A, antes de locá-lo a B, o filho de B, C, sofre um dano. Apesar de C não ser parte do contrato, pode com base nesse contrato, alegando o descumprimento do dever de segurança do imóvel, pleitear a respectiva indenização de A.

Verifica-se, assim, mais uma vez que, em situações como essas, o contrato celebrado entre A e B não tem seus efeitos restritos a essas partes; ele não está atomizado entre locador e locatário. Pelo contrário, o contrato, como fonte de obrigações, deve ser visto em sentido amplo cujos deveres e direitos, muitas vezes podem abranger pessoas estranhas à relação contratual[251]. No caso em tela, essa ampliação dos deveres e direitos contratuais deve-se à boa-fé objetiva e também à função social do contrato.

---

estando unicamente legitimados para exigir dele o cumprimento dum dever especial de cuidado no sentido de lhe evitar danos, um dever especial idêntico ao que o devedor (p. ex., senhorio) assumiu em face de seu cocontratante (inquilino). Daí que o enquadramento da situação, operado, numa primeira fase, pela jurisprudência alemã e, ainda, hoje, pela jurisprudência francesa, ou seja, a ficção dum tácito contrato em benefício de terceiro, seja abusivo e materialmente inadequado". No entanto a diferença entre contrato com eficácia protetiva perante terceiros e estipulação em favor de terceiro, muitas vezes é tênue, como bem demonstra exemplo mencionado por PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*: parte especial, cit., v. 26, p. 265): "*O contrato com eficácia protectiva para terceiro reveste, portanto, muitas estruturas. O contrato entre A, locatário, e B, locador, em que se diz 'para mim, minha mulher, meus filhos e sobrinhos' explicita e acentua o dever de proteção. Pode chegar-se ao contrato a favor de terceiro, como se nele se escreve: 'para minha filha casada e meus netos, que chegam no dia 6'. O uso, aí, é por outro, e o contrato a favor de terceiro ressalta. Como a morte do locatário, no intervalo, não cessa a locação, e a pretensão da filha casada e dos filhos é a pretensão do terceiro"*. Dessa forma, adverte o mestre para que se classifique um contrato como de eficácia protetiva perante terceiros, inicialmente, deve-se fazer um trabalho de exclusão dos contratos a favor de terceiro, concordando PONTES DE MIRANDA, que o requisito fundamental para distinção entre um e outro é justamente que, somente na estipulação a favor de terceiros, é possível que o terceiro exija o cumprimento da prestação principal.

[251]Dentro desse contexto, irretocável a ponderação de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*Cessão da posição contratual,* cit., p. 424): "*Ora, só um pensamento formal, carecido de toda a abertura perante as conexões materiais da situação, poderá pretender situarem-se os danos sofridos, pessoalmente, pelo cônjuge ou pelos familiares do inquilino, por força do mesmo facto, no terreno da responsabilidade aquiliana. Pois não deve admitir-se que o senhorio tinha, em face de todos, dada a cognoscibilidade do aproveitamento pela família da coisa locada, especiais deveres de cuidado de tipo obrigatório que se vieram sobrepor aos deveres gerais de neminem laedere?"*. Importante notarmos, conforme adverte JOÃO CALVÃO DA SILVA (*Responsabilidade civil do produtor,* cit., p. 305) que a doutrina alemã entende que para que os deveres laterais de um contrato possa abranger terceiros são necessários o preenchimento de alguns requisitos. Assim, adverte o autor: "*Conscientes de que está em causa um alargamento da responsabilidade contratual perante pessoas que não são parte contratuais – portanto, com afrontamento ou superação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, devido à rigidez e desvantagem da disciplina da responsabilidade aquiliana quando cotejada com o regime daquela - , a jurisprudência e a do doutrina alemãs limitam-no a uma situação de 'contacto social' (soziale kontakt), caracterizada pelos três elementos seguintes: a) proximidade dos terceiros da prestação devida ao credor (Leistungsnähe, Vertragsnähe, Nähe des Dritten zum Hauptschuldverhältnis); b) interesse especial do credor em proteger os terceiros dos eventuais riscos resultantes da prestação, interesse especial pelo dever de cuidado, de segurança e de assistência ou previdência que o responsabiliza pelo bem-estar, 'pelo melhor e pelo pior' (Wohl und Wehe) desses mesmos terceiros; c) previsibilidade ou cognoscibilidade dos dois elementos anteriores, por parte do devedor, no momento da conclusão do contrato"*. Não obstante, a exigência destes

Voltando ao campo do Direito do Consumidor brasileiro, a ampliação dos efeitos do contrato, produzindo eficácia *ultra partes* e afastando a absolutividade da interpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, também pode ser notada nos casos de financiamento de venda para consumo, situação em que há a clara possibilidade de um contrato ser oponível a terceiros que dele não participem, mas possam sofrer os efeitos deste contrato, inclusive respondendo civilmente.

Em diversas ocasiões, um consumidor, para adquirir um determinado bem de consumo, dirige-se a determinada loja e celebra dois contratos: um de compra e venda com a loja e outro de financiamento com uma financeira que pode se encontrar, até mesmo, dentro da loja escolhida pelo consumidor para realizar sua compra.

Dentro desse contexto, em alguns casos, o vendedor do produto se torna inadimplente não entregando o bem objeto da transação ou, ainda, há situação em que o produto apresentar vício em seu funcionamento. Nestas hipóteses, não obstante existam dois contratos distintos, nossos Tribunais têm decidido pela responsabilidade solidária da financeira e até mesmo resolvendo ambos os contratos no caso do inadimplemento do vendedor.

Verifica-se, portanto, em tais casos, que o consumidor pode opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda pelo respectivo fornecedor.

---

requisitos para que possa ser aplicada a teoria da eficácia protetiva de terceiros, não se deixa de estar aqui diante um claro caso de necessidade de releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, visto que o contrato, nesta situação, produz efeitos perante terceiros e pode ser invocado por estes mesmos terceiros para justificar eventual pedido de indenização em face de uma parte. Cabe ainda consignarmos que KARL LARENZ (*Derecho de obligaciones,* cit., p. 251) também entendia que o contrato com eficácia protetiva de terceiros também não poderia ser aplicado indistintamente perante qualquer terceiro.Para tanto,devemos nos valer de uma interpretação complementar do contrato. São suas palavras: "*El problema acerca de cuándo existe tal contrato com 'eficacia protectora para tercero' – y que por tanto frente a este no origina ningún deber de prestación, pero si ciertos deberes de conducta, deberes de protección – requiere todavia um examen más detenido. Se trata de um problema de interpretación complementaria del contrato (§ 157), en el que hemos de precavermos contra una extensión demasiado amplia de las obligaciones contractuales de protección asumidas frente a tercero. Em primer lugar, puede admitirse su existência allí donde, como en los contratos de arrendamiento de uso y de transporte, la prestación de uma parte para Ella recognoscible debe redundar no solo em provecho de la outra, sino al mismo tiempo de otras personas, para las cuales de esta forma existe un interes próprio em el diligente cumplimiento del contrato. Pero em mi opinión puede tratarse no de um número ilimitado de personas, sino únicamente de aquellas com cuya admisión em la vivienda o com cuya compañia em el viaje debió o pudo contar el arrendador o el empresário, según las circunstancias de hecho. Puede admitirse que, como toda persona que piense rectamente, ha de responder frente a estas personas com la misma diligencia que frente a la parte del contrato. Por el contrario, no creo que corresponda al sentido del contrato imponer al arrendador del local um deber de diligencia análogo frente a todos los asistentes a la reunión*".

Foi nesse sentido que a 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul[252] decidiu com relação a uma ação ajuizada tendo em vista defeito em um computador portátil adquirido pelo Autor e não reparado no prazo legal pela assistência técnica. A Turma Recursal reconheceu a responsabilidade solidária da financiadora e da loja vendedora a respeito do pelo vício do produto, afastando o argumento da financiadora de que seria parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação e afirmando que a financiadora não "*não se caracteriza como terceiro na compra e venda pactuada mediante financiamento, não obstante a perctibilização através de dois contratos distintos"*.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado São Paulo[253] deu provimento à Recurso de Apelação interposto pela Autora para que fosse declarado rescindido o contrato celebrado com uma financeira, visto que os móveis adquiridos da loja, cujo pagamento fora feito com o crédito obtido junto à financeira, não foram entregues. Além disso, o Tribunal condenou a financeira ao pagamento de indenização por danos morais à autora por inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito, haja vista que ela apenas restara inadimplente em face da financeira, pois não recebera os móveis que ensejaram o financiamento, ou seja, não pagara o avençado em contrapartida à inadimplência da loja.

Na oportunidade o Tribunal reconheceu que "*apesar de não ter participado diretamente do contrato", a financeira tem legitimidade para figurar no pólo passivo, bem como o dever de indenizar os danos sofridos",* em mais uma clara demonstração de que esses dois ajustes (compra e venda e contrato de financiamento) não estão isolados entre as respectivas partes. Pelo contrário, estão inseridos na sociedade e irradiam os seus efeitos para além das partes contratantes. Como consequência, inclusive, aquele que não faz parte

---

[252]"Direito do Consumidor. defeito do produto não reparado no prazo legal. Restituição do valor pago. Financeira. Solidariedade. Tendo o produto apresentado defeito, não sendo reparado no trintídio legal, é faculdade do autor haver o desfazimento do negócio, com a restituição do valor pago (CDC art. 18, 1º, II). Responsabilidade solidária entre o comerciante e a financeira, que não se caracteriza como terceiro na compra e venda pactuada mediante financiamento, não obstante a perfectibilização através de dois contratos distintos. Legitimidade passiva de ambos os integrantes da cadeia fornecedora (do produto e do financiamento). Recurso desprovido. Unânime**."** (Recurso Inominado n. 71000728873, 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, rel. João Pedro Cavalli Júnior, j, 15.09.2005).

[253]"Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral, ajuizada por pessoa física contra empresa. R. sentença de improcedência, com apelo só da acionante. Plena aplicação do CDC. A empresa ré atuava no interior do estabelecimento comercial onde foram os móveis adquiridos, sendo plausível a existência de contrato de mútuo e a comunhão de interesses. Apesar de não ter participado diretamente do contrato, a financeira tem legitimidade para figurar no pólo passivo, bem como o dever de indenizar os danos sofridos. Dá-se provimento ao recurso da consumidora, com reforma da sentença, para julgar-se procedente a ação, invertida a sucumbência". (Recurso de Apelação n.º 992.05.006659-4, 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Campos Petroni, j. 05.04.2011).

de um contrato, no caso, a financeira, alheia à compra e venda, deve zelar e colaborar para que os efeitos e a função social de um dos contratos da relação sejam efetivamente atingidos, como bem lembrado pelo Tribunal do Estado de São Paulo neste caso, escolhendo adequadamente seus parceiros.

Essa produção de efeitos de um contrato na esfera jurídica daquele que não participa do contrato é também reconhecida pela Egrégia Corte Bandeirante, na medida em que afirma também ser dever da financeira valer-se de sistemas que possibilitem a confirmação da adimplência de sua 'parceira' antes de remeter os nomes dos consumidores ao cadastro dos devedores.

É certo também que essas decisões, como em geral nos casos de financiamento de venda para consumo, a responsabilidade da financiadora é reconhecida também com base na teoria dos contratos coligados[254], o que não exclui a releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais nos moldes que estamos tratando.

Isso porque, não obstante o coligamento existente, há contratos distintos, com partes distintas, e uma das partes opondo o inadimplemento de um contrato à parte do outro contrato. Aliás, como reconhece Francisco Paulo De Crescenzo Marino[255] "*a principal conseqüência do coligamento em questão será a possibilidade de o consumidor opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda ou prestação de serviço por parte do respectivo fornecedor, o que remete a considerações feitas a esse respeito*". [256] As considerações feitas pelo autor, mencionadas nesta assertiva, residem

---

[254]Conforme ensina FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO (*Contratos coligados no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99) "*contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, de natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito) encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*". A respeito do assunto, confira-se também KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contracuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros, cit.

[255]MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro,* cit., p. 222.

[256]Interessante notar que o jovem jurista tenta sistematizar nos casos de contratos coligados, os requisitos que devem ser preenchidos para que possa haver a oponibilidade de um contrato com relação ao outro. Segundo ele (*Contratos coligados no direito brasileiro,* cit., p 208): "*Em primeiro lugar, assim como se dá na coligação entre as mesmas partes, na coligação com partes distintas a oponibilidade do inadimplemento do 'terceiro' pressupõe que a prestação da parte do contrato coligado se tenha tornado inútil ao credor, por conta do inadimplemento do 'terceiro'. Em segundo lugar, a fim de ser o inadimplemento do 'terceiro' oponível é necessário haver entre o 'terceiro' e a parte do contrato coligado em relação a quem o descumprimento é oposto, comunhão de interesses, ou que, de outro modo, a parte que opõe o inadimplemento tenha a expectativa legítima de que as prestações das contrapartes se viculavam de tal modo que nenhuma delas poderia exigir contraprestação sem que a outra também adimplisse. A comunhão de interesses normalmente será representada por meio de uma atuação concertada do 'terceiro' e da parte a quem o inadimplemento daquele é oposto, como se viu nos exemplos acima. Já a expectativa legítima dependerá de análise do fim concreto e das circunstância relevantes*".

justamente na interferência que a oponibilidade gera no princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Os casos acima descritos referem-se à alegação de um inadimplemento de um contrato, para justificar a resolução de outro ou a responsabilidade civil solidária da parte deste segundo contrato, tendo em vista danos causados em decorrência da má execução do primeiro contrato, com o qual guarde relação.

Verifica-se, portanto, que as relações contratuais são cada vez mais interdependentes, relacionando-se umas com as outras e projetando efeitos para além do círculo devedor-credor. Esses efeitos, diante do novo panorama do direito contratual moderno, devem ser respeitados por aqueles que não são partes deste contrato. Estes não podem mais atuar ignorando as relações contratuais que existem à sua volta, nem pautar as suas ações exclusivamente na interpretação individualista do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, sem contextualizá-los junto aos ditames da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A sedimentar tal entendimento podemos mencionar a súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual: "*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*".

Os acórdãos precedentes[257] para tal súmula são classicamente mencionados como exemplos da possibilidade de uma relação jurídica contratual projetar-se para a esfera daquele que não seja parte, ou seja, volta-se novamente a possibilidade de um contrato ser oponível a terceiros.

A elucidar esta afirmação, imperioso esclarecer que a súmula em tela foi editada no contexto do Sistema Financeiro de Habitação, em que, normalmente, para a construção de moradias, ocorre o seguinte: o construtor da habitação adquire um terreno onde será construída a casa, e para obter recursos para a obra celebra contrato de mútuo com uma empresa financiadora, dando como garantia hipotecária o terreno em que será levantada a casa. Ocorre que, pelos termos do artigo 1.474 do Código Civil[258], a hipoteca abrange

---

[257]AGA 522.732/GO; ERESP 187.940/SP; RESP 557.369/GO; RESP 651.125/RJ; AGRESP 505.407/GO; ERESP 415.667/SP; RESP 514.993/GO; RESP 418.040/SC; AGRESP 561.807/GO; RESP 498.862/GO; RESP 439.604/PR; RESP 431.440/SP; RESP 329.968/DF; RESP 287.774/DF; RESP 187.940/SP e RESP 401.252/SP.

[258]Art. 1.474. *A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.*

todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Dessa forma, assim que construída a obra, a hipoteca recairá sobre a edificação.

Desse modo, na hipótese do construtor não quitar a dívida adquirida junto à instituição financeira, esta, por ser possuidora de garantia hipotecária, poderia executar a hipoteca, o que atingiria os imóveis dos adquirentes, mesmo nos casos em que já houvessem sido quitados junto à construtora, em uma clara situação de injustiça. Pela leitura fria da lei, entretanto, estaria em consonância tanto com as características da hipoteca e o seu direito de sequela, como com a interpretação individualista do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Ocorre que, por volta da década de 90, como lembra Rodrigo Xavier Leonardo[259], por diversas razões, as construtoras e incorporadoras, que atuavam como fornecedoras do produto imobiliário, passaram a sofrer graves crises econômicas. Muitas delas chegaram à insolvência civil, e o descumprimento dos contratos levou os agentes financeirtos a executar a hipoteca.

Em razão disso, e diante da importância social destes contratos, nossos Tribunais passaram a rever a matéria em consonância com os princípios contratuais constitucionais, bem como considerando a interdependência clara entre o contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre o adquirente e a construtora e o contrato celebrado entre a instituição financeira e a construtora.

Dentro desse contexto, destaca-se o *leading case*[260] do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro dos precedentes da súmula 308, no qual o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, utilizando como um dos fundamentos o princípio da boa-fé objetiva[261], deu

---

[259]LEONARDO, Rodrigo Xavier. A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito dos contratos, II.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 439.

[260]RESP n.º 187.940/SP, j. 18.02.1999. Confira-se a ementa do acórdão: "Sistema financeiro da habitação. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro. Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora. - O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. Recurso conhecido e provido".

[261]Confira-se trecho do voto: "*O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do*

provimento aos embargos de terceiros opostos pelos adquirentes de uma unidade residencial, ameaçados pela execução de uma hipoteca por uma instituição financeira que buscava a satisfação de um crédito devido pela empresa construtora do imóvel.

Na oportunidade, entendeu-se que as regras gerais da hipoteca não se aplicam ao caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro de habitação, uma vez que eles sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que devem responder apenas pela dívida que assumiram com seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora.

Desse modo, o contrato de compra e venda firmado entre adquirente e construtor devidamente quitado, foi oposto em face do credor hipotecário de um segundo contrato, como óbice à execução da hipoteca, aplicando-se em detrimento do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, o princípio da boa-fé objetiva. Trata-se da oposição de adimplemento de um contrato diante de um terceiro que não foi parte deste contrato, mas que deve respeitar seus efeitos.

Evidentemente, também se aplica ao caso em tela o princípio da função social do contrato, não mencionado pelo acórdão. Com efeito, a finalidade do contrato de financiamento para construção de imóveis é justamente proporcionar moradia, uma das formas de se efetivar a dignidade da pessoa humana, o que demonstra de imediato a sua relevância social[262]. Além disso, os dois contratos firmados (compra e venda e

---

registro da hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido o imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante seu financiador."

[262]Aliás, para FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO (*Contratos coligados no direito brasileiro,* cit., p. 213) o fim social habitacional deste tipo de contrato é que determina a ineficácia do contrato de hipoteca em face dos adquirentes do imóvel, bem como é causa de duas outras consequências, em textual: "*Vislumbra-se, ao menos, três conseqüências jurídicas da predominância do fim social habitacional no seio da coligação ora em exame. Primeiramente, o escopo existencial acarreta a ineficácia, perante os adquirentes da casa própria, do contrato de hipoteca celebrado entre a construtora e o agente financeiro, ainda que estipulada antes da compra e venda e constante no respectivo instrumento. (...). Outro efeito respeita à legitimidade passiva da financiadora para figurar em ação visando à declaração de nulidade do seguro obrigatório inserido no conjunto contratual, ou à revisão do prêmio cobrado e à restituição das quantias pagas a maior, uma vez que o contrato de seguro é 'integrante da atividade negocial maior de compra e venda da casa própria'. Por derradeiro, a interdependência entre o contrato de construção e o contrato de financiamento para aquisição da casa própria, bem como as particularidades das normas que regem o Sistema Financeiro da Habitação (a impor o dever do agente financeiro de fiscalizar as obras) servem de fundamento para a responsabilidade solidária do agente financeiro pelos vícios construtivos do imóvel, sendo ele parte legitíma para figurar em ação resolutória ou indenizatória, como tem decidido reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça".* Cabe-nos comentar que estas duas últimas consequências apontadas pelo Autor também são exemplos de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

financiamento) encontram-se coligados[263], apresentando um objetivo econômico comum[264], o que nos leva mais uma vez a aceitar, com mais razão, que um dos contratos reflete no outro não podendo cada um deles ser visto isoladamente, que é o que preconiza a relatividade.

Assim, esses contratos, no âmbito do sistema financeiro de habitação, só serão valorados socialmente e, consequentemente, cumprirão sua função social, na medida em que houver respeito pelas expectativas dos três sujeitos envolvidos (adquirente, construtora e instituição financeira).

Dessa forma, não pode a instituição financeira, ante o inadimplemento de sua contraparte, ignorar toda a sistemática contratual e executar a hipoteca, agora constituída em desfavor de um dos adquirentes que adimpliu a sua obrigação, para que a causa sistemática das avenças envolvidas seja atingida. Se o Direito amparasse este tipo de conduta estaria caminhando em sentido contrário à nova ordem constitucional que se impôs, a qual visa, não custa lembrar, a constituição de uma sociedade justa, solidária e livre.

Apenas para não nos alongarmos mais neste tópico, cabe mencionar uma última situação em que há um evidente reconhecimento social e jurisprudencial da possibilidade de um contrato produzir efeitos na esfera jurídica daquele que não participou da avença.

---

[263]FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO (*Contratos coligados no direito brasileiro,* cit., p. 211) trata essa operação econômica como um caso de coligação contratual. Já RODRIGO XAVIER LEONARDO (*Redes contratuais no mercado habitacional,* cit.. p. 100-111 e A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça, cit., p. 436-449) trata essa mesma operação como inserida no âmbito das redes contratuais, sem, aparentemente, haver uma preocupação com a distinção em face dos contratos coligados. Tal distinção é feita precisamente por MARINO (*Contratos coligados no direito brasileiro,* cit., p. 96-97): "*Muito embora não seja objeto deste trabalho tratar de rede contratual, enquanto figura dotada de autonomia teórica, parece possível distingui-la dos demais contratos coligados ao menos em três pontos. Em primeiro lugar, as redes correspondem, necessariamente, a fenômeno de contratação empresarial em massa. Já os contratos coligados podem mostrar-se totalmente desvinculados da realidade empresarial e da contratação em massa. Em segundo lugar, as redes contratuais são, necessariamente, estruturadas por uma parte, à qual se ligam diversos outros contratantes. A rede é, portanto, aberta, comportando uma multiplicidade quase infinita de contratos, fungíveis sob a ótica do promotor da rede. Na coligação contratual stricto sensu, tal característica inexiste. Por fim, a abertura da rede faz com que ela se torne divisível, no sentido de a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos da rede não afetar os demais, pois ela permanece, via de regra, perfeitamente viável na perspectiva do empresário organizador da rede. Ao contrário, um dos principais efeitos da coligação contratual é precisamente a repercussão da invalidade e da ineficácia de um contrato aos demais contratos a ele coligados*".

[264]Esse objetivo em comum também é observado no voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar: "*(...) é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado à venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteria um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário)*"

Referimo-nos aqui ao caso da possibilidade de uma vítima de acidente executar diretamente em face da seguradora a indenização pelo dano sofrido, muito embora esta tenha firmado um contrato com o autor do dano e não possua nenhuma relação com a vítima do segurado.

A discussão envolve saber, considerando a existência de um seguro de danos, se o prejudicado, mesmo que não seja parte nem terceiro nomeado no contrato, o que caracterizaria uma hipótese de estipulação em favor de terceiro típica, tem o direito de requerer o valor da indenização diretamente da seguradora, independentemente do ajuizamento de ação em face do autor do dano e da denunciação da lide da seguradora.

No caso de seguro obrigatório, nenhuma dúvida se tem a respeito da possibilidade da vítima do segurado ajuizar a ação diretamente em face da seguradora, tendo em vista expressa disposição legal do artigo 788 do Código Civil[265]. A dúvida, contudo, existia nos casos dos seguros facultativos de dano.

Mais uma vez a obstar, nos casos de seguro facultativo, a ação de reparação de danos pela vítima diretamente em face do segurado, estava o clássico argumento da relatividade dos efeitos contratuais, ou seja, de que a seguradora apenas possuía um contrato com o segurado e não com a vítima. Dessa forma, não poderia se responsabilizar contratualmente em face da vítima. Tal responsabilidade só surgiria em face do segurado como ressarcimento de eventual indenização por ele paga.

Ocorre que a jurisprudência logo reconheceu que, diante do princípio da função social do contrato e da imposição constitucional de valores como a solidariedade, tal entendimento não poderia prevalecer. Afinal, o valor e a utilidade social do contrato de seguro é justamente possibilitar o ressarcimento do dano sofrido pela vítima, não havendo razão para que o valor previsto para a indenização apenas deixe o patrimônio da seguradora após o segurado efetuar a indenização diretamente à vítima[266].

---

[265]Art. 788. *Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador, diretamente ao terceiro prejudicado.*

[266]Esse é o entendimento do Min. Carlos Alberto Menezes Direito (voto vista do RESP 228.840/RS, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ari Pargendler, j. 10.12.1999) que pondera: "*De fato, não me parece razoável a interpretação que afasta a ação direta porque não há contrato entre a vítima e a seguradora do causador do dano. Esse argumento perde substância, ao meu sentir, pela simples razão de não ser possível desconhecer que o destino do contrato de seguro é, exatamente, cobrir o ressarcimento devido á vítima ilícito praticado pelo segurado. Se o beneficiário do recurso nega-se a pagar indenização, deixando de usar a cobertura do seguro, é razoável conferir legitimidade para que a seguradora cumpra o contrato, dando conseqüência ao agravo. Seria um retardo na prestação jurisdicional, em momento histórico em que se reconhece a instrumentalidade do processo*".

A seguradora tem conhecimento de que a finalidade econômica e social dos contratos por ela firmados é justamente promover a indenização nos limites da apólice de seguro, não podendo, sob pena de ferir o princípio da boa-fé objetiva, esquivar-se de sua obrigação com o argumento de que não tem qualquer relação com a vítima do acidente.

Síntese deste pensamento e condizente com a visão solidarista do Direito é o trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n.º 444.716/BA[267], no qual afirma que "*de fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros – maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida. Cumpre-se o princípio constitucional da solidariedade e garante-se a função social do contrato*".

É certo que alguns dos julgados que entendem pela possibilidade do ajuizamento da ação pela vítima diretamente em face da empresa seguradora, não a fundamentam nos princípios da função social do contrato nem da boa-fé objetiva, mas sim, no entendimento de que o seguro de dano também seria uma espécie de estipulação em favor de terceiro[268]. No entanto, entendemos que tal justificativa não deve prevalecer, haja vista que o seguro de dano, diferentemente do seguro de vida, não pode ser encarado no sistema do Direito Civil Brasileiro como uma estipulação em favor de terceiro.

---

[267]Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 31.05.2004. Confira-se a ementa do acórdão: "Processual civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Acidente de trânsito. Culpa do segurado. Ação indenizatória. Terceiro prejudicado. Seguradora. Legitimidade passiva ad causam. Ônus da sucumbência. Sucumbência recíproca. - Carece de prequestionamento o Recurso Especial acerca de tema não debatido no acórdão recorrido. - A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente. Os ônus da sucumbência devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes, no caso de sucumbência recíproca. Recurso provido na parte em que conhecido".

[268]Cite-se, como exemplo, o RESP 401.718/PR, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002, "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO AJUIZADA PELA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. DOUTRINA E PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I – As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. II – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. III – O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor".

Isso porque, consoante ensina Luciano Camargo de Penteado[269], a estipulação em favor de terceiro pressupõe uma pessoa certa ou determinável, de modo que a determinação independa de ato externo ao contrato, o que não ocorre no seguro de dano, em que a presença do terceiro (suposto beneficiário) só se configura se ocorrer o dano, se este atingir o terceiro e o segurador ser obrigado a reparação. O grau de indeterminação é muito alto, afinal o dano pode sequer ocorrer[270]. Além disso, adverte o autor[271], no caso de se admitir a estipulação a favor de terceiro também para o seguro de dano, perde-se a homologia da natureza e do alcance da responsabilidade civil do segurado e a imposição do dever contratual da seguradora, de modo que passaria a se deferir ilimitadamente as ações diretas, bastando que a vítima apresentasse prova do dano e do contrato[272].

Dentro desse mesmo contexto, o Ministro Eduardo Ribeiro no voto vista do Recurso Especial n.º 228.840/RS[273], apesar de entender pela viabilidade da ação direta ora em comento, destacou não ser o seguro de dano um caso de estipulação em favor de terceiro, visto que, segundo ele, "*o contrato de seguro não é feito para beneficiar a vítima, mas para garantir o patrimônio do próprio segurado, caso tenha ele que responder por dano causado a terceiro*".

De fato, o texto legal que viabiliza o ingresso da ação direta pela vítima do segurado em face da seguradora é o artigo 421 do Código Civil, que trata da função social

---

[269]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 142-143 e 145.

[270]Nas palavras do autor (*Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 148): "*No sistema brasileiro, aquele que sofre dano, na casuística que serve de base para análise ora feita, é sujeito eventual. Nem sempre integrará a relação contratual. Sequer se pode dizer que tem expectativa de direito. Pode, inclusive, não ser sujeito existente ao tempo de formação do contrato. Há um evento estranho ao contrato, as mais das vezes um ato ilícito indenizativo, que precisa ocorrer e se compor para identificar, no momento posterior, o terceiro e, daí, permitir que o contrato de seguro emita um efeito no seu patrimônio, que é o de dar direito, pretensão e ação em face da seguradora. Até o momento em que ocorra o dano, o terceiro não está nem no contrato, nem na relação contratual*".

[271]PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, cit., p. 153-154.

[272]Com efeito, para a viabilidade da ação direta da vítima do segurado em face da seguradora, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, sob pena de se ferir o princípio constitucional da ampla defesa. Tais requisitos são destacados por LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (*Efeitos contratuais perante terceiros.* São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 154): "*Nos casos em que a responsabilidade do segurado seja subjetiva, por exemplo, e em que o ônus da prova da mesma incumba ao lesado, essa prova deve ser feita na ação direta, ainda que o causador do dano não seja parte no processo, sob pena de se deferir uma tutela de obrigação de garantia que poderia não se configurar na hipótese ordinária do exercício do direito de regresso. Quando o liame de responsabilidade entre o causador do dano e a vítima é subjetivo, a seguradora só pagaria ao segurado se a culpa ficasse demonstrada, admitindo que só houvesse efeito interno do contrato. Caso se defira ação direta ao terceiro sem prova de culpa, nas hipóteses em que o acionamento do causador do dano dependesse dessa prova, estaria sendo admitido, para ação direta, maior poder e carga eficacial do que o próprio contrato possibilita para as partes, o que é um absurdo lógico, até mesmo pelo célebre brocardo latino nemo plus iuris ad alium trasferre potest ipse habeat*".

[273]Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ari Pargendler, j. 10.12.1999.

do contrato[274], e não o artigo 436, parágrafo único, que trata da estipulação em favor de terceiro.

Não se pode deixar de reconhecer aqui o alcance desta afirmação. Afinal, se não se está diante de um caso de estipulação em favor de terceiro, com a admissão do pleito indenizatório da vítima do segurado diretamente em face da empresa seguradora, nosso sistema jurídico, acaba, consequentemente, por admitir a possibilidade de uma prestação contratual ser exigida por terceiro completamente estranho ao vínculo, em um dos mais fortes golpes ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Note-se, ainda, que tal constatação não é contrária à releitura que se propõe do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, uma vez que, de acordo com ele, um terceiro jamais se tornará devedor por um vínculo contratual alheio.

No caso, a seguradora se tornou devedora de uma obrigação (a de indenizar o dano causado pelo segurado) por expressão de sua declaração de vontade no contrato em que celebrou com o segurado e não por um vínculo contratual alheio celebrado pela vítima do segurado. Além disso, o que se está exigindo é o cumprimento de uma obrigação contratual de quem é parte do contrato. A exigência de cumprimento não está sendo feita *de* terceiro, mas *por* terceiro.

Todos esses casos e situações acima descritos comprovam que o contrato, a partir do momento em que nasce, emaranha-se no tecido social, relacionando-se e interferindo na

---

[274]Alguns julgados que podemos verificar nos Tribunais brasileiros corroboram esse entendimento, fundamentando a possibilidade de se ajuizar a ação diretamente em face da seguradora, na função social do contrato, a exemplificar segue julgado extraído da Primeira Turma Recursal Cível de Porto Alegre – RS: "AÇÃO DE COBRANÇA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURADORA RÉ ACIONADA. AVARIAS CAUSADAS NO AUTOMÓVEL DO AUTOR QUE FORAM DEVIDAMENTE QUITADAS PELA DEMANDADA. COBRANÇA DE VALORES DESPENDIDOS COM ALUGUEL DE VEÍCULO NO PERÍODO DE CONSERTO DO VEÍCULO. LEGITIMIDADE ATIVA. MANTIDA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Afasto a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela ré. Nos casos de acidente de trânsito com veículo segurado envolvido, cabe a demanda direta do lesado contra a seguradora do causador dos danos**. Apesar da inexistência de vínculo contratual entre o terceiro lesado e a seguradora, a jurisprudência das Turmas Recursais, seguindo orientação do eg. STJ, admite a ação direta para a reparação dos danos. Ademais, tendo em conta a função social do contrato, prevista no art. 421, do Código Civil, que tem sua inspiração no princípio constitucional da solidariedade, contemplado no art. 3º, I, da Constituição Federal, não pode a Seguradora demandada afirmar não apresentar qualquer responsabilidade em face do terceiro prejudicado por seu segurado. Portanto, a seguradora demandada, deve ser mantida no pólo passivo da presente demanda, sendo, consequentemente, legítimo para figurar no pólo ativo o então auto**r. No mérito, colaciono trecho do voto proferido por esta Turma Recursal em caso análogo: "O ressarcimento pelos danos causados em acidente de trânsito deve ser o mais amplo possível, abrangendo a totalidade dos prejuízos sofridos. Assim reza o art. 944 do Código Civil, que refere que a indenização mede-se pela extensão do dano, evitando empobrecimento sem causa da vítima. Deste modo, ficando a autora impossibilitada de utilizar seu veículo por pouco menos de um mês, deve o causador do acidente arcar com os custos de aluguel de veículo, de modo que não haja qualquer prejuízo à autora.". Sentença mantida. Recurso improvido". (grifou-se - Recurso Cível nº 71002480309, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, j. 25.03.2010).

esfera jurídica daqueles que não o celebraram e que, de acordo com a concepção clássica, estariam alheios a todos os seus efeitos. Nestas hipóteses, tivemos claras demonstrações de extensão de responsabilidade de uma parte contratante em favor de um terceiro.

Demonstraremos agora, situações em que um terceiro, alheio ao vínculo contratual, pode interferir negativamente em um contrato, isto é, verificaremos a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, outra faceta que a reinterpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais nos impõe.

4.4. O terceiro que contribui para o inadimplemento contratual (terceiro cúmplice)

Ao fazermos referência à tutela externa do crédito, no item 4.2, vimos que, do ponto de vista do cumprimento, o crédito é tutelado somente em face do devedor, entretanto diante da importância que o crédito tem atualmente em nossa sociedade e da concepção social do contrato, a oponibilidade do direito de crédito faz com que ele seja tutelado também em face de terceiros, os quais, no que se refere ao contrato, devem respeitar a sua existência e a produção natural dos seus efeitos.

Assim, não é possível mais admitir que a conduta de terceiros que contribui com o inadimplemento contratual por meio da celebração de um contrato com o devedor incompatível com um contrato preexistente do qual tinha conhecimento seja tolerada pelo nosso ordenamento[275].

Com efeito, o terceiro, quando induz uma parte a romper o contrato, provoca a quebra da função primordial do contrato que é a circulação de riquezas. Seu comportamento viola a função social do contrato, bem como é contrário ao projeto constitucional e seus valores de justiça, cooperação e solidariedade.

A doutrina que defende a responsabilização do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual através de outro contrato é conhecida como doutrina do terceiro

[275]Reconhecemos aqui que o terceiro pode lesar o direito de crédito não apenas celebrando um contrato incompatível com outro já existente, mas também essa lesão pode ocorrer por meio de uma conduta material do terceiro, ou seja, quando ele, por exemplo, destrói o objeto da prestação, ou, ainda, quando ataca diretamente o devedor, impedindo-o de cumprir a obrigação, por exemplo, seqüestrando-o ou assassinando-o. Nestes casos, não podemos dizer que há necessariamente uma cumplicidade do devedor com o inadimplemento do contrato, pois o terceiro pode sozinho e até mesmo contra o interesse do devedor praticar os atos narrados. No entanto, nosso âmbito de estudo irá se restringir a situações narradas no texto, isto é, quando o terceiro celebra um contrato com o devedor incompatível com um primeiro a que ele estava vinculado. Nestes casos, há, em regra, uma cumplicidade do devedor com o terceiro.

cúmplice e apresenta precedentes bastante antigos na jurisprudência de ordenamentos jurídicos estrangeiros[276].

Dentro desse contexto, aponta-se o Direito anglo-americano como o que mais longe foi nessa matéria, identificada como *tort of inducing breach of contract*, cujas origens mais remotas, segundo Francis Bowes Sayre[277], está no Direito Romano. De acordo com o autor americano, o Direito Romano permitia que o *pater familias* tivesse uma *actio injuriarum* por violência ou ofensa cometida contra sua mulher, crianças, escravos ou outro membro de sua casa. Com a emancipação de alguns membros da família, o *pater familia* mantinha ainda uma *actio indirecta* e separada por ofensas que sofressem sua mulher, crianças e escravos[278].

Esta ideia romana foi incorporada na *Common Law* com alguma modificação, e consistia na possibilidade de um 'amo' (*master)* ingressar com uma ação, tendo em vista a perda de serviços de algum serviçal (*servant)* por violência sofrida por ele[279].

Em 1349, com a *Ordinance of Laboureurs,* conhecida como *Statute of Laboureurs,* uma nova forma de ação foi admitida, sem a necessidade de prova de violência sofrida pelo trabalhador. De acordo com o capítulo 2 da *Ordinance*, se algum trabalhador retido ao serviço de alguém, abandonasse o trabalho antes do termo estabelecido e sem causa justificativa nem licença, sofreria *pain and imprisonment.* Além disso, a *Ordinance* previa que o respectivo amo teria direito a uma ação de indenização contra terceiro que, com conhecimento da existência daquela relação, tivesse aliciado ou retido o servo para seu próprio serviço[280].

Assim, pode-se concluir, que a *Common Law* permitia que a parte de um contrato, no caso o amo, ajuizasse ação de indenização contra um terceiro que provocasse o descumprimento do contrato que este tivesse com o seu trabalhador, aliciando-o. Admitia-se a possibilidade de um terceiro violar o contrato de outrem. Ocorre que para tanto era

---

[276]ALVINO LIMA (A interferência de terceiros na violação do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 15, jan. 1962) lembra as diversas expressões utilizadas para designar a matéria relativa à responsabilidade do terceiro violador da relação contratual: "*responsabilidade do terceiro cúmplice da violação de uma obrigação contratual; responsabilidade delitual do terceiro em relação a um contratante e de um contratante à respeito de terceiros, a tutela aquiliana do credor contra terceiros"*.

[277]SAYRE, Francis Bowes. Inducing breach of contract*. Harvard Law Review*, n. 36, p. 663-666, 1922-1923.

[278]SAYRE, Francis Bowes. Inducing breach of contract, cit., p. 663.

[279]Importante, destacar, que um dos requisitos para essa ação era justamente a violência utilizada contra o servo ou criado, como lembra FRANCIS BOWES SAYRE (Inducing breach of contract, cit., p. 665) "*Thus at the beginning of the fourteenth century common Law recognized na action for injury done to another's servants; but as the Year Book cases show, the action was confined strictly to cases where actual violence was used – 'verberaverit, vulneraverit, et male tractaverit contra pacem' in the words of Bracton"*

[280]SAYRE, Francis Bowes. Inducing breach of contract, cit., p. 663.

necessária a figura do 'amo' e do 'servo', não havendo qualquer referência para situações em que não houvesse esta relação estabelecida.

Em 1853, contudo, os tribunais ingleses admitiram a extensão dos efeitos das obrigações a terceiros que de algum modo tivessem prejudicado o exercício regular de um direito de crédito, para um caso em que não houvesse esta relação 'amo' e 'servo'. Isso ocorreu no caso *Lumley vs. Gye*[281], que envolveu a famosa cantora de ópera Joahnna Wagner. A cantora havia firmado com o empresário teatral Benjamin Lumley cantar exclusivamente em seu teatro – o *Her Majesty's Theatre of London* – por um período de 3 (três) meses. Ocorre que um empresário rival Frederick Gye – proprietário do *Royal Italian Opera,* mesmo tendo conhecimento do contrato anteriormente firmado por J. Wagner, a aliciou para cantar em seu teatro, oferecendo à cantora uma proposta melhor. Lumley conseguiu então uma *injunction* que determinava a Wagner que não cantasse no teatro de Gye. No entanto, Wagner, mesmo não cantando no teatro de Gye, optou também por não cantar no teatro de Lumley. Assim sendo, Lumley propôs ação indenizatória contra Gye por ter induzido Wagner a romper o contrato anteriormente estabelecido e a não cumpri-lo após a *injuction*. Os argumentos de Lumley foram acolhidos e Gye foi condenado.

Em 1881, a doutrina do *tort of inducing breach of contratct* voltou a aparecer na decisão do caso *Bowen vs Hall,* pela qual Hall foi condenado por induzir um empregado de Bowen a romper seu contrato para vir trabalhar com ele. Finalmente, em 1893, com o caso *Temperton vs Russel* consolidou-se o entendimento de que o *tort of inducing breach of contract* aplicava-se a todo tipo de contrato e não somente àqueles que envolvessem algum tipo de prestação de serviço. Neste caso, funcionários de um sindicato foram responsabilizados por induzir clientes da empresa Temperton a romper seus contratos com a sociedade empresária, e por induzir potenciais clientes a não celebrar contratos com ela, tendo em vista que Temperton não seguia as orientações promulgadas pelo sindicato.

O caso *Temperton vs Russel* serviu para uma série de decisões no direito inglês, sedimentando-se o entendimento de que o terceiro que contribui para o inadimplemento contratual é civilmente responsável[282].

---

[281]As informações referentes a este caso foram extraídas do artigo de FRANCIS BOWES SAYRE (Inducing breach of contract, cit., p. 667-669).

[282]Uma síntese desta evolução da doutrina do *tort of inducing breach of contract,* nos termos do aqui traçado, pode ser encontrada em CARPENTER, Charles E. Interference with contract relations. *Harvard Law Review*, n. 41, p. 728-730, 1927-1928.

O desenvolvimento do direito inglês do *tort of inducing breach of contract* refletiu nos Tribunais americanos, que exploraram amplamente essa doutrina. Merece destaque em sua jurisprudência, como lembra E. Santos Jr[283], tendo em vista o elevado valor da condenação, o caso *Pennzoil v. Texaco,* ocorrido em 1984.

Resumidamente, a Pennzoil, por meio de um *Memorandum of Understanding,* negociava com os principais acionistas da empresa Getty Oil a aquisição de ações desta última pelo valor de 115 (cento e quinze) dólares. Aprovado o *Memorandum,* no dia 4 de janeiro, dois acionistas da Getty, em comunicado à imprensa anunciaram o seu acordo com a Pennzoil. Ocorre que, no dia 5 de janeiro, representantes da Getty entraram em negociação secreta com a Texaco, que propôs para aquisição da empresa, o valor de 128 (cento e vinte oito) dólares por ação. No dia seguinte, a Texaco anunciou à imprensa a aquisição da Getty.

Diante disso, a Pennzoil ingressou com uma ação contra a Texaco, baseada justamente no *tort of induction breach of contract,* que foi julgada procedente para condenar a Texaco ao pagamento de 7,53 bilhões de dólares, além de *punitive damages.* Após uma série de recursos, a Texaco e a Pennzoil celebraram acordo com a Texaco pagando para a Pennzoil a quantia de 3 bilhões de dólares[284][285].

A breve incursão histórica na evolução do *tort of induction breach of contract,* bem como a última decisão mencionada demonstram que, mesmo em um país como os Estados Unidos, símbolo do capitalismo, marcado por um intenso tráfego negocial e pela preocupação com a eficiência econômica, há uma preocupação com a moralidade e a eticidade das relações contratuais que justifica o reconhecimento da possibilidade de um terceiro interferir indevidamente em uma relação contratual, bem como sua responsabilidade civil se constada a interferência indevida[286].

---

[283]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 276.

[284]As informações referentes a esse casos foram extraídas de SANTOS JÚNIOR, E. (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 277-282) e de DRAETTA, Ugo. The Pennzoil case and the binding effect of intent in the international trade practice. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 2, p. 155, 1988.

[285]Ao comentar esse precedente do Direito norte-americano, JUDITH MARTINS-COSTA (*Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro.* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=4218>. Acesso em: 22 abr. 2011), conclui que: "*O novo Código Civil, ao condicionar a liberdade contratual à função social do contrato (art. 421) e ao impor aos contratantes o dever de lealdade, derivado da boa-fé (art. 422), sinaliza no mesmo sentido: contra a razão cínica está a razão jurídica, protetora da vida civil, vale dizer, civilizada. É que o "ser civil" existe na comunidade, na dimensão supra-individual ou transubjetiva*".

[286]É claro que para a configuração da *tort of interference with contract relations* é necessário o preenchimento de alguns requisitos lembrados por CHARLES E. CARPENTER (Interference with contract

Após estas sumárias considerações sobre a posição da *Common Law* a respeito do nosso assunto, de bastante interesse se faz analisá-lo também na jurisprudência francesa, pois não podemos deixar de reconhecer aqui que a mesma França que positivou o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, influenciando legislações do mundo inteiro, foi pioneira, na *Civil Law,* em tentar delimitar seu alcance com a constatação de que o contrato tem um alcance social que não pode ser desconsiderado, devendo aquele que indevidamente interfere em uma relação contratual ser também civilmente responsabilizado.

Dentro desse contexto, interessante notar que, assim como no Direito anglo-americano, a doutrina do terceiro cúmplice foi desenvolvida no Direito francês, inicialmente, ligada à interferência indevida de um terceiro no contrato de trabalho ou de prestação de serviço. Assim é que, em 1908, a *Cour de Cassation* manteve decisão de primeira instância que condenou o *designer* parisiense Doeuillet a indenizar a casa Raudnitz por induzir a costureira Richard a romper seu contrato com a última para trabalhar com ele[287].

Na oportunidade, Doeuillet foi considerado responsável, não contratualmente, mas por uma responsabilidade quase-delitual. Doeuillet cometeu um ato de interferência que levou Richard a quebrar o seu contrato com Raudnitz. Entendeu-se que ele não inadimpliu o contrato, mas induziu o seu inadimplemento, de modo que a sua responsabilidade, ainda que mencionada como quase-delitual, fundava-se no artigo 1.382 do *Code*[288].

Verifica-se, assim, o debate na jurisprudência francesa para analisar qual o efetivo âmbito de atuação do artigo 1.165, o que, posteriormente, culminará na distinção feita pela doutrina entre os termos *relativité* (relatividade dos efeitos) e *opossabilité* (oponibilidade dos efeitos), à qual já nos referimos no item 4.2 *supra.*

Posteriormente, na França, outras decisões aplicaram a responsabilidade do terceiro interferente na relação contratual para além do âmbito de contratos envolvendo

---

relations*,* cit., p. 732 e ss), que podem, resumidamente, assim serem elencados: a existência de um contrato sujeito a interferência; que o ato de interferir tenha sido intencional, o nexo causal entre a interferência e o dano. Além disso, cumpre salientar que o direito norte-americano também reconhece a responsabilidade por interferência indevida em negociações preliminares, sendo necessário para configurá-la: a intenção do terceiro em impedir futura relação contratual, a probabilidade razoável de que o contrato seria concluído, o nexo causal e perdas e danos.

[287]Referências sobre esse caso foram consultadas em SANTOS JÚNIOR, E. (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 320-322).

[288]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 322).

relações de trabalho, podendo-se concluir hoje, com segurança, que o entendimento da responsabilidade civil delitual do terceiro que assim age é pacífico no sistema jurídico francês.

Antes de adentrarmos em nossa ordem jurídica, interessante verificarmos como se deu no sistema jurídico italiano o ingresso da teoria do terceiro cúmplice, já que mais a frente, para demonstrar o fundamento da responsabilidade civil do terceiro, mencionaremos alguns juristas peninsulares.

Inicialmente, como lembra Antônio Junqueira de Azevedo[289], não foi adotada na Itália propriamente a doutrina do terceiro cúmplice. Na verdade, ela assumiu um caráter mais genérico por força das considerações sobre a eficácia externa das obrigações. Isso porque, de acordo com o professor, na Itália, a palavra cúmplice teria a conotação de crime. Além disso, o primeiro caso que se apresentou aos tribunais italianos não continha qualquer espécie de cumplicidade.

Esta primeira demanda ficou conhecida como o "caso Superga" e referia-se a um acidente aéreo (o avião chocou-se contra a colina Superga) no qual morreram todos os jogadares do time de futebol Torino. Com a fatalidade, evidentemente, todos os contratos celebrados pelos jogadores não puderam ser cumpridos. Assim, diante dos prejuízos causados pelo inadimplemento contratual de seus jogadores, o Clube do Torino ajuizou ação de indenização em face da companhia aérea, a qual foi julgada improcedente[290], sendo confirmada pelo Tribunal de Cassação em 04 de julho de 1953.

Cerca de vinte anos mais tarde, um novo caso, coincidentemente, envolvendo um jogador do Clube Torino, mudou a posição da jurisprudência italiana. Trata-se da demanda conhecida como "caso Meroni"[291]. O jogador Louis Meroni do time de futebol do Torino sofreu um acidente de carro e faleceu, iniciando-se, em seguida, um processo penal contra

---

[289]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 218.

[290]As informações sobre esse caso foram extraídas de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 218; SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 370 e CIAN, Giorgio. La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso di Superga al caso Meroni). *Rivista di Diritto Civile*, Milano, anno 17, p. 199-205, 1971. Com efeito, importa observar que efetivamente não se trata aqui de um caso envolvendo um terceiro cúmplice do inadimplemento do devedor, mas sim de um caso em que um que terceiro lesa, evidentemente, sem o apoio do devedor o direito de crédito do credor (sem entrarmos aqui na questão da culpa ou não).

[291]As informações referentes a esse caso foram extraídas de CIAN, Giorgio. La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso di Superga al caso Meroni), cit., p. 199-205.

Attilio Romero acusado de homícido culposo. Assim sendo, o Clube Torino ajuizou uma ação perante o Tribunal de Turim, requerendo que este se pronunciasse sobre a legitimação para exigir de Attilio Romero, no caso deste ser condenado no processo penal, o ressarcimento dos danos sofridos tendo em vista a morte de Meroni e, logo, a impossibilidade dele cumprir os contratos a que estava vinculado. Apesar do pedido ter sido rejeitado em primeira instância, o Tribunal de Cassação acolheu o pedido do Clube Torino, entendendo que "*chi con Il suo fatto doloso o colposo cagiona la morte del debitore altrui è obbligato a risarcire Il danno súbito dal creditore, qualora quella morte abbia determinato l´estinzione del credito ed una perdita definitiva e irreparabile per Il creditore medesimo"*[292].

Não obstante a *fattispeccie* considerada no "caso Meroni" seja morte do devedor de prestação de "fato infugível", o acórdão do Tribunal de Cassação constituiu-se em "*leading case"* para apligação do princípio da tutela aquiliana do crédito em outras hipóteses também[293], inclusive aquelas em que o terceiro induz a parte a romper o vínculo contratual.

Finalmente, no que se refere ao Brasil, podemos afirmar que, a doutrina da responsabilidade civil do terceiro cúmplice é recente se compararmos com a evolução da matéria no Direito Francês e nos países da *Common Law*[294].

---

[292]CIAN, Giorgio. La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso di Superga al caso Meroni), cit., p. 200. Em tradução livre lê-se que aqueles que intencionalmente ou por negligência, causa a morte do devedor de outro é obrigado a reparar o prejuízo sofrido pelo credor, se a sua morte levou à extinção do crédito e uma perda definitiva e irreparável para o credor do mesmo.

[293]GIORGIO CIAN (La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso di Superga al caso Meroni), cit., p. 200.) que comentou a decisão do caso Meroni, conclui seu artigo reconhecendo a importância da decisão para jurisprudência italiana, no entanto, entende ser necessária uma reflexão melhor sobre a aplicação da tese central do caso. É a sua conclusão: *L´altra constatazione è che la ragionevolezza e la compiuteza della tutela aquiliana de credito delineata nella sentenza è piú apparente che reale, come appunto vendemmo qui: si tratta di uma pronuncia tanto interessante e coraggiosa quanto, a mio giudizio,ancora non sufficientemente forte ed equilibrata nelle tesi centrali che la sorreggono. Il problema è quindi ancora apertissimo; in quali direzioni secondo me, ho cercato sopra di indicare. L´auspicio è quello di una estrema cautela e di una piú matura riflessione prima che sulla presente decisione, e in particolare sulla sua prima massima, si fondi un nuovo, vasto orientamento di tutto la nostra giurisprudenza diretto a proteggere il credito secondo i princípi dell´art 2043"*. Interessante notar que o artigo foi publicado no mesmo ano da decisão do caso e, posteriormente, a jurisprudência italiana se desenvolveu cada vez mais no sentido de acolher verdadeiramente (e não aparentemente como se refere o autor) à tese da tutela extrena do crédito.

[294]É certo que alguns autores mais antigos, como SERPA LOPES, a respeito do qual já fizemos menção (*Curso de direito civil, fonte das obrigações*: contratos, cit., p. 129) ou ALVINO LIMA (A interferência de terceiros na violação do contrato, cit., p. 15-30) já se referiam à possibilidade de um contrato ser oposto a terceiro. ALVINO LIMA (A interferência de terceiros na violação do contrato, cit, p. 15) atento ao desenvolvimento da teoria no direito francês já alertava que: "*O princípio da relatividade das convenções não pode ser entendido hoje, como foi no século XIX, com a rigidez de regra absoluta, conferindo ao terceiro ampla liberdade de ação. O contrato produz efeitos relativamente as partes contratantes, conferindo-lhes direitos*

No entanto, assim como na *Common Law* e no Direito Francês, podemos encontrar aqui vestígios da doutrina do terceiro cúmplice em questões envolvendo prestação de serviço.

Assim, no Código Comercial de 1850, em seu artigo 500 determina 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 de seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estádias da demora"*.

Nesse mesmo caminho, o Código Civil de 1916, determinava em seu artigo 1.235 que aquele que "*aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos"*. Em artigo semelhante, o Código Civil de 2002 ampliou tal hipótese para a prestação de serviços em geral, estabelecendo em seu artigo 608 que *"aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos"*[295].

---

e impondo-lhes deveres, tais efeitos, entretanto, não atingem os terceiros absolutamente estranhos à relação contratual. Contra os terceiros os efeitos dos contratos são inoponíveis, trata-se da ineficácia em relação aos mesmos, de um direito oriundo de um ato jurídico do qual não participaram. Mas o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos, sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes, mas age, como tal, erga omnes. Aquele mesmo sujeito passivo universal, que existe no direito real, observa Demongue existe no direito de crédito, sujeito obrigado ao dever de abster-se de violar o contrato, não se tratando de uma obrigação resultante da relação contratual. Há um dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem de 'neminem laedere'; um direito que apenas o contratante seja obrigado a respeitar e que terceiros possam impunemente desprezar, não teria absolutamente valor; não poderiam mais subsistir relações sociais, nem jurídicas, possíveis; a anarquia sucederia o reino da lei". Aliás, interessante consignar que o professor da Universidade de São Paulo defendia que no caso de uma interferência indevida de um terceiro na relação contratual, caberia o ajuizamento de uma ação pauliana para anular o segundo contrato celebrado (LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato, cit, p. 19-21). No entanto, ainda assim, tratavam-se de apontamentos que, apesar de sua extrema importância, não produziram maior interesse na doutrina nem na jurisprudência.

[295]Interessante notar que na origem deste dispositivo, segundo lembra DAVI MONTEIRO DINIZ (Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano 5, n. 27, p. 84-85, jan./fev. 2004), tiveram influência para sua positivação tanto o Direito inglês quanto o francês, destacando-se as relações entre 'amo' (*masters)* e servos (*servants)* a que nos referimos ao tratar do *tort of inducing breach of contract.* São os seguintes os esclarecimentos do autor sobre a origem do dispositivo legal: "*A proibição de aliciamento tem origens seculares. Ainda no período medieval conferia-se, em território de influência normanda e com respaldo no Direito comum, ação que facultava ao autor alcançar reparações por prejuízos causados pelo aliciamento de serviçais. Além disso, com o advento da Peste Negra, no séc. XIV uma forte escassez de trabalhadores rurais permaneceu por anos, levando a que a defesa do senhor de terras contra a cooptação de trabalhador do feudo fosse reforçada por editos reais promulgados nos dois lados do Canal da Mancha, deslocando-se a proibição do costume à lei escrita. De tal modo enraizado, o instituto permaneceu na Idade Moderna e depois interagiu com mudanças trazidas pela Revolução Industrial, período em que o*

Com o desenvolvimento tímido na doutrina e na jurisprudência, podemos afirmar, após as diversas pesquisas que fizemos sobre o assunto, que somente com a promulgação da Constituição de 1988 e com o parecer elaborado pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo[296] é que a matéria passou a ter maior atenção dos juristas.

O parecer envolvia o caso de duas distribuidoras de combustível e pode ser considerado paradigmático em nosso Direito.

Como é de notório conhecimento, as distribuidoras de combustíveis vendem seu produto a postos varejistas que, então, revendem o combustível ao consumidor.

Assim, normalmente o posto varejista é vinculado a uma determinada distribuidora, apresentando sua "bandeira", vendendo somente o combustível dessa distribuidora. É possível, entretanto, atualmente, pela legislação brasileira, que postos revendam combustíveis de várias distribuidoras, sendo chamados postos de "bandeira branca". Dessa forma, estes últimos não estão vinculados a nenhuma distribuidora, devendo simplesmente identificar em cada bomba de abastecimento a procedência do combustível.

Dessa maneira, cabe ao proprietário do posto varejista escolher segundo seu arbítrio se se vinculará ou não a determinada distribuidora de combustível. No entanto, a partir do momento em que opta pela "bandeira vinculada" surge de forma explícita ou implícita o dever de exclusividade, ou seja, de apenas e tão somente vender combustível daquela bandeira. A cláusula de exclusividade explícita é aquela que decorre de cláusula expressa do contrato, já a cláusula de exclusividade implícita é aquela decorrente do princípio da boa-fé objetiva, consistindo no dever anexo de agir de acordo com a finalidade do contrato e de forma leal ao seu co-contratante.

---

modelo de proibição de aliciação de trabalhador subordinado foi ampliado para envolver outros regimes de prestação de trabalho, fenômeno este inicialmente registrado em Inglaterra e França, de onde se irradiou para outros países. Quanto ao desenrolar dessa trajetória na tradição anglo-americana, sabe-se que as antigas regras sobre a proteção das relações entre máster e servant diante de terceiros mostraram-se úteis para solucionar, no séc. XIX, litígios contratuais derivados de serviços prestados sem subordinação, aptidão mais tarde aproveitada para dirimir lides a respeito de interferências perpetradas em outros contratos bilaterais.(...). Já no Direito francês posterior à revolução de 1789, a interdição de se interferir em contratos de locação de serviços celebrados com operários respaldou-se no uso dos ditames de defesa dos bons costumes, considerando-se o aliciamento ilícito civil. A partir de tais diretrizes, a proibição do empregador turbar contrato de trabalho alheio passou a constar de legislação especial a partir de 1932, sendo hoje delineada no artigo L 122-15 do Code du Travail".

[296] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual, cit., p. 137-147.

Baseada nessa cláusula de exclusividade, a distribuidora de combustíveis faz inúmeros gastos, envolvendo transporte, preservação da sua marca, atração de consumidores, entre outros. Assim, sem dúvida, as consequências para a empresa distribuidora, caso o posto rompa o contrato, passando a vender também combustível de outra bandeira, são extremamente gravosas, pois além doprejuízo econômico, a distribuidora pode também sofrer prejuízos na credibilidade de sua marca. Esta pode ser colocada em situação de perigo pela venda de combustível de outra procedência. Diante disso, é óbvio que a ruptura do contrato gera a responsabilidade contratual para o posto varejista, não sendo tal fato fonte de qualquer indagação ou discussão no meio jurídico.

Mas, em seu parecer Antônio Junqueira de Azevedo defende que a "distribuidora atravessadora", ou seja, aquela que contribuiu para o inadimplemento vendendo seu combustível a posto vinculado a outra bandeira também deva ser responsabilizada solidariamente com o devedor pelo rompimento contratual, considerando-se, para tanto, o princípio da função social do contrato, destacando que "*não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da survival of the fittest, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer tábula rasa de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de harmonia social. O alvo hoje é o equilíbrio entre sociedade, Estado é indivíduo. 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. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios de direito contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e os terceiros*[297]".

Dessa forma, diante da necessidade de se harmonizar valores como liberdade individual e solidariedade social, é dever da distribuidora atravessadora respeitar o contrato existente entre a distribuidora inicial e o posto varejista, configurando-se em ato ilícito postura contrária.

---

[297]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual, cit., p. 146.

Em outro parecer, não tão lembrado quanto o primeiro, Antônio Junqueira de Azevedo[298] também entendeu pela aplicação da doutrina do terceiro cúmplice e oponibilidade de um contrato referente à constituição de garantia em face de um segundo contrato de cessão de crédito celebrado posteriormente.

Em síntese, a demanda referia-se aos seguintes fatos: depois da sociedade empresária Açominas haver pagado inúmeros débitos de sociedades empresárias do Grupo Mendes Júnior, este prometeu dar em garantia à dívida créditos que tinham contra a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – Chesf, por meio da assinatura de um "Termo de Compromisso de Constituição de Garantia". Posteriormente, por meio de contrato de cessão de crédito, cedeu parte dos créditos prometidos em garantia à Açominas para sociedade empresária Belgo-Mineira. Diante disso, a Açominas apresentou consulta ao professor da Universidade de São Paulo, nos seguintes termos: "*Sendo inegável que a Belgo-Mineira Participação Indústria e Comércio Ltda. tinha conhecimento da obrigação da Mendes Júnior de constituir garantia sobre seu crédito contra a Chesf em favor da Açominas, em que medida a Belgo-Mineira Participação Indústria e Comércio Ltda. poderá ser responsabilizada caso a cessão recém-contratada em seu favor venha a prejudicar, de algum modo, parcial ou integralmente o cumprimento pela Mendes Júnior, da obrigação pactuada com a Açominas?*[299]"

Em face dos fatos apresentados, o professor mais uma vez concluiu pela responsabilidade da sociedade empresária Belgo-Mineira, fazendo alusão à doutrina do terceiro cúmplice, nos seguintes termos: "*a Belgo-Mineira poderá ser responsabilizada se a cessão da qual é beneficiária prejudicar, total ou parcialmente, o cumprimento da obrigação da Mendes Júnior para com a Açominas. A responsabilidade é delitual ou aquiliana, e, no caso, resulta de dolo, porque o conhecimento da obrigação de dar os créditos em garantia está demonstrado. A hipótese se enquadra perfeitamente na doutrina do terceiro cúmplice – apesar de doutrina menos ampla, como vimos, que a da eficácia externa das obrigações*"[300].

---

[298]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 208-225.

[299]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 210.

[300]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 222.

Outro caso que deu ênfase à discussão acerca da doutrina do terceiro cúmplice no Brasil foi o conhecido processo envolvendo o cantor "Zeca Pagodinho". O cantor celebrou contrato para protagonizar campanha publicitária para lançamento de cerveja da marca Nova Schin. A campanha foi ao ar. Posteriormente, o cantor apareceu na mídia fazendo campanha publicitária para a cervejaria Ambev, inclusive, nesta nova campanha, o cantor desmerecia por meio de insinuações o próprio comercial feito para a Nova Schin.

Diante disso, passou a se discutir a responsabilidade da Brahma por ter induzido o cantor a romper seu contrato com a Nova Schin. Dentro desse contexto, merece destaque o voto do Desembargador Roberto Mortari que, ao julgar conjuntamente os Recursos de Agravo de Instrumento n.º 346.328-4/5 e 346.344.4/8[301] , manteve a decisão que proibia a Brahma de veicular qualquer campanha publicitária protagonizada por Zeca Pagodinho enquanto vigorasse a cláusula de exclusividade que este havia assumido no contrato com a Schincariol, apresentando duas razões para tanto.A primeira refere-se ao fato de que "*ainda que a AMBEV não tenha sido signitária do contrato entre Zeca Pagodinho e Schincariol, sua conduta ao deixar de observar o pacto de exclusividade nele contido, é potencialmente apta a gerar dano indenizável, o que, se de um lado deverá ser alvo de regular contraditório na ação principal a ser proposta, lhe confere, ao menos por ora, status para figurar no pólo passivo da demanda. A outra é de ordem ética, e aliada à necessidade de se evitar que o desrespeito ao aludido vínculo persista, acarretando maiores danos para as partes envolvidas e para o meio social, justifica a urgência da medida, refletindo o periculum in mora."*

Mais adiante, em seu voto, o Desembargador assinala sua segunda razão: "*não é difícil identificar, na campanha publicitária veiculada pela AMBEV, pontos contrários à ética. No mínimo, ela estimula a traição e o desrespeito aos contratos, práticas nocivas à sociedade, que não pode ficar exposta a tal aviltamento, enquanto as partes discutem, dentro dos autos, suas razões, e eventuais perdas e danos".*

Não obstante, o voto não faça referência expressa à doutrina do terceiro cúmplice, à questão da oponibilidade do contrato e sua função social, verifica-se dos excertos acima elementos importantes que levam à mesma conclusão de que o terceiro que contribui para

[301]Tribunal de Justiça de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 31.03.2004. Confira-se a ementa do acórdão: "Cautelar. Concessão de liminar para impedir a veiculação de campanha publicitária, sob pena de multa diária. Existência de elementos que indicam que a campanha publicitária em questão se contrapõe a pacto de exclusividade preexistente e estimula práticas antiéticas e nocivas à sociedade. Presença de periculum in mora e fumus boni júris. Medida confirmada, inclusive no que se refere ao valor da multa, qua tente a sua função inibitória. Agravos desprovidos".

o inadimplemento contratual deve ser responsabilizado, seja porque sua conduta é apta a gerar um dano, seja porque é contrária aos preceitos de ordem ética, que, como reiteradamente já afirmado, é um dos vetores no novo Código Civil.

Com efeito, também por uma questão ética, a Ambev deveria respeitar o contrato celebrado entre a Schincariol e o cantor, em vez de nele interferir negativamente e possibilitar o seu rompimento. Afinal, como já foi afirmado, para que o contrato cumpra o seu programa econômico é necessário não apenas que as partes guiem suas condutas pela boa-fé, colaborando entre si, mas também que terceiros ajam de boa-fé, não interferindo na relação contratual alheia, pautando também seus atos pela boa-fé objetiva.

É de se notar, ainda, o fato do Relatodor do acórdão entender que a conduta do terceiro interferente, no caso a Ambev, estimula a traição e o desrespeito aos contratos, práticas nocivas à sociedade. A observação a respeito da conduta da Ambev feita pelo Relator pode ser facilmente enquadrada no que Antônio Junqueira de Azevedo[302] chamaria de dano social.

O dano social, segundo o jurista, é "*um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população*"[303]. No caso em tela, a conduta do terceiro quebrou uma relação de confiança trazida pelo contrato e tornou pública uma conduta anti-ética e anti-social, com a qual o Direito não pode consentir, afinal, ainda nas palavras de Junqueira "*a tolerância para com o dolo e para com o descumprimento da palavra (seria alterum laedere e suun cuique non tribuere, tudo ao contrário do que deveria ser) são os piores males para uma sociedade*"[304].

Desse modo, verifica-se a elogiável postura do acórdão ao reconhecer que (i) um terceiro não pode comportar-se de maneira a ignorar um contrato alheio em nome de seus interesses, interferindo nele de modo a causar seu inadimplemento e (ii) se o terceiro assim

---

[302]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-384.

[303]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, cit., p. 380.

[304]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, cit., p. 382.

se comportar, para além de causar prejuízo à parte credora do contrato, causará dano para toda sociedade[305].

Em um outro julgado um pouco mais recente, também do Tribunal de Justiça de São Paulo[306], a questão do terceiro cúmplice voltou a ser discutira, dessa vez referente à quebra de cláusula de exclusividade de contrato de representação comercial.

Neste caso, a sociedade empresária Indústria e Comércio de Conservas Alimentícias Predilecta Ltda ajuizou ação de indenização contra Auro Ninelli, Fugini Alimentos Ltda e Atlântica Empresa de Comércio Exterior Ltda., tendo em vista que a sociedade empresária Fugini, da qual Auro era sócio, celebrara contrato de representação comercial com a Atlântica, a qual, por sua vez, já havia celebrado um contrato de representação comercial com a autora, com cláusula de exclusividade.

Interessante notar que Auro, sócio da Fugini, era ex-sócio da sociedade empresária autora da ação e tinha, portanto, ciência da existência prévia do contrato celebrado entre a autora e a Atlântica.

Diante disso, o Tribunal afastou a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela Fugini, destacando que "*diante da ordem contratual contemporânea, na qual prevalecem os valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial, a liberdade contratual é limitada pela função social do contrato, de modo que a agravante , ao abusar de sua liberdade contratual, deve responder, em conjunto, pelos prejuízos causados à autora*".

Neste caso, portanto, verifica-se que, com base na função social do contrato, foi expressamente reconhecida a oponibilidade do contrato em face de terceiro e o dever deste de respeitar um contrato pré-existente, evitando celebrar com uma das partes um outro contrato incompatível com o cumprimento do primeiro.

---

[305]Cabe destacar que ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, cit. p. 382) entende que constado o dano social, a responsabilidade civil deve impor indenização pelos danos individuais e pelos danos sociais.

[306]Recurso de Agravo de Instrumento n.º 7286567-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Renato Rangel Desiano, j. 23.10.2008. Segue o trecho da ementa do acórdão que interessa para nosso estudo: "Ilegitimidade *ad causam.* Ação de indenização. Contrato de representação comercial. Empresa que, conhecendo a cláusula de exclusividade assinada pela representante, também firma com esta contrato de representação comercial, em concorrência direta com a representada. Abuso no exercício da liberdade contratual. Dever dos contratantes de atender não só aos interesses individuais, mas também aos extracontratuais que sejam socialmente relevantes. Desrespeito à função social do contrato. Legitimidade para responder, em conjunto, com os prejuízos causados à autora. Preliminar afastada".

Pelo exposto até aqui, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reconhecido que o contrato e seus efeitos não se restringem mais às partes contratantes, que terceiros podem indevidamente interferir no vínculo contratual alheio e por isso devem ser responsabilizados.

Diante desta constatação, nosso próximo passo é saber qual a natureza dessa responsabilidade do terceiro cúmplice e quais os seus fundamentos.

CAPÍTULO 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Um estudante de Direito já mais avançado no curso sabe que muito se pode falar a respeito da responsabilidade civil. Assim, nosso objetivo neste momento é apenas fazer um esboço introdutório deste instituto, a fim de nos localizarmos no objeto específico de nosso estudo que não é a responsabilidade civil propriamente dita, mas sim uma questão específica: a responsabilidade civil do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual e seu enquadramento.

O termo responsabilidade, de modo amplo, envolve a noção por meio da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação[307]. Civilmente responsável é aquele que está adstrito à obrigação de reparar um dano, por meio do pagamento de uma indenização, diante da lesão de um direito subjetivo alheio (ou até mesmo da lesão de um interesse juridicamente protegido)[308]. Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade visa reestabelecer o equílibrio moral e patrimonial violado pelo autor do dano[309].

No âmbito da responsabilidade civil existem duas grandes distinções fundamentais que têm como consequência a diferença do regime jurídico a ser aplicado. Assim, comumente, a doutrina e os códigos fazem a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, bem como entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil contratual envolve uma relação jurídica pré-existente, no caso o contrato, entre ofensor e ofendido, e incide sempre em que o devedor não cumpre seu dever de prestar, violando, assim, o direito de crédito da sua contraparte no contrato[310].

---

[307]Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4, p. 12. O autor exemplifica esta afirmação constando que "*assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão de um navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores, etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o novo Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada"*

[308]Na definição de LUIS DÍEZ-PICAZO e ANTONIO GULLON (DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil,* cit., v. 2, p. 539) "*La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interes de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido".*

[309]Cf. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

[310]Na definição de RICARDO LUIS LORENZETTI (*Tratado de los contratos:* parte general*,* cit., p. 580): "(...) *mientras que en la responsabilidad contractual el comportamiento viola una obligación, que ya existe, es determinada o específica respecto de um sujeto que es deudor. De tal modo, hay responsabilidad contractual siempre que el ilícito se configure por el incumplimiento de uma obligación preexistente".*

Já a responsabilidade civil extracontratual se configura quando se viola um direito alheio, causando dano ao sujeito titular deste direito, sem que haja uma relação jurídica prévia entre o ofensor e o ofendido.

Observe-se que nada impede que o direito violado no domínio da responsabilidade extracontratual seja um direito de crédito. A diferença é que na responsabilidade contratual o devedor viola o direito de crédito, na medida em que deixa de cumprir uma ou mais obrigação contratual. Já na responsabilidade extracontratual esta violação ao direito de crédito, pode ocorrer, como vimos no item 4.4 *supra*, por meio de uma conduta do ofensor que impessa o cumprimento da obrigação contratual pelo devedor, seja destruindo o objeto da prestação, seja causando a morte do devedor ou, ainda, induzindo este a inadimplir o contrato previamente celebrado, por meio da celebração de um segundo contrato com o devedor incompatível com o primeiro.

No que tange à responsabilidade sujetiva e objetiva, a distinção entre ambas se dá diante da exigência ou não do elemento culpa para configuração da responsabilidade civil. Assim sendo, enquanto para caracterização responsabilidade subjetiva entende-se necessário estarem presentes quatro requisitos fundamentais, quais sejam, a prática de um ato ilícito, a culpa, o nexo de causalidade e o dano, para caracterização da responsabilidade objetiva, exige-se apenas a presença de três requisitos: a prática do ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano.

Essas duas grandes distinções, entre responsabilidade civil contratual e extracontratual e responsabilidade civil subjetiva e objetiva, não surgiram de modo imediato com a formação do instituto, mas são decorrentes das transformações que a responsabilidade civil sofreu durante séculos, desde o seu surgimento.

Assim, necessário conhecermos um pouco da sua evolução no decorrer da história[311], para verificarmos a importância e até mesmo utilidade dessas duas diferenciações.

Numa primeira fase de evolução da responsabilidade civil, não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, objetiva e subjetiva, ou, ainda, entre responsabilidade individual e coletiva. Aliás, ao contrário do que muitos imaginam, podemos afirmar que num primeiro momento, a responsabilidade era mais objetiva do que subjetiva. Isso porque

---

[311]A respeito da evolução da responsabilidade civil, cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963. p. 15-46.

imperava como sanção ao dano a vingança privada, em que se buscava retribuir a dor com a dor, não havendo qualquer questionamento a respeito da origem do dano, se intencional ou não, se decorrente de uma conduta negligente ou de força maior[312]. Nesta fase inicial, confundiam-se concepções religiosas, envolvendo o pecado da conduta do ofensor, com as noções de crime e reparação civil.

Dessa forma primitiva de responsabilidade, passou-se a composição voluntária do dano, de acordo com a qual o lesado recebe do ofensor uma determinada quantia em dinheiro ou há a entrega de objetos como forma de reparação. Um exemplo disso, era a lei sálica, que para cada tipo de delito previsto impunha uma pena (tarifa ou taxa de composição) denominada *wergeld,* por meio da qual a família do ofensor resgatava o direito de vingança da família do lesado. No entanto, nesse período a composição ainda não era obrigatória, consistindo mais em uma opção do lesado, que desse modo, renunciaria ao direito de vingança, do que propriamente a reparação do dano por meio do pagamento de uma indenização.

Uma maior evolução nesse sentido acontece com a promulgação da Lei das XII Tábuas, que impôs para certos casos a obrigatoriedade da composição legalmente fixada e a renúncia ao direito de vingança[313]. Como a Lei das XII Tábuas regulava apenas casos concretos, não houve sobre sua égide uma consagração de um princípio maior fixador da responsabilidade civil. Um passo importante nesse caminho apenas foi dado com a *Lex Aquilia*[314].

O conteúdo da *Lex Aquilia* estava distribuído em três capítulos[315]. O primeiro referia-se à morte de escravos e animais que pastavam em rebanhos. O segundo capítulo tratava da quitação por parte do *adstipulator* (credor acessório) com prejuízo do credor estipulante. Ou seja, referia-se a situações em que o creder acessório ao credor principal, ao invés de receber o crédito declarava-o extinto por meio da *acceptitalio,* causando prejuízos ao credor principal. O terceiro e último capítulo tratava do *damnum injuria datum,* que compreendia danos causados a escravos ou animais e deterioração ou destruição de coisas corpóreas.

Foi justamente trabalhando esses casos previstos no último capítulo da *Lex Aquilia* que os pretores e jurisconsultos ampliaram o alcance destas previsões, com a

---

[312]Cf. SANTOS JÚNIOR, E., *Da responsabilidade civil por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 179.
[313]Cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco,* cit., p. 21-22.
[314]Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* cit., p. 531.
[315]Cf. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil,* cit., p. 29.

aplicação para casos em que um homem livre era ferido, bem como para toda e qualquer destruição de coisa. Desse modo, firmou-se uma inicial noção de dano e culpa.

Além disso, a *Lex Aquilia* foi, de certa forma, também responsável pela incipiente divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual. Isso porque a *Lex Aquilia* apenas reprimia os actos ilícitos positivos e não os negativos, em que se enquadra a inexecução de um contrato. Ao credor contratual não cabia uma ação com base na *Lex Aquilia*, razão pela qual lhe era concedida uma ação com base no contrato. Daí que o termo responsabilidade aquiliana ser sinônimo de responsabilidade extracontratual[316].

Não obstante toda essa construção do Direito Romano sobre a responsabilidade civil, os romanos não chegaram, assim como o que aconteceu com o contrato, a formular uma teoria geral da responsabilidade civil. Tal fato, mais uma vez, fazendo um paralelismo com a evolução do direito contratual que vimos no inicio deste trabalho, deveu-se ao Direito Francês, a partir da promulgação do Código de Napoleão.

Dentro deste contexto, pode-se afirmar que um princípio geral da responsabilidade civil está disposto no artigo 1.382 do *Code*, que estabelece que *tout fait quelconque de l´homme qui cause à autrui um dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer.* Ou seja, de acordo com o artigo 1382, para que surja o dever de indenizar e configure-se a responsabilidade civil deve estar presente o elemento culpa (*faute)*. É a consagração da culpa como fundamento da responsabilidade civil.

O Código Civil francês também foi responsável, formalmente, pela distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. Assim, as regras sobre a responsabilidade civil contratual estão dispostas dos artigos 1146 a 1175 numa seção denominada *dommages-intérêts resultant de l´inexecution de l´obligation.* Já a responsabilidade extracontratual está disposta nos artigos 1382 a 1386 (*délits et quasi-délits).*

A evolução da responsabilidade civil não cessa, contudo, com a formulação de um princípio geral pelos franceses[317]. Assim como o contrato, ela é um instituto dinâmico que sofre diretamente as conseqüências da evolução econômica da sociedade[318].

---

[316]Cf. SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 184.

[317]Dentro desse contexto, ilustradora a colocação de E. SANTOS JÚNIOR (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito,* cit., p. 190): "*Bem entendido, a revolução industrial do séc. XIX, com todas as suas implicações, não poderia deixar de suscitar uma correspondente evolução jurídica. Até pela colocação de novos problemas, ainda inexistentes ou apenas embrionários ao tempo em que o Code Civil foi publicado. Se os artigos do Code permanceram, como permaneceram, intocados – e estamos a*

As transformações trazidas pela Revolução Industrial que descrevemos no capítulo 3, no âmbito da responsabilidade civil, trouxeram como conseqüência a agravação dos riscos e a necessidade de uma eficaz reparação destes, o que não poderia mais se atendido com uma responsabilidade fundada exclusivamente na culpa[319].

Assim sendo, o desenvolvimento econômico, as invenções tecnológicas e cientificas, com a produção e consumo em massa[320], impuseram transformações na teoria da responsabilidade civil, que, conforme ensina Fernando Noronha[321], podem ser sistematizados em três pontos principais: a expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização.

A expansão dos danos suscetíveis de reparação refere-se à necessidade sentida pela sociedade de não deixar nenhum dano sem reparação. Desse modo, além dos danos patrimoniais, os danos extrapatrimoniais (dano moral) também passoram a ser reparados. Além disso, reconheceu-se a necessidade de tutelar os danos transindividuais, resultantes da violação dos direitos difusos e coletivos. São danos que atingem os interesses de uma coletividade, tais como os causados ao meio ambiente e ao consumidor.

A objetivação da responsabilidade liga-se diretamente ao fato de que, numa sociedade industrializada, com relações massificadas e despersonalizadas, a prova da culpa

---

pensar sobretudo nos art. 1382 a 1386 – tal, não aconteceu sem que um direito jurisprudencial tenha criado novas extensões ou desenvolvimentos, sem que o legislador houvesse de emitir legislação avulsa, sem que, enfim, quando não na sua feição teórica, ao menos na sua feição prática, o Direito da responsabilidade civil não tenha sofrido o influxo decorrente da cada vez maior institucionalização do seguro".

[318]Nas palavras de JOSÉ DE AGUIAR DIAS (*Da responsabilidade civil,* cit., p. 26): "*O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se, na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes"*

[319]A descrição desse fenômeno é feita com clareza por ALVINO LIMA (*Culpa e risco*, cit., p. 16): "*Os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas até então, sagradas e inexpurgáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloqüente e real de que o Direito é antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida".* TERESA ANCONA LOPEZ (*Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61) destaca que as transformações da responsabilidade civil e o incremento da teoria do risco, com o afastamento da teoria da culpa, são decorrentes tanto das modificações econômicas, quanto da filosofia da solidariedade social. São suas palavras: "*Apesar da teoria do risco ter aparecido fundamentada em motivos econômicos (richesse oblige), num segundo momento a tendência para seu crescimento, vindo a provocar o incremento dos contratos de seguro, teve como filosofia inspiradora o princípio da solidariedade social, princípio ético que aparece em todas as constituições européias promulgadas após a 2ª Guerra Mundial e que também faz parte da Constituição Brasileira de 1988, sendo um dos objetivos da república (art. 3º, I, CF)"*

[320]Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil,* cit., 64

[321]NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* cit., p. 540.

do ofensor tornou-se cada vez mais difícil e, em, algumas situações, impossível, o que deixava a vítima do dano totalmente desamparada. Ademais, constatou-se que a maioria dos novos danos eram causados por sociedades empresárias que por sua atividade criavam riscos para toda a sociedade. Desse modo, o racícinio que se empregou é o de que "*quem arrisca a segurança e vida alheias para lucrar deve pagar por isso"*[322]. Assim sendo, em determinados casos impôs-se o dever de indenizar independentemente da existência de culpa. Configurava-se, assim, a responsabilidade objetiva, fundamentada em três riscos: *o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo.*

Por fim, a coletivização da responsabilidade está ligada ao desenvolvimento do seguro de responsabilidade civil, que *"passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade de pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo"* [323].

Essa evolução da teoria da responsabilidade civil, no Brasil, é claramente evidenciada no Código de Defesa do Consumidor. Este diploma legal, em seus artigos 81 e seguintes, prevê a reparação de danos causados a toda coletividade dos consumidores e não apenas a reparação individual. Além disso, trata como objetiva a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços, que respondem pelos danos causados aos seus consumidores e aos consumidores por equiparação, independentemente de culpa. Esses dois elementos (dano coletivo e responsabilidade objetiva), por sua vez, estimulam a procura pelos seguros de responsabilidade civil.

Outro ponto com relação à responsabilidade civil, a respeito do qual brevemente nos referimos tópico 4.3, que o Código de Defesa do Consumidor traz novamente para debate são os argumentos de superação da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual, afinal os fornecedores respondem igualmente quer perante os

---

[322]LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil,* cit., p. 61.

[323]NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* cit., p. 543. Importante consignar que o desenvolvimento do seguro de responsabilidade apesar de ter um lado positivo consistente na maior garantia de ressarcimento do dano sofrido pela vítima, apresenta também, como apontado por TERESA ANCONA LOPEZ (*Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil,* cit., p. 60), um aspecto negativo que é devidamente apontados pela professora, em textual: "*De outro lado, o desenvolvimento do seguro, além de diminuir o cuidado com os riscos, como já falamos, mitiga ou até anula a função preventiva da responsabilidade civil, porque, se o seguro vai cobrir danos, não será preciso tomar medidas de prevenção".*

consumidores que celebraram com ele contrato, quer perante terceiros que sofrem acidentes de consumo e com quem não possuem nenhuma relação contratual.

Afirmamos que o Código de Defesa do Consumidor traz novamente esta discussão, pois ela não é nova. Como lembra E. Santos Jr[324], em 1892, J. Grandmoulin em sua tese *De l´unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation d´obligations contractuelles,* já defendia a unicidade das responsabilidades alegando que toda obrigação de reparar, sendo ela resultante do descumprimento de um contrato ou não, tem origem legal.

Com efeito, é inegável que a responsabilidade civil contratual e extracontratual constantemente se interpenetram e ontologicamente não são distintas, já que em ambas ocorre a não observância de um dever jurídico, seja do dever de prestar, seja do dever de não violar direito alheio. Tanto em uma como na outra há a presença do dano e da necessidade de sua reparação. Pode-se afirmar que há um fundamento único para as duas responsabilidades que é o princípio do *neminem laedere*[325].

Aqueles que defendem a teoria dualista, ou seja, são favoráveis a distinção destacam que a diferença de regime entre elas justificam a diferenciação. Assim, por exemplo, enquanto na responsabilidade extracontratual o ônus da prova, em regra, cabe a vítima, na responsabilidade contratual, normalmente, se presume a responsabilidade do devedor. No entanto, é justamente para a extinção dessa diferença de tratamento que os defensores da teoria unitária repugnam a distinção entre ambas as responsabilidades[326].

Prevaleceu, contudo, nas diversas legislações, inclusive a brasileira a teoria dualista, com a respectiva divisão de tratamento entre responsabilidade contratual e extracontratual. Assim, apesar de reconhecermos a importância e viabilidade da teoria unitária da responsabilidade civil, para que nosso trabalho se adéqüe a sistematização do instituto da responsabilidade civil prevista no Código, apresentando assim uma melhor

---

[324]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 203.

[325]Os elementos que unificam ambas as responsabilidades são fundamentos para PHILIPPE REMY (La responsabilite contractuelle: histoire d'un faux concept. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 96, n. 2, p. 323-324, avr./juin. 1997) afirmar que a responsabilidade contratual trata-se de um erro histórico, que, na verdade, ela não existe, funcionando apenas como um substituto da execução contratualmente assumida.

[326]Nesse sentido, esclarece RICARDO LUIS LORENZETTI (*Tratado de los contratos:* parte general*,* cit., p. 594): "*Hay coincidência doctrinaria em que la ilicitud es um fenômeno que responde a uma unidad sistemática. En virtud de ello antijuridicidad, imputabilidad, nexo causal y daño son presupuestos aplicables a los casos que surgen em el âmbito contractual, aquiliano, público o privado. Esta unidad se refiere a la independência de la causa-fuente del crédito: cualquiera sea la causa se aplican los mismos princípios. Lo que há pretendido la doctrina es suprimir las injusticias que derivan de um diferente régimen em matéria de prescripción, de competências, de extensión de la reparación, que tienen su origen em la fuente del crédito*".

efetividade prática, adotaremos a teoria dualista analisando nosso problema em dois âmbitos: primeiro no que tange ao devedor do contrato preexistente e segundo com referência ao terceiro que induz o devedor a celebrar com ele um contrato incompatível com aquele preexistente, causando, desse modo, o inadimplemento contratual.

Na primeira situação, aplicam-se os dispositivos referentes à responsabilidade contratual, na segunda à responsabilidade extracontratual ou aquiliana. É justamente o fundamento dessa responsabilidade com relação ao terceiro, bem como seus requisitos que passaremos a analisar a seguir.

5.1. A responsabilidade civil aquiliana do terceiro cúmplice

O fundamento para a responsabilização do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual está na prática de ato ilícito. Afinal, o terceiro que celebra com a parte de um contrato, um segundo contrato incompatível com o cumprimento do primeiro, viola o direito de crédito alheio.

Dentro desse contexto, para melhor esclarecer o que aqui se afirma, importante destacarmos que o contrato é fonte de obrigação, dessa relação jurídica obrigacional surge para o credor o direito ao crédito e para o devedor o dever de efetuar a prestação, tão logo ela se torne exigível[327].

Desse modo, ao celebrar com o devedor contrato que inviabilize o cumprimento de um outro que este último tenha celebrado, o terceiro desrespeita o direito de crédito do credor, violando-o, devendo portanto ser responsabilizado. Nesse sentido, consoante ensina

---

[327]Para melhores precisões terminológicas, cabe aqui transcrever mais uma vez os ensinamentos do professor ALCIDES TOMASETTI JR. (*Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, cit., p. 4-5): "*O dever de prestar (ou dívida) é posição jurídica subjetiva passiva, isto é, localiza-se no pólo passivo da relação jurídica obrigacional, em cujo pólo ativo encontra-se característica e correspondentemente a posição jurídica subjetiva ativa, consistente no direito a uma prestação (ou direito de crédito). Dentre as várias (e.g., reais, sucessórias, familiares) diferencia-se a relação obrigacional pelo nexo normativo (vínculo) que se estabelece entre o titular do direito de crédito e o adstrito á dívida. (...) Obrigação e dívida, segundo a melhor terminologia, designam fenômenos jurídicos diversos. No pólo passivo da relação jurídica obrigacional somente surge a obrigação quando a prestação se torna exigível pelo credor; em contrapartida surge no pólo ativo da relação jurídica obrigacional a pretensão desde o momento em que se verificar a exigibilidade da mesma prestação. No segundo caso, ao direito subjetivo de crédito, que é direito a uma prestação, acresce a pretensão, que é o poder exigir a prestação. No primeiro caso, sobrevinda a exigibilidade da prestação (dívida) se transmuda em obrigação, tomando assim essa palavra multívoca o seu significado técnico jurídico estritíssimo*".

Pietro Perlingieri[328] *"mesmo o crédito é, de certo ponto de vista um bem, e enquanto tal deve ser respeitado por todos(...) há, portanto, uma ampliação da fronteiras da responsabilidade extracontratual, em relação ao princípio da solidariedade constitucional (arts. 2 e 3 da Const.) se o comportamento do sujeito é lesivo de uma situação jurídica relevante (absoluta ou relativa) de maneira a provocar um dano injusto, não há motivo de excluir a responsabilidade de quem provocou a lesão"*.

No Código Civil brasileiro, esse dever de respeito é consagrado no artigo 186, de acordo com o qual "*aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Note-se que a legislação brasileira não faz restrição sobre quais direitos podem ser violados; se somente direitos absolutos ou não. Dessa forma, o melhor entendimento é de que o artigo 186 refere-se a todo e qualquer direito, até mesmo às situações jurídicas não constituídas em direito subjetivo.

Com efeito, como lembra Antônio Junqueira de Azevedo[329], "*se pudéssemos imaginar um jurista radicalmente positivista, isto é, indiferente à jurisprudência, alheio à doutrina, infenso ao direito de outros povos, descrente da moral, céptico quanto ao senso de justiça e, simplesmente, exclusivamente obcecado pelo texto da lei, ainda assim, esse jurista hipotético teria que reconhecer a responsabilidade de terceiro que, por culpa ou dolo, em colaboração ou isoladamente, viola direito. É a lei que impõe a obrigação de reparar o dano resultante da violação do direito. De que direito se trata? Trata-se certamente do direito subjetivo da vítima. Ora esse direito, que na lei está sem qualquer qualificativo é direito real quanto o pessoal, tanto o patrimonial, quanto o não patrimonial, tanto o absoluto quanto o relativo"*.

Dessa forma, inquestionável que a conduta do terceiro se enquadre no previsto no artigo 186 do Código Civil e, uma vez que cause dano, deve ele responder civilmente, reparando-o.

É claro, por todo o exposto acerca da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, que a responsabilidade do terceiro é aquiliana[330], vez que, vale a pena

---

[328]PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 142.

[329]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 221.

[330]Na mesma linha do que aqui defendemos, é a lição de LUIZ DÍEZ-PICAZO e ANTONIO GULLON (*Sistema de derecho civil,* cit., v. 2, p. 205): "*El problema básico consiste en determinar si el tercero asume frente al acreedor una responsabilidad por la violación o lesión de su derecho. El obstáculo más grave para*

lembrar, o inadimplemento propriamente dito da obrigação só pode ser perpetrado pelo devedor, que responde contratualmente por sua conduta. Assim, a responsabilidade do terceiro é consequência da oponibilidade dos contratos, que impõe a todos aqueles que não são partes do contrato (terceiros em geral) o respeito a situações jurídicas estabelecidas na sociedade. Já a responsabilidade do devedor é desdobramento lógico do inadimplemento contratual por ele praticado[331].

Desse modo, como lembra Savatier, a responsabilidades contratual e a extracontratual se integram, de maneira a não deixar nenhum vazio por onde o ato ilícito possa impunemente passar[332]. As duas condutas são reprováveis, tanto a do devedor quanto a do terceiro, e ambos devem responder pelo dano causado na medida de sua responsabilidade.

Efetivamente, por tudo o que vimos até aqui, o terceiro, quando induz uma parte a romper o contrato, provoca a quebra da sua função primordial que é a circulação de riquezas, e, consequentemente, causando um prejuízo para toda a sociedade. Desse modo, o seu comportamento não deve ser legitimado pelo Direito por meio do clássico argumento de que o direito de crédito é um direito relativo, visto que sua conduta fere os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

---

afirmalo es el carácter relativo que dogmáticamente se atribuye a los derechos personales, en general, y a los derechos de crédito en particular. Puesto que solo el deudor resulta obligado, para los terceros el derecho de crédito no gênero ningún tipo de deber y, por consiguiente, em cuanto no obligados, no son responsables ante el acreedor, su conducta es libre. Sin embargo, frente a la tesis anterior hay que señalar que existe un deber de respeto del derecho de crédito, que no es más que uma consecuencia de deber general de respeto de la situaciones jurídicas que integran la esfera jurídica y el patrimônio ajeno. Por ello, el tercero que viola dolosa o negligentemente el derecho del acreedor asume uma determinada responsabilidad y debe indenizar los daños y perjuicios que como consecuencia se le produzcan al titular. Esta consecuencia, denominada <tutela aquiliana del crédito>, encuentra su fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil y da lugar a un deber de indemnización de daños y prejuicios".

[331]A esse respeito interessante a ponderação de E. SANTOS JÚNIOR. (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 500): "*Esta, a responsabilidade civil do terceiro interferente com o crédito, será uma faceta, um elemento da protecção ou garantia do crédito, enquanto direito subjectivo, que se junta, complementando-a, à protecção do crédito através da responsabilidade do devedor inadimplente, do devedor que, culposamente, não realize o dever de prestar".*

[332]SAVATIER, René, Le prétendu príncipe de l´effet relatif des contrats, cit., p. 542. Nas palavras do autor, em textual: "*Et qu´on ne s´étonne pas de voir la responsabilité délictuelle intervenir ici pour compléter la responsabilité contractuelle. C´est son role normal. Les diverses responsabilités reconnues par une bonne législation doivent s´articuler dé manière à ne laisser aucun vide par ou la faute, et spécialement la mauvaise foi, puísse impunément passer".*

Com efeito, a ordem constitucional solidária impõe para o terceiro pelo menos a colaboração com o contrato em grau mínimo, qual seja, não atrapalhar o seu desenvolvimento natural[333].

Na Itália, o jurista Francesco Donato Busnelli[334] também defende que a responsabilidade civil do terceiro que lese o direito de crédito tem fundamento na cláusula geral de responsabilidade civil, disposta no artigo 2.043 do Código Civil italiano (*risarcimento per fatto illecito),* que guarda semelhança com o artigo 927 do Código Civil brasileiro[335] e que assim dispõe: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso Il fatto a risarcire il danno"*.

Dentro desse contexto, Busnelli entende que a lesão do crédito por terceiro constitui um pressuposto objetivo do dano[336]. Para tanto, defende uma autonomia estrutural do artigo 2.043 em face dos argumentos de parte da doutrina de que a injustiça do dano pressupõe a violação de um direito subjetivo absoluto. Com efeito, segundo o autor, se a ideia de dano injusto só envolver as situações em que há um dever já previamente determinado de não prejudicar, tal artigo deixa de ter qualquer âmbito de atuação[337].

Com relação à possibilidade do direito de crédito sofrer lesão por um terceiro, muito interessante a construção de Busnelli, para quem se um terceiro pode adimplir a obrigação do devedor, interferindo no interesse do credor, ele também pode também interferir na relação obrigacional, de modo a causar o inadimplemento contratual[338]. Tal

---

[333]Cf. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006. p. 159.

[334]BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi.* Milano: Giuffrè, 1964.

[335]Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

[336]BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi,* cit., p. 90.

[337]BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi,* cit., p. 56-68. FRANCESCO BUSNELLI (*La lesione del credito da parte di terzi,* cit., p. 68) defende claramente a autonomia do artigo 2.043, ponderando que: "*La descritta fattispecie si profilla, all´interno della sua strutura, svincolata da qualsiasi rapporto di 'compozione' com (o, comunque, da qualsiasi necessita di complemento da parte di) altre norme giuridiche e risulta, pertanto, autônoma, giacchè il suoi elementi sono, di per sè soli, idonei ad assicurare Il completo funzionamento del meccanismo risarcitorio. Com le altre norme permane tuttavia um diretto collegamento funzionale della 'fattispecie di responsabilità', allo scopo di determinare in concreto, caso per caso, la sussistenza del requisito dell' ingiustizia' del danno (...)"*

[338]Em suas palavras (*La lesione del credito da parte di terzi,* cit., p. 46): "*(...) comme è ammessa per legge un'incidenza del fatto del terzo sull''interesse' del creditore nel senso del suo soddisfacimento, cosi è lógico ammettere la possibilita di uma uguale incidenza del fatto del terzo nel senso opposto, e cioè in quello della violazione".*

fato trata-se, segundo o autor, "*in ultima analise, se non due facce dem medesimo fenômeno: 'l'incidenza dell' attività del terzo sul diritto di credito"*[339].

Cabe consignar, contudo, que a responsabilização do terceiro por interferência no direito de crédito alheio não é unânime tanto no Brasil quanto na Itália[340].

No Brasil, podemos citar como exemplo Marcos Bernardes de Melo[341], que embora reconheça, na esteira do que afirma Busnelli, que o terceiro pode adimplir a obrigação em certas circunstâncias, ainda que em nome próprio, entende que, por ser o direito de crédito um direito relativo, o terceiro não pode ser responsabilizado por seu inadimplemento, mesmo quando pratique atos que conduzam o devedor a não adimplir a obrigação. A única hipótese para responsabilização do terceiro, segundo Marcos Bernardes de Melo, seria quando o terceiro, agindo com ilicitude obstacularizasse o adimplemento pelo devedor[342].

---

[339]BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi,* cit., p. 31-32. Em tradução livre, lê-se que em última análise, são duas faces do mesmo fenômeno: a incidência da atividade do terceiro sob o direito de crédito. A obra de FRANCESCO BUSNELLI é bastante rica, e destacamos aqui apenas dois dos pontos principais. O autor esmiúça o princípio em vários aspectos, diferenciando a lesão de crédito mediante a atuação sobre a pessoa do devedor (op. cit., p. 156-179); sobre o objeto da prestação (op. cit., p. 181-214), sobre a posição jurídica do credor (op. cit., p. 215-235) e o caso em que propriamente se aplica a doutrina do terceiro cúmplice (237-258), expressão com a qual, aliás BUSNELLI não concorda (op. cit., p. 238-240).

[340]Em Portugal também diversos juristas se manifestaram contrários à responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. Entre eles se destaca ADRIANO VAZ SERRA (Seção Jurisprudência, Anotação. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Lisboa, n. 3.287, p. 25-32, 1965) em que ao comentar um julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 1964, em que um credor viu-se preterido em seu direito de preferência por um terceiro comprador, defendeu que o pacto de preferência, por se tratar de uma convenção criadora de uma relação obrigacional, apenas produz efeitos entre as partes, não apresentando qualquer eficácia perante terceiros. A decisão do Supremo Tribunal de Justiça, no entanto, foi no sentido de conceder ao credor o direito de indenização em face do terceiro adquirente por perdas e danos, bem como de ter o bem adquirido restituído.

[341]MELO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

[342]Confira-se o posicionamento do autor (*Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia 1ª parte, cit., p. 207): "*Diz-se direito relativo a relação jurídica que tem sujeito passivo determinado, ou, ao menos, determinável. Forma-se, portanto, sempre entre S1 R S2, jamais com o alter. Por esse motivo, a obrigação, que corresponde à pretensão do sujeito ativo, somente pode ser exigiga do devedor específico, nunca de outro sujeito qualquer, e, consequentemente, seu inadimplemento só pode ser perpetrado por ele. O terceiro, embora possa adimplir a obrigação em certas circunstâncias, mesmo em nome próprio, não pode ser responsabilizado por seu inadimplemento, mesmo quando pratique atos que conduzam o devedor a não poder adimplir a obrigação, salvo, se, agindo com ilicitude, obstaculalizar o adimplemento pelo devedor. Em tal hipótese, responderá pelo ilícito absoluto perante o devedor, e não pelo inadimplemento negocial propriamente dito, que é ilícito relativo".*

Já na Itália, um dos que se opõe à responsabilização do terceiro é Pietro Trimarchi[343], para quem a responsabilidade do terceiro por lesão ao direito de crédito apenas pode ocorrer em casos especialíssimos.

Trimarchi entende que, inicialmente, é necessário fazer uma distinção entre uma atividade contratual que lesa o direito de crédito e uma atividade material. A primeira refere-se justamente à celebração entre o terceiro e o devedor de um contrato incompatível com um previamente existente, ao qual o vendedor já estava vinculado. A segunda situação refere-se à hipótese de morte ou de lesão do devedor, ou de destruição ou danificação da coisa objeto da prestação, que extingua o direito de crédito de outrem ou que leve ao inadimplemento da obrigação[344].

No que tange à atividade contratual, nosso tema, Trimarchi defende que o terceiro, em regra, não pode ser responsabilizado, a não ser, no âmbito da concorrência, que o terceiro induza o devedor a não cumprir o contrato mediante declarações falsas sobre a realidade comercial do credor ou quando tenha por objetivo específico atingir a organização ou atividade produtiva deste[345]. Se aplicada a outras hipóteses diferentes destas, Trimarchi entende que a responsabilização do terceiro prejudica a concorrência e o tráfego negocial[346].

Como argumentos para sustentar a ausência de responsabilidade de terceiros em caso de interferência indevida em um contrato previamente celebrado, Trimarchi volta sua atenção para os artigos 1.380 e 1.379 do Código Civil italiano. O artigo 1.380[347] determina a prevalência do direito cujo gozo tenha sido obtido em primeiro lugar, independentemente de ter sido contratado posteriormente e da boa ou má-fé do adquirente. Diante disso, o professor da Universidade de Milão entende que se fosse admitida a responsabilidade do

---

[343]TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito. *Rivista di Diritto Civile*, anno 29, p. 218-219, 1983. p. 219-236.

[344]TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 218.

[345]São suas palavras (Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 224): "*Cosí Il diritto di credito del terzo sarà tutelato contro atti pregiudizievoli che non siano giustificabili quali manifestazioni della liberta di concorrenza. In particolare, dovrà essere considerato illecito Il comportamento del terzo che induca Il debitore all´inadempimento mediante false dichiarazioni sul conto del creditore, o allo scopo specifico di colpire l´organizzazione e l´atività produttiva del creditore: Il paradigma può essere costituito daí bem noti princípi elaborati dalla giurisprudenza in tema di storno dei dipendi"*

[346]Esse argumento é bastante desenvolvido em outra obra do autor *La responsabilitá del terzo per lesione del credito,* in ZATTI, Paolo; ALPA, Guido (Coords.). *Letture di diritto civile.* Padova: CEDAM, 1990.

[347]Art. 1380 *Conflitto tra più diritti personali di godimento. Se, con successivi contratti, una persona concede a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito. Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento, è preferito quello che ha il titolo di data certa (2704) anteriore. Sono salve le norme relative agli effetti della trascrizione (2644 e seguenti).*

terceiro por lesão ao direito de crédito, não haveria a prevalência do direito de terceiro de má-fé que obtivesse o gozo antes de um anterior contratante[348].

O artigo 1.379[349] estabelece que a proibição de alienar apenas produz efeitos entre as partes. Diante disso, Trimarchi considera este artigo extensível a todos os pactos análogos limitativos da liberdade econômica, concluindo, por fim, que o sistema normativo italiano apresenta indicações de que o terceiro que celebra com o devedor um contrato incompatível com um pré-existente não pode ser responsabilizado[350].

Com relação ao que o jurista italiano chama de interferência material do terceiro na relação obrigacional, Trimarchi entende também que o terceiro apenas pode ser responsabilizado em uma única situação: quando a interferência do terceiro tem como objetivo específico impedir o cumprimento da obrigação[351].

As objeções, contudo, que estes dois renomados juristas fazem à responsabilidade civil do terceiro que interfere indevidamente no direito de crédito alheio são desconsertadas pela realidade.

No que tange ao argumento de Marcos Bernardes de Mello de que o direito de crédito é um direito relativo e por isso não poderia ser violado por terceiro, vimos no

---

[348]Seguem suas ponderações (Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 220-221): "*L´argomentazione muove dall´art 1380 c. c. il quale, per l´ipotesi che com successivi contratti uma persona abbia concesso a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, dispone che il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito, anche se há contrattato per secondo, e cio indipendentemente da ogni indagina circa la sua buona o mala fede. Qui davvero si può dire che uma responsabilità extracontrattuale del secondo contraente di malafede verso il primo contraente, implicando un obbligo di rilascio della cosa al fine della soddisfazione in forma specifica del titolare de diritto leso (art. 2058, comma 1º, c.c), sarebbe incompatibilile con la regola dell´art 1.380 c.c. Non sarebbe infatti proponibile qui un´interpretazzione che, analogamente a quella esposta sopra a propósito dell´art 2644 c.c, attribuisse alla regola di prevalenza espressa dall´art. 1380 c.c una funzione compatibile com la responsabilità del secondo contraente. La spiegazione della norma è dunque che il secondo acquirente può prevalere, se consegue per primo il godimento, nonostante la sua eventuale conoscenza dell´anteriore e incompatibile impegno assunto dal suo dante causa verso altri, perché quell´impegno, avendo carattere puramente obbligatorio, gli può essere indifferente*".

[349]Art. 1379 *Divieto di alienazione. Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo (965) e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti (1260).*

[350]Nas palavras do autor (Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 221): "*Venendo poi alle ipotesi in cui la conclusione di determinati affari con terzi sia contrattualmente vietata, ne troviamo uma espressamente prevista nell´art 1379 c.c, il quale dispone che il divieto di alienare stabilito per contratto há effetto solo fra le parti. La norma è ispirata da um principio di mobilità econômica, che si estende immediatamente ad altri patti analogamente limitativi della liberta econômica, quali i patti di non concorrenza, i patti di esclusività, le clausole di prezzo imposto. In conclusione si può dire che il sistema normativo contiene univoche indicazione nel senso che la stipulazione di un contratto incompatibile com un preesistente impegno di uma delle parti verso um terzo non può essere fonte di responsabilità extracontratualle dell´altra parte, quand´anche essa abbia conosciuto il pregiuzio che cosi veniva arrecato al credito tel terzo*".

[351]TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 234.

decorrer dessa dissertação que as transformações de perspectivas do Direito Contratual e da realidade sócio-econômica, fizeram com que o crédito se tornasse, nas palavras de Fernando Noronha[352], valores ativos do patrimônio do credor, bens a estes pertencentes que, portanto, devem ser respeitados por todos.

Dentro desse mesmo contexto, embora Trimarchi tente fundamentar sua tese recorrendo a considerações de Direito positivo, o respeitado jurista, em nenhum momento leva também em consideração a evolução do Direito contratual, que elide qualquer tentativa de aplicar analogamente aqueles dispositivos do Código Civil italiano à questão da tutela externa do crédito.

O outro argumento de Trimarchi que deve ser rechaçado e é muito utilizado também por economistas e juristas especialistas em Direito Comercial é a afirmação de que a tutela externa do crédito traria um grave entrave às relações comerciais e jurídicas, sendo um óbice à livre concorrência.

A rebater esse argumento está uma interessante constatação de E. Santos Júnior[353] ao aduzir que tal consideração "*é claramanente desmentido pelos factos: basta notar que o país onde mais intensa e amplamente se consagrou e se aplica, de há muito, o princípio da responsabilidade do terceiro interferente, os Estados Unidos, é também o país com a economia mais poderosa e dinâmica do mundo. O que também responde ao argumento de Trimarchi de que a responsabilidade do terceiro seria economicamente ineficiente, além de que o critério da eficiência enconómica – aliás, dependente do regime que se institua na aplicação do princípio – não supera a consideração dos interesses, princípios e valores superiores que ao Direito cabe acautelar*".

Com efeito, além do argumento de que países desenvolvidos económicamente, como Estados Unidos, Inglaterra e França, já adotaram em seus respectivos sistemas jurídicos a teoria da responsabiliadade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, sem que com isso tenha surgido qualquer entrave no tráfego comercial, ao argumento da eficiência econômica deve-se também contrapor os princípios constitucionais valorados pelo sistema.

No âmbito da livre iniciativa, o artigo 170 da Constituição Federal tem como um dos objetivos assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça

---

[352]NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* cit., v. 1, p. 461.
[353]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 353.

social. Estes ditames, por sua vez, começam a ser delineados a partir do artigo 3º da Constiuição, que estabelece, consoante vimos reiteradamente neste trabalho, como objetivos da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Desse modo, não se pode, em nome da eficiência econômica, ignorar os princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico nem concordar que terceiros agindo contra a boa-fé e a função social do contrato interfiram negativamente em relações jurídicas previamente estabelecidas de modo a causar dano a uma das partes.

Interessante, ainda, observar que o próprio Trimarchi reconhece a responsabilidade do terceiro no âmbito da concorrência desleal, local em que também há exigências de segurança e dinamismo do tráfego jurídico. Ou seja, se a responsabilidade do terceiro cúmplice pode ser aplicada no âmbito da concorrência, com mais razão deve ser aplicada em todos os domínios da vida jurídica, sem que com isso cause uma consequência negativa para a economia e para a sociedade.

Dessa maneira, verifica-se que nem mesmo grandes juristas conseguem escapar aos dados da realidade, quais sejam: as transformações sociais e econômicas, geraram mudanças também na teoria contratual, bem como deram ao direito de crédito uma importância que era desconhecida no perído do liberalismo, época da valoração do indivíduo e da propriedade. Desse modo, como um bem também pode ser violado, aquele que o viola deve ser responsabilizado.

Mas, quais seriam os requisitos mínimos para a aplicação dessa responsabilidade civil? É isso que verificaremos em nosso próximo tópico.

5.2. Requisitos para a responsabilidade civil do terceiro cúmplice e a solidariedade entre o terceiro e o devedor

No item anterior, foi visto que o fundamento da responsabilidade do terceiro cúmplice é a prática de um ato ilícito, bem como que a sua responsabilidade é extracontratual. Com efeito, interessante notar que o direito de crédito encontra-se duplamente protegido a partir da nova interpretação que propusemos acerca do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Nesse diapasão, se devemos entender o princípio da relatividade dos efeitos contratuais no sentido de que, por meio do contrato, apenas as partes se tornam credoras e devedoras entre si, é evidente que o devedor que inadimplir o contrato responderá contratualmente por sua conduta, já que comete um ilícito relativo. Por outro lado, o terceiro que induziu o devedor a inadimplir o contrato, celebrando com ele um contrato incompatível com o primeiro pré-existente, desrepeitará a oponibilidade do contrato, cometendo um ilícito absoluto, e responderá extracontratualmente por sua conduta.

Assim, podemos afirmar que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais leva à responsabilidade contratual do devedor, enquanto que o princípio da oponibilidade dos efeitos contratuais leva à responsabilidade extracontratual do terceiro cúmplice.

Evidentemente, para que o terceiro seja cúmplice do inadimplemento contratual do devedor e, em consequência, cometa ato ilícito, é indispensável que ele tenha conhecimento da existência do contrato incompatível com aquele que ele pretende celebrar. Caso desconheça o contrato previamente celebrado estará caracterizada a total boa-fé do terceiro, que, portanto, não poderá ser responsabilizado, vez que sua conduta ter-se-á pautado pelo dever de cuidado, diligência, informação que se espera do homem médio[354].

O mesmo não ocorre se o terceiro sabe da existência do contrato anteriormente estabelecido, fato que por si só, já configura o dolo, ainda que mínimo, como lembra Antônio Junqueira de Azevedo[355]. Com efeito, o dolo, na lição de Silvio Rodrigues[356], se

---

[354]Neste único aspecto concordamos com PIETRO TRIMARCHI (Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 218-219) que afirma: "*In propósito una prima regola si può considerare sicura: il terzo di buona fede non può in nessun caso incorrere in responsabilità per la stiupulazione di un contratto incompatibile con un presistente impegno della sua contraparte. Si tratta invero di una regola cosí necessária per un sicuro svolgimento dei traffici, che nessuno potrebbe ragionevolmente contestarla*". Para desenvolver esse racícionio o autor trata dos artigos 1.148 (*Acquisto dei frutti*) e art. 535 (*Possessore di beni ereditari*) do Código Civil italiano e conclui que "*ora, se l´utilizzazione, l´alienazione o l´acquisto di una cosa in buona fede non sono fonti di responsabilità (pur se l´ignoranza sia dovuta a colpa non grave) quando siano lesivi dell´altrui diritto di proprietà, a maggior ragione non potranno essere fonte di responsabilità, quando si limitino a pregiudicare la posizione di un terzo al quale la cosa fosse stata semplicemente destinata nell´ámbito di un rapporto obbligatorio. E il ragionamento si estende immediatamente ad ogni altra ipotesi di stipulazione di um contratto incompatibile com il diritto di credito altrui*".

[355]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 219.

[356]RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 147. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil.* 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 657) define dolo como sendo a "*infração consciente do dever preexistente ou a infração da norma com a consciência do resultado*".

caracteriza pela ação ou omissão do agente que, mesmo ciente do dano que sua atividade irá causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso. Nos casos de dolo, o agente quer a ação e o resultado.

Ora, se o terceiro sabe da existência do contrato prévio, evidentemente que ele tem a consciência de que ao celebrar um contrato incompatível com o adimplemento deste primeiro irá causar dano ao credor. No entanto, ainda assim, assume o risco do resultado.

É com base nessa exigência, do conhecimento da existência do contrato anteriormente celebrado para que esse dever de respeito ao direito de crédito alheio possa ser exigido do terceiro, que E. Santos Júnior[357], fundamentado na obra de José Duclos[358], trata de oponibilidade *in potentia* e oponibilidade *in actu.* Para o jurista português há um dever geral de respeito aos direitos de crédito alheios que incide sobre todos os indivíduos. Trata-se da oponibilidade *in potentia,* a qual se transforma em oponibilidade *in actu* somente quando determinado indíviduo tem efetivamente o conhecimento do direito de crédito alheio[359]. No nosso caso, apenas quando o terceiro tem conhecimento do contrato anteriormente celebrado pelo devedor.

Essa distinção para o autor é necessária, tendo em vista a dificuldade de se constatar efetivamente a existência de um direito de crédito.

Com efeito, apesar da doutrina do terceiro cúmplice entender que para a configuração da responsabilidade do terceiro cúmplice é necessário o conhecimento prévio do contrato, não se nega aqui que, em algumas situações, é difícil ter esse conhecimento, tendo em vista as características dos direitos de crédito.

---

[357]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 473-487.

[358]DUCLOS, José. *L'opposabilité*: essai d'une théorie générale, cit., p. 31, em que JOSÉ DUCLOS fala da necessidade, para a formação de uma teoria geral da oponibilidade, da distinção entre a oponibilidade como princípio e como efetivação, em suas palavras: "*En somme, l´essai d´une théorie générale de l´opposabilité impose sucessitivement deux points de vue different, selon qu´ en envisage l´opposabilité dans son principe ou dans sa mise en oeuvre"*.

[359]Nas palavras do autor (*Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 481): "*Todo direito subjectivo, porque direito, postula, como dissemos, a sua oponibilidade a terceiros, a sua afirmação perante terceiros, em termos de a estes resultar – é o modo comum de ser ou de se traduzir essa oponibilidade – um dever geral de abstenção de interferir com o direito, sob pena de responsabilidade civil. Um dever geral, porque virtualmente, in potentia, impende sobre todos os terceiros, como dissemos. Mas, a própria contemplação da realidade das coisas demonstra que, inevitavelmente, não podemos bastar-nos com essa oponibilidade virtual. Algo há-de ocorrer que determine a concretização dessa oponibilidade virtual, a sua passagem da 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 lhe resultar um dever específico ou concreto de absterem-se de interferir com o direito de que se trate"*. Esse "algo" que ocorre mencionado por E. SANTOS JÚNIOR é justamente o conhecimento efetivo do direito de crédito.

Nesse diapasão, diferentemente, do que acontence com os direitos reais ou de personalidade, os direitos de crédito não se beneficiam do que podemos chamar de uma publicidade natural. Assim, enquanto os direitos reais incidem, normalmente, sobre coisas corpóreas, o que facilita a sua identificação, os direitos de crédito são comparativamente abstratos, não são visualmente identificáveis.

Nesse sentido, mais uma vez nos reportando às lições de E. Santos Júnior[360], se eu conheço a extensão de meu patrimônio, vejo uma coisa ou uma propriedade, sei que ela não é minha e se não é minha é de alguém, logo não posso nela interferir. Tal facilidade de identificação não existe quando o assunto são os direitos de crédito, o que é agravado pelo fato de que são restritas as hipóteses de registros de instrumentos contratuais em Registro de Títulos e Documentos, para finalidade de surtirem efeitos perante terceiros, consoante se pode verificar do artigo 129 da Lei 6.015/1973[361].

No artigo 127 da mesma lei até se constata em seus incisos I e VII a possibilidade de transcrição de instrumentos contratuais no Registro de Títulos e Documentos de modo genérico e até facultativo, porém para efeitos meramente probatórios ou de conservação[362].

Some-se a isso o fato dos direitos de crédito decorrentes de um contrato serem em número indeterminado, tendo em vista a admissão pelo nosso sistema jurídico dos

---

[360]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito,* cit., p. 475.

[361]Art. 129. *Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: 1º) os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3; 2º) os documentos decorrentes de depósitos, ou de cauções feitos em garantia de cumprimento de obrigações contratuais, ainda que em separado dos respectivos instrumentos; 3º) as cartas de fiança, em geral, feitas por instrumento particular, seja qual for a natureza do compromisso por elas abonado; 4º) os contratos de locação de serviços não atribuídos a outras repartições; 5º) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária; 6º) todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal; 7º) as quitações, recibos e contratos de compra e venda de automóveis, bem como o penhor destes, qualquer que seja a forma que revistam; 8º) os atos administrativos expedidos para cumprimento de decisões judiciais, sem trânsito em julgado, pelas quais for determinada a entrega, pelas alfândegas e mesas de renda, de bens e mercadorias procedentes do exterior. 9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.*

[362]Art. 127. *No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição: I - dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor; II - do penhor comum sobre coisas móveis; III - da caução de títulos de crédito pessoal e da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou de Bolsa ao portador; IV - do contrato de penhor de animais, não compreendido nas disposições do art. 10 da Lei nº 492, de 30-8-1934; V - do contrato de parceria agrícola ou pecuária; VI - do mandado judicial de renovação do contrato de arrendamento para sua vigência, quer entre as partes contratantes, quer em face de terceiros (art. 19, § 2º do Decreto nº 24.150, de 20-4-1934); VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação. Parágrafo único. Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício.*

contratos atípicos, bem como o fato de terem menor durabilidade e estabilidade do que os direitos reais.

No entanto, a dificuldade para identificar a existência de um direito de crédito não significa uma impossibilidade que transforme a responsabilidade do terceiro em algo teórico e não prático.

Tanto é assim que, por exemplo, foi possível verificar em todos os casos a respeito do qual tratamos envolvendo o Direito brasileiro no item 4.4, que o terceiro interferente tinha conhecimento do contrato previamente estipulado pelo devedor.

Efetivamente, no caso envolvendo os distribuidores de combustível, o terceiro que celebrou contrato com o posto de gasolina sabia que existia um contrato deste com um distribuidor de outra bandeira, vez que o posto ostentava em sua fachada esta outra marca.

No caso envolvendo as empresas Mendes Júnior, Açominas e Belgo Mineira, esta última tinha ciência do termo de compromisso de constituição de garantia celebrado entre a Mendes Júnior e a Açominas.

Na demanda envolvendo o cantor Zeca Pagodinho, era de conhecimento geral o contrato que ele possuía com a Nova Schin, ante a veiculação nacional do comercial de cerveja.

No processo relacionado à quebra do direito de exclusividade de representação comercial em que eram partes Indústria e Comércio de Conservas Alimentícias Predilecta Ltda, Auro Ninelli, Fugini Alimentos Ltda e Atlântica Empresa de Comércio Exterior Ltda, o fato de Auro ter sido sócio da Predilecta, que mantinha contrato com cláusula de exclusividade com a sociedade empresária Atlântica, depois ter fundado a Fugini, celebrar contrato de representação comercial com a Atlântica, demonstra claramente que a Fugini também tinha conhecimento do contrato previamente estabelecido, para cujo inadimplemento ela contribuiu.

Inquestionável, portanto, que (i) o conhecimento da existência prévia do contrato que sofrerá uma interferência indevida é um dos requisitos para a responsabilidade do terceiro e (ii) apesar da maior dificuldade de se saber da existência prévia de um contrato por se tratar de um direito de crédito, elementos do caso concreto tornam possível esta constatação e a consequente possibilidade de aplicação prática da responsabilidade civil do terceiro por colaborar com o devedor com o inadimplemento contratual.

Diante deste quadro, outra pergunta ainda é possível ser feita: e nos casos em que o terceiro não sabe da existência do contrato, mas deveria saber, é possível sua responsabilização por culpa apenas?

Como lembra Antônio Junqueira de Azevedo[363], na doutrina do terceiro cúmplice propriamente dita a resposta é negativa, vez que esse conhecimento efetivo é necessário, configurando-se, assim, o dolo.

Entendemos, contudo, que admitir a responsabilidade do terceiro apenas nos casos em que ele tenha conhecimento efetivo do contrato, é ir contra toda a transformação que vimos acontecer no Direito contratual, em que a cooperação e solidariedade presentes na função social do contrato e na boa-fé objetiva devem prevalecer e limitar o exacerbamento da autonomia privada. Assim, compartilhamos a opinião de Antônio Junqueira de Azevedo de que "*se o terceiro não sabe, mas deveria saber, com um mínimo de diligência, da existência da obrigação do devedor, para cujo inadimplemento está coloaborando, deve responder*"[364]. Ou seja, o terceiro deve responder ainda que por simples culpa.

Ora, é isso que impõem os deveres de conduta da boa-fé objetiva. Efetivamente, no desenvolvimento de certas atividades empresariais, por exemplo, o que se espera de um empresário probo é que se informe sobre o mercado em que atua ou pretende atuar, verifique como funciona a lógica contratual no ramo de atuação e quem são seus principais parceiros ou concorrentes e paute sua conduta cumprindo seus deveres de lealdade e confiança.

Não se pode, nesse sentido, negar que haja uma série de situações em que se espera legitimamente que a existência do contrato seja ou deva ser conhecida por terceiros, em razão do caráter profissional das atividades desenvolvidas pelos sujeitos envolvidos e das próprias circunstâncias concorrenciais. Nas inteligentes palavras de E. Santos Júnior[365] "*tal presunção ou suposição de conhecimento justificar-se-ia por uma razão de ordem social, tal como a regra de que ninguém pode alegar ignorância da lei para se isentar ao seu cumprimento ou às sanções nela estabelecidas para o caso de sua violação: 'cada um,*

---

[363]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 219.

[364]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 219

[365]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 473.

por viver em sociedade, deve respeitar a actividade regular de outrem e mostrar-se prudente e diligente'"

Desse modo, diante dos imperativos de sociabilidade que atualmente permeiam o Direito contratual, não podemos excluir da responsabilidade civil do terceiro cúmplice os casos em que ele age com culpa[366].

Esta afirmação, contudo, não significa que agora, antes de contratar, os terceiros devam indagar sobre a existência de um direito de crédito. Contudo, devem, levando em conta o tipo de contrato que será firmado, bem como o domínio em que se insere, atuar com a diligência de um homem médio, para que não prejudiquem o direito de crédito alheio.

Caracterizado o ato ilícito consistente na violação pelo terceiro de um contrato que ele sabe ou deveria saber existir, evidentemente que para que surja o dever de indenizar, indispensável que a conduta do terceiro cause um dano ao credor do primeiro contrato.

Indiscutivelmente, o dano é elemento indispensável para a configuração de qualquer responsabilidade civil, pois, como já se sabe, é possível a existência de responsabilidade sem culpa, mas não existe responsabilidade civil sem dano.

Para a definição de dano já não se aplica mais a ideia de que ele consiste tão somente na diminuição de patrimônio, vez que é inquestionável que bens jurídicos não avaliáveis patrimonialmente também podem sofrer danos, como a honra e a imagem. Desse modo, o dano deve ser entendido "*com sendo a subtração ou a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc."*[367].

---

[366]Importante consignar que há orientação doutrinária diversa, no sentido de que apenas resta caracterizada a responsabilidade civild o terceiro se ele agiu com a intenção deliberada de causar prejuízo ao credor. Este posicionamento pode ser inferido de PIETRO TRIMARCHI (*supra* 5.1, Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito, cit., p. 217-236) e é o que afirma DAVI MONTEIRO DINIZ (Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal, cit., p. 91). No entanto, admitir tal tese seria novamente ignorar a mudança de paradigma do Direito contratual do individual para o social. Com efeito, se os princípios do solidarismo e da cooperação desenvolvem-se a partir de uma análise objetiva do comportamento do sujeito, sem perquerir sua intenção ou vontade (daí o princípio da boa-fé objetiva), não se deve também tentar, para fins da caracterização da responsabilidade civil, tentar analisar sua intenção ou não de lesar a outra parte do contrato. Além disso, tal análise é de difícil constatação, afinal, o terceiro pode simplesmente alegar que o negócio lhe era conveniente, o que reduziria significativamente o âmbito da responsabilização do terceiro cúmplice.

[367]CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 9. ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 73.

Ao tratar de dano, Antônio Junqueira de Azevedo[368] faz a distinção entre dano-evento e dano-prejuízo, sendo o primeiro entendido como uma lesão a um bem, tratando-se de um dano imediato, e o segundo é a consequência dessa lesão, o dano mediato. O dano-evento pode configuar-se em lesão à pessoa física; lesão à pessoa bio-físico-química; lesão à figura social da pessoa; lesão ao patrimônio *stricto sensu;* e lesão à terceira pessoa, atingindo a vítima por ricochete[369]. Já o dano-prejuízo pode ser de ordem patrimonial ou pessoal.

Em nosso tema, a lesão ao direito de crédito é o dano-evento, consistente na lesão ao patrimônio do credor do contrato preexistente. No entanto, a consequência, o dano-prejuízo, pode se dar não só no patrimônio do credor, mas também na ordem pessoal, configurando-se em dano moral. Além disso, consoante vimos no item 4.4, Antônio Junqueira de Azevedo defende que a conduta do terceiro cúmplice é também causa de um dano social.

No que tange à afirmação de que a lesão ao direito de crédito causa um dano patrimonial, vale consignar aqui o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho[370] que entende claramente que este abrange o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis econômicamente, o que, portanto, inclui os direitos de crédito.

O dano patrimonial, assim definido, abrange tanto os danos emergentes, como os lucros cessantes, consistentes, nos termos do artigo 402 do Código Civil[371], respectivamente, naquilo que a vítima efetivamente perdeu e naquilo que ela, razoavelmente, deixou de lucrar.

Com relação à assertiva de que a lesão ao direito de crédito pode gerar dano moral, cuja definição se dá por exclusão ao dano patrimonial, sendo conceituado como o

---

[368]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* p. 291.

[369]Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral, cit., p. 292.

[370]CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil,* cit., p. 73. Segue a definição de dano patrimonial para o autor: "*O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a provação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livre, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito"*

[371]Art. 402. *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.*

"*dano mediato de caráter não patrimonial"*[372], é certo que alguns tipos de contratos, se inadimplidos, podem abalar a honra e a imagem do credor vítima do inadimplemento. Relembremos, por exemplo, o caso dos distribuidores de combustível, visto no item 4.4. Com a conduta da distribuidora atravessadora (terceiro cúmplice) que passa a fornecer combustíveis a um posto de gasolina vinculado a uma outra bandeira, a distribuidora credora do contrato, proprietária da bandeira veiculada no posto, pode sofrer danos morais se a qualidade da marca da distribuidora atravessadora for inferior à sua e os consumidores entenderem que a marca da distribuidora credora já não apresenta mais a qualidade de outrora. Tal fato pode abalar a imagem da distribuidora credora do contrato.

Na demanda envolvendo o cantor Zeca Pagodinho, é certo que a conduta do cantor e da cervejaria Ambev também causaram um dano de ordem moral à cervejaria Schincariol, não só pelo teor do comercial veiculado, mas também pelo simples fato do cantor, conhecido pelo seu apreço por álcool, ter simplesmente voltado para a sua antiga marca de cerveja, após fazer publicidade de uma nova marca. Ainda que a propaganda transmitida pela Ambev não tivesse o tom jocoso que tinha, a forma pela qual o contrato foi inadimplido, envolvendo comerciais transmitidos em rede nacional, é apta a gerar dano moral.

Assim, o terceiro que interfere indevidamente em um contrato, ocasionando o seu rompimento para que o devedor celebre com ele um segundo contrato incompatível com o primeiro deve indenizar o credor em todo dano patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes) e moral por ele sofrido , devidamente apurados, afinal, nos termos do artigo 944 do Código Civil, "*a indenização se mede pela extensão do dano"*[373].

Importante destacar, ainda, que a indenização não é devida exclusivamente pelo terceiro. Isso porque, eventual dano sofrido pelo credor, também terá sido causado pelo devedor que inadimpliu o contrato inicialmente existente, para celebrar um novo contrato com o terceiro. Desse modo, ambos respondem solidariamente pelos danos causados.

---

[372]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 292.

[373]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações, cit., p. 222-223, afirma que em algumas situações, desde que útil, a melhor solução é não o pagamento de perdas e danos para o credor vítima, mas sim a declaração de ineficácia do segundo contrato, voltando-se ao *statu quo ante.* Ainda, o autor argumenta que em muitos casos envolvendo a doutrina do terceiro cúmplice, a declaração de nulidade é uma sanção excessiva, bastando para a satisfação do credor a declaração de ineficácia.

Tal solidariedade decorre da lei, vez que o artigo 942 do nosso Código Civil[374] prevê expressamente que se a ofensa tiver mais do que um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. No entanto, repise-se que o devedor responde contratualmente e o terceiro extracontratualmente, o que não exclui a unicidade da participação destes no mesmo ato lesivo[375].

Admitida a solidadariedade entre devedor e terceiro, cabendo a ambos arcar com os danos sofridos pelo credor, instigante o questionamento de E. Santos Júnior[376], na hipótese de credor e devedor terem estipulado uma cláusula penal para o caso de inadimplemento, esta previsão aproveitaria ao terceiro a título de fixação de indenização?

Mesmo diante de toda a discussão acerca das funções e natureza da cláusula penal, pode-se afirmar, com segurança, que ela "*é um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para a parte que subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardá-lo*"[377].

Com base nesta definição, a maioria da doutrina entende que ela tem duas funções principais: uma primeira, coercitiva, visto que busca intimidar o devedor para que não atrase o adimplemento da obrigação, e uma segunda, indenizatória, já que fixa previamente o valor devido a título de perdas e danos sofridos em caso de inadimplemento[378]. É justamente esta segunda função que nos interessa, já que estamos tratando de situações em que o contrato é inadimplido pelo devedor, tendo em vista a celebração de um contrato

---

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

[375]Nesta mesma linha é o posicionamento de PATRIZIA DI MARTINO (La responsabilità del terzo 'complice' nell'inadempimento contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 29, n. 4, p. 1418-1419, dic. 1975): "*Resta per concludere da far cenno alla questione relativa alla natura dei rapporti intercorrenti fra il terzo ´complice´ dichiarato responsabile e il debitore inadempiente. Il Novara nega la possibilita di far ricorso al principio della solidarietà, sulla base dell´osservazione secondo la quale il debitore e il terzo rispondono a titolo diverso (rispettivamente a titolo di colpa contrattuale ed extracontrattuale nei confronti del debitore. Ma tale ostacolo è facilmente superabile se si aderisce al diffuso orientamento giurisprudenziale che ammette da tempo la solidarietà passiva fra i danneggiatti, quand´anche rispondano a titolo diverso. A prescindere perciò da ogni ulteriore considerazione occorre tener per Fermi due punti di estrema importanza. Innazi tutto, se il creditore è stato risarcito per l´intero da uno dei due danneggianti, non può pretendere più nulla dall´altro, perché altrimenti conseguirebbe dal danno um arricchimento, il che è inammissibile. In secondo luogo, se il terzo há risarcito in tutto o in parte il danno al creditore, è titolare di un´azione di regresso nei confronti del debitore, il quale, altrimenti, trarrebbe um arrichimento dal fatto di aver avuto um 'complice' nell´inadempimento*".

[376]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 558-562.

[377]MONTEIRO, Washinton de Barros. *Curso de direito civil.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 386.

[378]A respeito do assunto cf. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1999.

incompatível com um terceiro, e não simplesmente situações em que o adimplemento é extemporâneo.

Assim, a questão colocada de outra forma seria: considerando que a cláusula penal fixa previamente o valor da indenização devida pelo devedor em caso de inadimplemento, ela pode também aproveitar ao terceiro cúmplice?

A resposta trazida por E. Santos Júnior[379] a esta questão parece estar bem de acordo com a interpretação que trouxemos nesse trabalho do princípio da relatividade contratual, bem como com a responsabilidade extracontratual do terceiro. Afirma o autor que, não tendo o terceiro participado do contrato, a cláusula penal apenas produz efeitos entre as partes contratantes, aplicando-se aqui o princípio da relativiadade dos efeitos contratuais. Nesse sentido, do mesmo modo que a cláusula não o vincula a um prestação indenizatória que não tenha contratado, ele não pode se aproveitar dela para limitar o valor por ele devido a título de indenização. Afinal, o credor não celebrou com o terceiro qualquer tipo de contrato.

Assim sendo, o terceiro deve responder perante o credor pelos danos efetivamente decorrentes de sua conduta, de modo que a solidariedade entre terceiro e devedor existe até o limite em que ambos devem responder. Dessa forma, esclarece o autor português, na hipótese do montante do valor do prejuízo exceder o valor da cláusula penal, o terceiro e o devedor responderão solidariamente até o montante previsto na cláusula penal. Aquilo que superar o valor da cláusula penal deve ser ressarcido exclusivamente pelo terceiro[380].

É claro que esta situação assim se aplica ao devedor, apenas se não tiver sido estipulado, contratualmente, nos termos do artigo 416, parágrafo único do nosso Código Civil, que a cláusula penal valha apenas como o mínimo da indenização[381]. Neste caso, entendemos que credor e devedor devam responder solidariamente por todo o valor efetivamente devido e provado.

Na hipótese contrária, se for apurado que o valor do prejuízo é inferior ao montante estabelecido na cláusula penal, devedor e terceiro responderão solidariamente até

---

[379]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 561.
[380]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 561-562.
[381]Art. 416. *Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.* Parágrafo único. *Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.*

o limite do valor do efetivo prejuízo. Acima desse valor e até a quantia da cláusula penal, responderá apenas o devedor[382].

Feitas estas rápidas considerações sobre o requisito dano, importante mencionarmos um último requisito que, como é essencial para a caracterização de qualquer responsabilidade, não são necessárias maiores explicações a respeito. Evidentemente que para que o terceiro seja responsabilizado civilmente, essencial que sua conduta tenha causado o prejuízo alegado pelo credor. Ou seja, não se pode deixar de considerar o nexo de causalidade entre o prejuízo alegado pela vítima e a conduta do terceiro.

5.3. O abuso de direito e a responsabilidade aquiliana do terceiro cúmplice

Feitas essas considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro cúmplice, não poderíamos deixar de consignar que alguns juristas, entre eles Ferrer Correia[383], defendem que a responsabilidade do terceiro cúmplice pode ser justificada mediante o recurso à figura do abuso do direito. No Brasil, Teresa Negreiros[384] também entende que o abuso de direito pode ser invocado para a caracterização da responsabilidade civil do terceiro, visto que, segundo a autora, o terceiro que assim age utiliza a sua liberdade de contratar em desconformidade com sua função social.

A alusão ao abuso de direito para justificar a responsabilidade civil do terceiro cúmplice, contudo, não é unânime. E. Santos Jr[385], por exemplo, defende que não se deve falar em abuso do direito pelo terceiro, uma vez que ele já não possui a liberdade de contratar com o devedor de um contrato prévio incompatível com aquele que o terceiro pretende celebrar. A partir do momento em que existe esse contrato anterior, o que há na esfera do terceiro é o dever de respeito ao direito de crédito constituído, haveria, portanto, um limite concreto a essa liberdade.

---

[382]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 561-562.

[383]CORREIA, A. Ferrer. Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência. In: _____. *Estudos de direito civil, comercial e criminal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1985. p. 50. São suas palavras: *"o terceiro, contratando com ele* <devedor> *pleno conhecimento de causa, se torna ele próprio cúmplice de um ato emulativo e merecedor, portanto, do mesmo juízo de reprovação que recai sobre o obrigado. A injustiça e imoralidade da conduta do devedor comunicam-se ao terceiro. Pois quanto mais reprovável o acto por banda do devedor, tanto mais condenável o gesto do terceiro. A cumplicidade na prática de uma ato emulativo constitui, ela própria, um caso nítido de abuso de direito"*.

[384]NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*: novos paradigmas, cit., p. 255.

[385]SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito,* cit., p. 520.

Diante dessas diferentes posições, interessante, para nosso estudo, analisar brevemente a figura do abuso de direito e verificar se podemos dela nos utilizar para também justificar a responsabilidade civil do terceiro cúmplice.

Clóvis Bevilaqua, ao apresentar uma das primeiras obras no Brasil sobre o abuso de direito escrita por Jorge Americano[386], observa que o abuso de direito *"é conhecido por doutos e indoutos, pelos que elaboram construcções jurídicas e pelos que se revoltam contra a maldade mascarada sob as vestes do direito, que de instrumento de equilíbrio das actividades sociais vem a transformar-se em arma offensiva"*. Mas, qual o sentido e alcance dessa "*maldade mascarada sob as vestes do direito"* a que se refere o jurista brasileiro?

Para compreendermos o significado dessa figura, que, atualmente, é tratada expressamente no artigo 187 do nosso Código Civil, como um ato ilícito, vamos verificar rapidamente a sua origem histórica e as construções utilizadas para justificá-la.

A expressão abuso de direito[387] foi cunhada por Laurent, para designar situações em que os Tribunais reconheciam a existência de um direito do réu, mas entendiam que o exercício desse direito teria ocorrido de forma irregular[388].

Entre as diversas decisões que condenaram o exercício irregular do direito, duas são especialmente citadas até hoje pelos diversos manuais de direito civil. Uma de 1853, em que se condenou um proprietário que construiu uma falsa chaminé para vedar a entrada do dia na janela de um vizinho, com quem estava se desentendendo e uma segunda, de 1913, em que foi condenado, por abuso de direito, um proprietário que ergueu, em seu terreno, colunas de ferro destinadas a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho[389]. Destaque, contudo, que apesar destas duas condenações serem as mais lembradas ao se tratar do abuso de direito, a primeira decisão francesa envolvendo o tema é de 1808,

---

[386]AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda.* São Paulo: Saraiva, 1923. p. I.

[387]É inevitável, em qualquer apresentação sobre o tema, não deixar de mencionar as críticas feitas por PLANIOL, citado por JORGE AMERICANO (*Do abuso do direito no exercício da demanda,* cit., p.3-7) ao uso dessa denominação, que para este autor consistia em uma logomaquia, ou seja, uma confusão de palavras contraditórias. Afinal, para PLANIOL o uso de um direito não poderia ser ao mesmo tempo a favor do direito e contra o direito. Segundo, ele a partir momento em que uso meu direito, prático um ato lícito, se excedo o meu direito, pratico um ato ilícito, ajo sem direito. A objeção trazida por PLANIOL não foi, contudo, absorvida pela doutrina, seja porque, a existência do fenômeno (uso desvirtuado do direito) é inegável e a ele é necessária uma denominação, seja porque, conforme demonstrou JORGE AMERICANO (*Do abuso do direito no exercício da demanda,* cit., p.5), abuso, nos dicionários, significa excesso, mau uso, e antecedendo um substantivo como direito, significa, tão somente mau uso desse direito, não havendo qualquer logomaquia em tal fato.

[388]CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit. p. 670.

[389]CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit. p. 671.

poucos anos após a entrada em vigor do *Code,* em que se condenou o proprietário de uma oficina que, na fabricação de chapéu, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança[390].

Diante do desenvolvimento da matéria pela jurisprudência, a doutrina logo se preocupou em buscar fundamentos para a construção de uma teoria do abuso do direito.

Assim, inicialmente, a doutrina francesa, com base na teoria dos atos emulativos, desenvolveu uma concepção subjetiva do absuso de direito, de acordo com a qual seria abusivo o exercício de um direito com o interesse exclusivo de causar dano a outro ou que não trouxesse qualquer proveito para o titular do direito. Adepto dessa posição Georges Ripert[391] observava que a teoria do abuso de direito "*tem por fim impedir o ato voluntário de hostilidade para com alguém. Evita a ação inutilmente prejudicial. A moral exige alguma coisa mais. Aquele que usa seu direito para fazer mal transgride o dever de justiça, mas aquele que o usa não para praticar o bem não cumpre o dever de caridade"*.

O desenvolvimento e difusão da concepção subjetiva esbarrou justamente na dificuldade que existe em se indentificar e provar a real intenção do titular do direito que o exerce de modo a prejudicar outro. Dessa maneira, para maior efetividade da teoria do abuso do direito, verificou-se a necessidade de desvinculá-la da investigação do estado de espírito do sujeito. Assim, a doutrina passou a buscar critérios identificáveis objetivamente para caracterizar o ato abusivo.

Nesse contexto, destacou-se a teoria do jurista francês Louis Josserrand, consoante a qual haveria abuso quando o direito fosse utilizado contra o interesse que o justifica, ou seja, contra a sua função social. O direito deve realizar-se conforme o espírito de sua instituição[392]. Tem-se, assim, como observou Alvino Lima, "*ao invés do direito-poder, como prerrogativa soberana concedida ao indivíduo, o direito-função, como prerrogativa concedida ao homem, para auferir todos os proventos que a lei lhe confere, sem ofensa aos interesses da comunhão social (...)".* [393].

---

[390]CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit. p. 671.
[391]RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis.* Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 187.
[392]JOSSERAND, Louis. *De l´espirit des droits et de leur relativité.* Paris, 1927. p. 312 e ss.
[393]LIMA, Alvino, *Culpa e risco,* cit. p. 233.

A teoria de Josserrand influenciou diretamente a redação do artigo 187 do nosso Código Civil[394], que estabelece que "*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*, o qual também é resultado da recepção direta pelo nosso ordenamento do artigo 334º do Código Civil Português[395].

Fernando Augusto Cunha de Sá[396], ao analisar o artigo português, conclui que "*o abuso de direito traduz, pois, num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou econômico do direito exercido"*.

Essa definição do jurista lusitano pode ser aplicada para o entendimento do abuso de direito em nosso ordenamento, tendo em vista a semelhança entre o artigo 187 do nosso Código e do 334º do Código português. Assim, objetivamente, o abuso do direito se configura quando o seu exercício não respeita certos limites impostos pelo ordenamento jurídico[397]. No abuso do direito, a conduta do agente, formalmente, encontra respaldo na lei. No entanto, substancialmente, foge ao seu escopo, à sua finalidade econômica e social. Tem-se o exercício de um direito de forma desvirtuada, desviado dos seus objetivos éticos e sociais. Aliás, importa anotar que é justamente essa a idéia utilizada por grande parte da doutrina para definir o abuso do direito[398].

---

[394]Essa constatação é feita tanto por RODRIGUES, Silvio, *Responsabilidade civil,* cit., v.4, p. 51-52, quanto por CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI (*Responsabilidade pela ruptura das negociações.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 96) referindo-se a constatação se SILVIO RODRIGUES observa "*A leitura do art. 187 do novo Código Civil parece autorizar a conclusão do civilista brasileiro acima referido, na medida em que, ao enunciar os limites do exercício do direito subjetivo, menciona, em primeiro lugar, o necessário respeito ao seu fim econômico e social. Seria possível afirmar, portanto, que o novo Código Civil teria consagrado a noção de abuso de direito desenvolvida por Josserand, bastanto verificar, no caso concreto, a função econômica e social de cada direito, para, em seguida, aferir se seu exercício deixou de observá-la, ficando caracterizado o abuso"*.

[395]Art. 334º. *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.*

[396]SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito.* 2. reimpr. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

[397]Nas palavras de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Novos estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 301)*" Há muito tempo se reconhece que os direitos devem ser exercidos dentro de determinados limites estabelecidos pelo sistema jurídico. Quando o exercício de um direito não respeita tais limites, diz-se que há abuso de direito"*.

[398]Nesse sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO (*Programa de responsabilidade civil,* cit., p. 152): *"O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o*

Dentro da idéia da teoria do abuso do direito está a demonstração de que nenhum direito subjetivo é absoluto ou ilimitado, conforme se entendia no que tange, por exemplo, à liberdade de contratar, durante o período do Liberalismo[399]. Desse modo, a teoria do abuso de direito reconhece que os direitos são relativos, o exercício de cada direito subjetivo está inserido no contexto da sociedade e deve considerar a existência de outros direitos. Assim, o titular do direito ao exercê-lo não pode ignorar que para a manutenção da vida social harmônica é necessário que seu exercício não cause dano à outrem ou ainda que tenha uma legítima expectativa[400].

Para tanto, o sujeito no exercício de seu direito subjetivo deve respeitar os limites impostos pela nossa legislação, quais sejam: a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social do direito.

O sentido e alcance da boa-fé objetiva já foram descritos no item 3.1 *supra.* Com base no que já estudamos sobre a boa-fé objetiva podemos afirmar que duas palavras resumem bem todo esse princípio: confiança e lealdade. No que tange específicamente ao abuso de direito a boa-fé objetiva está ligada ao exercício inadimissível de posições jurídicas, que podem ser tipificadas pela *exceptio doli,* pelo *venire contra factum proprium,* a inalegabilidade de nulidades formais, pela *supressio,* pela *surrectio,* pelo *tu quoque* e ao desequilíbrio no exercício jurídico.

A *exceptio doli* é caracterizada pela possibilidade em paralisar o exercício de um direito por seu titular, sem negar a sua existência, mas por razão do que se pode denominar de um "contradireito"[401]. Por meio da *exceptio doli* , não se alega infudado o direito do autor, apenas se acrescenta um novo fato, o abuso, que impede a pretensão do autor[402]. A *exceptio doli* nunca foi muito fundamentada pela jurisprudência alemã, qua a utilizava, normalmente, para reforçar argumentos como da boa-fé e dos bons costumes. No Brasil,

---

conteúdo axiológico da norma legal". JUDITH MARTINS-COSTA, (*Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, 23 jun. 2006) expõe que: "*(...) a expressão 'abuso do direito' recobre, na verdade, os variados casos de exercício jurídico inadmissível ou disfuncional, indicando no hoje vigente Direito brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória".*

[399]Cf. Capítulo 2 desse trabalho.

[400]Nesse sentido, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (*Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Reimpr. da edição de 1999. Coimbra: Almedina, 2006. p. 13). Constata que: *"Não se admira por isso que se tenha então começado a afirmar a relatividade dos direitos e não o seu absolutismo, se tenha proclamado a missão social do direito e não a sua finalidade de servidor de egoísmos dando-se livre curso. E aí estava o princípio do abuso de direito a dar corpo a esta viragem, qual florilégio duma primavera urgente, exalando a rodos moralização, socialização, etc."*

[401]ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações,* cit., p. 111.

[402]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 720.

ela também não mereceu maior atenção dos doutrinadores e da jurisprudência, embora diversas as referência legislativas a figura[403]. Assim, tendo em vista a menor importância dada a *exceptio* sua referência, nas diversas obras, serve mais para que o quadro referente ao exercício inadimissível de posições jurídicas, construído na Alemanha, não fique incompleto[404].

O *venire contra factum proprium* é o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento anteriormente adotado pelo titular do direito[405]. Pressupõe dois comportamentos distintos, lícitos e em momentos temporais distintos, praticados pela mesma pessoa. Contudo, o primeiro – *factum proprium* – é contrariado pelo segundo[406]. Essa conduta do titular do direito viola a boa-fé objetiva e configura-se em um ato abusivo, na medida em que fere as expectativas criadas pelo titular do direito em relação a outros sujeitos.

Assim, importante notar que não é qualquer comportamento contraditório que deve ser considerado abusivo, mas somente aquele em que a conduta do titular do direito gere uma legitima expectativa perante terceiros, a qual, posteriomente, se frustra diante do segundo comportamento do titular, em desacordo com a primeira conduta adotada.

A inegabilidade de nulidades formais envolve às situações em que determinado vício formal do negócio jurídico é conhecido de uma das partes, enquanto a outra parte acredita, mediante a diligência comumente esperada, que o negócio a ser celebrado é válido. Nessa hipótese, a parte contrária não pode, após celebrado o negócio, alegar sua nulidade, protegendo-se, assim, aquele que, de boa-fé, confiava na validade do negócio. No direito brasileiro a aplicação da figura é um pouco restrita, já que o artigo 168, parágrafo único do Código Civil[407], estabelece que as nulidades podem ser conhecidas de ofício, alegadas pelo Ministério Público ou por qualquer outro interessado.

A *supressio* refere-se à situação de um direito que não pode mais ser exercido, por não tê-lo sido durante um certo espaço de tempo. Isso porque a inércia do titular do direito

---

[403]A lembrança é dada por CRISTIANO DE SOUZA ZANETTI (*Responsabilidade pela ruptura das negociações,* cit., p. 113) que destaca a presença de exceções materiais nos seguintes artigos de nosso Código: 175; 190; 273; 274; 281; 294; 302; 476; 837; 906; 915; 916; 917, § 3º e 918, § 2º.

[404]Observação feita por ZANETTI, Cristiano de Souza, *Responsabilidade pela ruptura das negociações,* cit., p. 113.

[405]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 742.

[406]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 720.

[407]Art. 168. *As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.* Parágrafo único. *As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.*

em exercê-lo, gera na esfera de outrem interessado a expectativa e a confiança de que o direito não será mais exercido. Colocada desse modo, inevitável concluir sobre semalhança da *supressio* com o *venire contra factum proprium,* já que ambas se referem à proibição do comportamento contraditório. Assim, um critério que pode ser utilizado para distinguir as figuras é o fator tempo, mais relevante na *supressio* do que no *venire contra factum proprium*[408].

A *surrectio* consiste no surgimento de um direito para um sujeito que por, reiteradamente, verificar ou praticar determinada conduta relacionada com esse direito, confia na sua existência. Para melhor esclarecer a *surrectio* tomamos como exemplo uma decisão alemã lembrada por Menezes Cordeiro[409]. Em BGH, no ano de 1966, discutiu-se a situação criada por uma sociedade, que durante 20 (vinte) anos procedeu à distribuição de lucros de forma diferente daquela prevista no pacto social. Ao debater tal situação entendeu-se que essa distribuição é a que deveria prevalecer sobre o que dispunha o pacto social, já que os sócios já haviam criado a expectativa de receber os lucros da maneira que vinham recebendo durante esse período de tempo.

O *tu quoque* veda que o sujeito exija o cumprimento de um direito que ele mesmo tenha descumprido. Assim descrito, o *tu quoque* também pode ser considerado um comportamento contraditório como o *venire contra factum proprium,* a diferença entre ambos está apenas no fato de que no *tu quoque* a contradição não está no comportamento do titular do direito, mas nos diferentes parâmetros que ele utiliza para julgar o outro e julgar a si próprio[410].

Finalmente, a boa-fé objetiva serve para justificar a constatação do abuso de direito nos casos de desequilíbrio do exercício jurídico que envolve três situações típicas, conforme aponta Menezes Cordeiro[411]: (i) o exercício inútil danoso; (ii) as situações implicadas no brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e (iii) a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem.

---

[408]ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações,* cit., p. 130.

[409]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 822.

[410]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 843. Não podemos deixar de transcrever a preocupação de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil,* cit., p. 835) com a utilização indiscrimidada do *tu quoque.* Alerta o jurista: "*A sua aplicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento. Não é líquido, contudo e sempre a priori, que um sujeito venha eximir-se aos seus deveres jurídicos alegando violações perpetradas por outra pessoa*".

[411]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil,* cit., p. 853.

O exercício inútil danaso é facilmente exemplificado pelas decisões da jurisprudência francesa a que nos reportamos no início desse item, em que o exercício do direito pelo titular, além de não lhe trazer nenhuma vantagem específica, ainda causa dano a outro. O brocardo *dolo agit quit petit quod statim redditurus est* é identificado quando o sujeito pede algo que em seguida deverá restituir, a título de indenização, por exemplo. No que se refere à desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem, o principal exemplo é a teoria do adimplemento substancial, de acordo com a qual é vedada a resolução do contrato por inadimplemento quando praticamente toda a prestação foi cumprida.

Apresentadas essas considerações sobre a boa-fé e o abuso de direito é importante consignar que essas situações envolvendo comportamento inadimissível não esgotam a possibilidade de comportamentos abusivos, consistentes na violação à boa-fé. Elas servem apenas para exemplificar os casos em que este princípio é utilizado como parâmetro para definir o uso abusivo de um direito.

Assim, em todas as hipóteses em que se reconhece a existência do direito do titular, no entanto, não se admite a forma em que ele é utilizado, por violar os padrões de conduta que a construção de uma sociedade solidária exige, estar-se-á praticando o abuso de direito.

Verifiquemos, agora, os dois outros limites impostos para o exercício de um direito: os bons costumes e a sua função social e econômica.

Os bons costumes, a respeito dos quais são feitas referências em outros artigos do Código Civil, podem ser entendidos, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho[412], como o conjunto de regras de convivência que, num dado momento e dado ambiente, as pessoas corretas praticam. Estão relacionados à moral, em caráter amplo, embutida na consciência da sociedade em um dado momento. Ou seja, os bons costumes estão ligados à convicção da sociedade. A idéia de bons costumes apresenta-se muitas vezes ligada à própria boa-fé.

Assim sendo, no que tange aos bons costumes dois aspectos podem ser evidenciados: o sociológico, ligado aos comportamentos praticados e aceitos por uma determinada sociedade e o axiológico, ligado aos critérios éticos e morais.

---

[412]CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil,* cit, p. 162.

Evidentemente, apesar de alguns juristas tentarem dar aos bons costumes um carárter objetivo[413], como observa Fernando Augusto Cunha de Sá[414], a delimitação do conceito caberá ao juiz e ao intérprete fazer no caso concreto, razão pela qual o professor português entende que a remissão aos bons constumes não é adequado para limitar o uso de um direito.

Por fim, o limite imposto ao exercício do direito e que mais nos interessa na análise da conduta do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual refere-se à função social e econômica do direito. Como vimos, ao tratar de função social do contrato, o exercício do direito não pode ser encarado como algo que interessa apenas ao seu titular[415]. Na atual conjuntura de sociabilidade do Direito, o exercício de qualquer direito subjetivo tem importância para toda sociedade e, portanto, deve respeitar os limites necessários para construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária.

Com efeito, também já foi demonstrado no decorrer dessa dissertação que todo e qualquer direito tem uma função social, inclusive os denominados "*direitos subjetivos de finalidade egoística"*, uma vez que devem atentar, como fundamento de ordem pública, para que a satisfação dos interesses de seus titulares não contrarie a realização do fim social do qual é dotado cada norma jurídica, atendendo ao *bem comum.*

Desse modo, outra não pode ser a conclusão que não a de que um titular de direito que assim age, contrariando a função social desse direito, pratica um ato abusivo o que, portanto, não pode encontrar abrigo na ordem jurídica. Nesse sentido, o terceiro que celebra um contrato incompatível com outro pré-existente, deixa de considerar que o contrato anterior já está inserido na malha social, irradiando seus efeitos.

Assim, utilizar de sua liberdade de contratar, provocando o inadimplemento de um contrato já existente, é ir contra a função social desse direito de liberdade. Tal conduta não

---

[413]Nesse sentido é a posição de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (*Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais, cit., p. 63), que assim define os bons costumes: "*é o conjunto de regras morais aceites pela consciência social. Não se trata pois de usos ou práticas morais, mas de idéias ou convicções morais, não da moral que se observa e se prática (mores), mas daquela que se entende dever ser observada (bonus mores). Não se trata da moral subjectiva ou pessoal do juiz, antes sim da moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata, ainda, portanto, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (hoc sensu)."*

[414]SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito,* cit., p. 188.

[415]A esse respeito RUI STOCO (*Abuso do direito e má-fé processual.* São Paulo: Ed. Revista dos Trtibunais, 2002. p. 58) *"A teoria do abuso do direito se apóia no princípio da convivência, impondo-se conciliar a utilização do direito, respeitando-se, contudo, a esfera jurídica alheia, fixando-lhe um limite. É justamente nessa idéia de relatividade e de limitação do direito externado que, para alguns, se assenta a doutrina, forte no entendimento de que a abusividade surge do conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo em sua manifestação exterior".*

é valorada socialmente. Além disso, é contrária aos parâmetros de solidariedade e cooperação impostos pela nova ordem constitucional. Ou seja, além de se exercer um direito contrariamente a sua função social, o terceiro cúmplice viola o princípio da boa-fé objetiva. Isso porque, como vimos, o dever de lealdade imposto pela boa-fé objetiva deve pautar todas as relações humanas.

A conduta do terceiro cúmplice extrapola, dessa maneira, dois limites impostos pelo ordenamento jurídico para o exercício regular de um direito: a função social e a boa-fé objetiva.

Desse modo, entendemos que a conduta do terceiro cúmplice também pode ser configurada como ato ilícito, por se configurar em abuso de direito. Ousamos, com o devido respeito, afirmar que não nos parece razoável o argumento de E. Santos Júnior, a que nos reportamos no início desse item, de que a liberdade de contratar do terceiro deixa de existir a partir do momento em que há ciência de um contrato prévio incompatível com o novo contrato que se pretende celebrar. Pelo contrário: a existência desse contrato prévio apenas limita o exercício desse direito. A liberdade de contratar, assim como o direito de ir e vir, continua a fazer parte da esfera jurídica do terceiro.

Por fim, importante ressaltar que o fato da conduta do terceiro também poder ser configurada como abuso de direito, não exclui o requisito necessário de sua responsabilização que é o conhecimento ou o dever de conhecimento prévio do contrato pelo terceiro.

CONCLUSÃO

As transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX demonstraram que os alicerces da teoria contratual até então vigentes, com fundamentos na interpretação absoluta do princípio da liberdade de contratar, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos efeitos contratuais, passariam a ser causa de injustiça contratual, caso a maneira de entendê-los não fosse revista.

Com a Revolução Industrial e o consequente aumento das relações contratuais (decorrência direta da necessidade de se escoar a produção), constata-se que a igualdade e até mesmo a liberdade preconizadas pelas teorias individualistas era apenas formal. Materialmente, verificava-se tanto uma parte impondo as suas condições contratuais a outra (contratos por adesão), quanto a necessidade de se celebrar determinados contratos como condição da manutenção de uma existência digna do indivíduo, fatos que restringem tanto a liberdade de escolha quanto o poder negocial de uma das partes.

Assim, a manutenção exclusiva da concepção clássica do contrato significaria um enclausuramento do contrato no dogma da autonomia da vontade, o que, por sua vez, o tornaria alheio as condicionantes fáticas e sociais e, consequentemente, fonte de injustiças. Desse modo, com o objetivo de se evitar este tipo de efeito causado pelo individualismo metodológico é que as Constituições do pós-guerra introduziram no sistema jurídico o paradigma solidarista, com princípios e normas que estabelecem deveres sociais a serem cumpridos pelos indivíduos no desenvolvimento de suas atividades e que devem pautar suas condutas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional que surgiu sobre sua égide (como o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil) é exemplo claro do modelo do Direito social como centro do nosso Direito positivo.

Em consequência foi desenvolvida a concepção contratual social, com a reafirmação de princípios, que embora já existentes, tinham sua aplicação apagada pelo absolutismo dos princípios contratuais clássicos. Esses princípios, agora revalorizados, quais sejam, da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, são responsáveis pela relativização dos princípios clássicos, numa verdadeira busca da manutenção da justiça contratual e da construção de uma sociedade livre solidária, objetivo de nossa República, conforme artigo 3º, I da Carta Magna.

Destes princípios, os que mais chamaram atenção para o estudo do nosso tema foram o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, principais bases da reinterpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, a que nos propusemos.

A função social do contrato faz com que ele seja visto como inserido no tecido social, onde produz seus efeitos, podendo gerar benefícios ou prejuízos para todos os integrantes da sociedade. Assim, o sujeito ao celebrar um contrato, embora possa fazê-lo buscando a satisfação de interesses pessoais, não pode torná-lo um instrumento contrário aos valores sociais e à harmonia da própria sociedade.

Desse modo, os indivíduos devem, ao exercer a sua liberdade de contratar, estar atentos aos efeitos que esse novo contrato irá produzir tanto na esfera *inter partes*, quanto na esfera daqueles que estão alheios ao vínculo contratual. Este dever de cuidado, no momento de contratar, liga-se ao princípio da boa-fé objetiva.

Essa possibilidade do contrato produzir efeitos para além das partes contratuais, beneficiando ou prejudicando terceiros, mitigando a interpretação absoluta do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, foi claramente demonstrada no decorrer deste trabalho pelas figuras do terceiro vítima e do terceiro cúmplice.

Nos casos envolvendo o terceiro vítima (exemplificados com a figura do *bystander,* os contratos com eficácia protetiva perante terceiros, a venda com financiamento para consumo, o caso da hipoteca no sistema nacional de habitação e a possibilidade da vítima ingressar com ação diretamente em face da seguradora), verificou-se que os efeitos de um contrato podem diretamente atingir aqueles que não são dele partes, possibilitando, por exemplo, que o terceiro alegue a existência de um contrato de qual não é parte para justificar defender os interesses de sua esfera jurídica.

Já nas situações envolvendo o terceiro cúmplice, foi constado que terceiros podem interferir negativamente na produção dos efeitos de um contrato, ao celebrar com uma das partes de um outro contrato, um segundo contrato incompatível com o adimplemento do primeiro. Ou seja, foi demonstrado que o contrato não está alheio as interferências sociais, por vezes nefastas. Para evitar esse tipo de situação, contrária a todos os valores constitucionais, tendo como base os princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva, tornou imperioso reconhecer o dever de respeito do terceiro perante contratos que já tenham sido celebrados.

Esse dever de respeito a situações jurídicas estabelecidas, ainda que relativas, como o direito de crédito nos remete à noção de oponibilidade. Desse modo, de maneira geral, terceiros não podem violar o direito de crédito alheio, do mesmo modo que não poderiam violar o direito de propriedade de outro. Dessa maneira, uma das importantes conclusões desse trabalho é que assim como os direitos reais, o direito de crédito é também oponível *erga omnes.*

Note-se que essa conclusão, de oponibilidade do direito de crédito, independe de um regime de publicidade especial, como os previstos nos artigos 8º e 33 da Lei 8.241/1991; no artigo 118 da Lei 6.044/76 e do artigo 1.144 do Código Civil. Assim, um terceiro que simplesmente sabe ou deveria saber da existência de um direito de crédito alheio, deve respeitá-lo, não interferindo negativamente nele.

O fundamento dessa oponibilidade é dado tanto pela função social do contrato, que impõe a todos que pelo menos considerem a sua existência, quanto pela importância que o crédito atingiu na sociedade contemporânea, constituindo-se num verdadeiro valor patrimonial. Tal fato desvinculou da realidade a afirmação de que o crédito, por ser um direito relativo, só pode ser violado pelas partes da relação obrigacional e não por terceiros. O crédito, como qualquer direito subjetivo, pode ser violado por qualquer um, daí a necessidade de se exigir também com relação a ele o dever de respeito por toda sociedade.

O entendimento do significado da idéia de oponibilidade nos levou a outra conclusão, a de que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não deve ser derrogado, mas sim reinterpretado. Assim, deve ser interpretado exclusivamente no sentido de que somente as partes do contrato podem tornar-se devedoras e credoras entre si, de modo que um terceiro jamais se tornará devedor por um vínculo contratual alheio. No entanto, isso não significa, como era admitido na interpretação clássica do princípio da relatividade, que terceiros possam ignorar completamente a existência do contrato. É justamente isso que a oponibilidade impede, na medida em que exige que a produção dos efeitos contratuais seja respeitada por todos.

Dentro desse contexto, a oponibilidade justifica a responsabilidade civil do terceiro que viola o direito de crédito alheio, por meio da celebração de um segundo contrato com a parte de um contrato já existente, que impossibilita o cumprimento deste último. Essa violação do direito de crédito, por si só, já caracteriza a prática do ato ilícito, um dos requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil.

Evidentemente, para o terceiro ser considerado cúmplice do inadimplemento contratual é necessário que ele tenha conhecimento da existência do contrato prévio celebrado por aquele com quem agora pretende contratar, o que não significa que no momento de contratar todos devem indagar se sua contraparte celebrou ou não um contrato prévio cujo adimplemento é incompatível com o novo contrato que se objetiva formalizar.

Exige-se, apenas um dever de cuidado de um homem médio, considerando o tipo de contrato que será celebrado, bem como o domínio econômico em que ele se insere. Desse modo, se o terceiro não sabe da existência do contrato, mas deveria saber, também será responsabilizado. Assim, entendemos que a responsabilidade civil do terceiro se dá tanto nas situações de dolo, como de culpa.

Necessário, ainda, para a responsabilização do terceiro, como não poderia deixar de ser, todos os outros requisitos comuns da responsabilidade civil, ou seja, a existência de um dano e o nexo de causalidade.

As explicações sobre a teoria dualista acerca da responsabilidade civil nos levaram a entender que essa responsabilidade do terceiro é extracontratual, já que não há nenhuma relação jurídica prévia entre o terceiro e o credor do contrato já existente. Por outro lado, é de se reconhecer também a responsabilidade civil do próprio devedor, que ao deixar de cumprir seu dever de prestar, deve responder contratualmente por seu inadimplemento.

Dessa maneira, ambos devem responder, solidariamente, pelo dano causado ao credor do contrato pré-existente. No entanto, um responde contratualmente e o outro extracontratualmente.

Desenvolvido todo esse raciocínio e chegada às conclusões que acima descrevemos, cabe externarmos a importância prática do nosso tema, que entendemos estar, principalmente, em dois principais aspectos.

O primeiro consistente no simples fato de se estar tratando de um problema de responsabilidade civil, um dos institutos de maior dinamismo no Direito. O segundo consistente na inquestionável freqüência, inclusive diante dos casos que trouxemos no item 4.4 *supra*, em que ocorre a interferência de um terceiro no contrato, induzindo uma das partes ao inadimplemento contratual. Assim, a conclusão de que os terceiros que assim agem respondem civilmente é fundamental para que os valores de eticidade, operacionalidade e sociabilidade, inspiradores do novo Código Civil, se efetivem.

Inevitável concluir também que o tema em debate envolve o conflito de dois aspectos fundamentais para o desenvolvimento da economia: o princípio da liberdade de contratar e a necessidade de respeito pelos contratos firmados. A liberdade de contratar está intimamente ligada com a livre-iniciativa. Por sua vez a necessidade de respeito pelos contratos firmados tem forte ligação com o princípio da boa-fé objetiva, já que envolve a relação de confiança e as expectativas geradas pelo contrato. Paralelamente, como reiteradamente exposto nessa dissertação, nossa ordem constitucional impõe ao exercício da livre-iniciativa o dever de assegurar uma sociedade digna e justa, o que só pode ser alcançado se a liberdade de contratar não anular a necessidade de respeito aos contratos firmados e vice-versa.

Por essa razão, entendemos que o terceiro apenas pode ser responsabilizado desde que preenchidos os requisitos expostos no item 5.2 *supra*. Ou seja, não se defende aqui uma aplicação ampla e irrestrita da responsabilização do terceiro, fato que levaria a uma exacerbação da idéia de manutenção dos contratos em detrimento da liberdade de contratar.

Com essa solução não se deixa de reconhecer que liberdade de contratar é parte inerente da dinâmica contratual. Com efeito, por meio dela que os indivíduos buscam seus objetivos e satisfazem sua necessidade. No entanto, ao se admitir a responsabilidade do terceiro que se utilizando de sua liberdade de contratar causa o inadimplemento de um outro contrato, a proposta desta dissertação contribui para a manutenção da própria dinâmica contratual, já que acaba por determinar que no exercício da liberdade de contratar, deve se respeitar a liberdade de contratar do outro, não interferindo em um espaço contratual anterior, já definido pelas partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Reimpr. da edição de 1999. Coimbra: Almedina, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

_____. *Direito romano.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda.* São Paulo: Saraiva, 1923.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil*: teoria geral: relações e rituações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

AUBERT, Jean-Luc. A propôs d´une distinction renouvelée des partie et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, abr./jun. 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos*: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas:* homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Adoção simples e respeito ao ato jurídico perfeito e à autonomia privada. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condição suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial. A colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual. A doutrina do terceiro cúmplice. A eficácia externa das obrigações. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O direito como um sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O direito pós-moderno e a codificação. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A eficácia externa das obrigações. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser. Disponível em: <www2.câmara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 22 jul. 2005.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986.

_____. *Negócio jurídico*: existência validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O novo Código Civil*: o que muda na vida do cidadão. Palestra proferida em 04.06.02 na Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, em Brasília. Disponível em: <www2.câmara.gov.br/conheca/ouvidoria/seminários/semin8.html>. Acesso em: 22 jul. 2005.

_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual. In:_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *RTDC* – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo. In:_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas:* homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats.* Paris: LGDJ, 1996.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações.* 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1950.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: il contratto. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nélson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASILEIRO, Roxana Cardoso. Reconstrução do conceito de contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (Coods.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi.* Milano: Giuffrè, 1964.

CALASTRENG, Simone. *La relativité des conventions*: étude de l'article 1165 du Code Civil, Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1939.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 20, out./dez. 2004.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENTER, Charles E. Interference with contract relations. *Harvard Law Review*, n. 41, p. 728-763, 1927-1928.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 9. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civili*. Napoli: Jovene, 1933.

CIAN, Giorgio. La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso di Superga al caso Meroni). *Rivista di Diritto Civile*, Milano, anno 17, p. 199-205, 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, out. 1996.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. In: _____. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito privado.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, A. Ferrer. Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência. In: _____. *Estudos de direito civil, comercial e criminal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil.* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. v. 2.

DI MARTINO, Patrizia. La responsabilità del terzo 'complice' nell'inadempimento contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 29, n. 4, dic. 1975.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano 5, n. 27, jan./fev. 2004.

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

DRAETTA, Ugo. The Pennzoil case and the binding effect of intent in the international trade practice. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 2, 1988.

DUCLOS, José. *L'opposabilité*: essai d'une théorie générale. Paris: LGDJ, 1984.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Novo Código Civil*: Direito das obrigações. Liberdade contratual. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 96, p. 125-136, mar. 1998.

FREITAS, Teixeira de. *Código Civil, Esboço,* 3-4. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

GHESTIN, Jacques. *Le effets du contrat.* Paris, LGDJ, 1994.

_____. Nouvelles propositions pour um renouvellement de la distinction des parties el des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, out./dez. 1994.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *A função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: _____. *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Contratos.* 26. ed. rev., atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *A crise do direito.* São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Direitos reais.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Inovações na teoria geral do contrato. In: _____. *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Introdução ao direito civil.* 20. ed. rev. atual. e aumen. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Responsabilidade civil do fabricante. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 9, abr./jun. 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *Responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOUTAL, Jean-Louis. *Essai sur le príncipe de l'effet relatif du contrat.* Paris: LGDJ, 1981.

GUELFUCCI-THIBIERGI, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du príncipe de l'effet relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, abr./jun. 1994.

HADDAD, Luís Gustavo, *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos.* Dissertação (Mestre em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito.* Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 45, jul./set. 1988.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

JABUR, Gilberto Haddad, PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito dos contratos II,* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JOSSERAND, Louis. *De l´espirit des droits et de leur relativité.* Paris, 1927.

KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes.* Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos.* Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

_____. *Derecho de obligaciones.* Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito dos contratos, II.* São Paulo: Quartier Latin, 2008

_____. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, fev. 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963.

_____. A interferência de terceiros na violação do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, jan. 1962.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v.16, p. 103-113, out./dez. 2003.

LOPES, José Maria de. *Curso de direito civil, fonte das obrigações*: contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 3.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contracuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, out./dez. 1998.

_____. *Tratado de los contratos*: parte general. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Direitos básicos no consumidor na sociedade pós-moderna de serviços. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 9, n. 35, jul./set. 2000.

_____ (Coord.). *A nova crise do contrato.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, 23 jun. 2006.

_____. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, maio, 2005.

_____. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro.* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=4218>. Acesso em: 22 abr. 2011.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de, Função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 3, n. 16, mar./abr. 2002.

MELO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1979. t. 2.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washinton de Barros. *Curso de direito civil.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

MOURA, Mário Aguiar. Ruptura do princípio da relatividade dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 16, ago. 1992.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas.* 1990. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia, introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Efeitos contratuais perante terceiros.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil.* 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil.* Trad. Maria Cristina de Cicco, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual.* Coimbra: Almedina, 2003.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/2005*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. t. 26.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Função social do contrato. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22 nov. 2003.

_____. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REMY, Philippe. La responsabilite contractuelle: histoire d'un faux concept. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 96, n. 2, p. 323-355, avr./juin. 1997.

RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis.* Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

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. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 821, mar. 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

_____. *Responsabilidade civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social.* Edição Ridendo Castigat Mores, versão para ebooks, 2002.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito.* 2. reimpr. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93 n. 823, maio 2004.

SALVADOR, Manuel J. G. *Terceiros e os efeitos dos actos ou contratos: a boa-fé nos contratos.* Lisboa, 1962.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado:* direito das obrigações (arts. 928-971). 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. v. 12.

SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito.* Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

SAVATIER, René. Le prétendu príncipe de l´effet relatif des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 34, 1934.

SAVIGNY, Friederich C. *Traité de droit romain.* Trad. De C. Guenoux. Paris, 1851. t. 8.

SAYRE, Francis Bowes. Inducing breach of contract. *Harvard Law Review*, n. 36, 1922-1923.

SCHALABENDORFF, Adriana. *A reconstrução do direito contratual*: o valor social do contrato. Tese (Doutor em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SERRA, Adriano Vaz, Seção Jurisprudência, Anotação. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Lisboa, n. 3.287, p. 25-32, 1965,

SILVA, João Calvão da. *A responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 30. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

SILVA, Marcos Mairton da. O novo Código Civil e a função social do contrato com razão e limite da liberdade de contratar. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2003.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações.* Trad. Maria Teresa Lemos de Lima. Curitiba: Juruá. 2006.

STOCCO, Rui. *Absuso do direito e má-fé processual.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil.* 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, p. 29-49, março-2008.

_____. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/2005*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito.* São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A responsabilidade civil por acidente de consumo. In: _____. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato*: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito contratual brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2008

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1992.

TRIMARCHI, Pietro. Sulla responsabilitá del terzo per pregiudizio al diritto di credito. *Rivista di Diritto Civile*, anno 29, 1983.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4.

WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, ano 5, v. 17, jan./mar. 2004.

WEILL, Alex. *La relativité des conventions em droit prive français.* Paris: Librairie Dalloz, 1939.

ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito dos contratos, II.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZATTI, Paolo; ALPA, Guido (Coords.). *Letture di diritto civile.* Padova: CEDAM, 1990.