

A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato

Carlos Eduardo Pianovski RUZYK*

Marcelo L. F. de Macedo BÜRGER**

RESUMO: O presente estudo se propõe a examinar a tutela jurídica da obrigação em relação a terceiros sem recorrer à função social do contrato. Para tanto, analisa as razões que justificaram a diferenciação entre o regime jurídico dos direitos reais e dos direitos obrigacionais e sua relativização no direito contemporâneo. Expõe como a problemática se apresentou no direito estrangeiro e as respostas dadas por diferentes ordenamentos para, ao final, concluir, a partir da teoria do fato jurídico, pela existência de um dever geral de respeito às obrigações no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigações; efeitos; terceiros; tutela; função social.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A função social do contrato como contributo; – 3. As razões que justificaram uma assimetria entre a extensão da tutela dos direitos reais e dos direitos obrigacionais; – 4. A tutela externa da obrigação em outros ordenamentos; – 5. A construção da tutela externa pelas lentes do direito brasileiro.

TITLE: *Judicial Relief of Obligation Against Third Parties (Un)bound by Social Function of Contract*

ABSTRACT: *This study proposes to examine a judicial relief for the obligation against third parties without recourse to the social function of the contract. In order to do so, it analyses the reasons that justified the differences between the legal regime of the right in rem and obligations and their relativization in contemporary law. Therefore, it shows how the problem was presented in the foreign law and the answers given by the different legal systems to, in the end, propound how the theory of juridical fact implies a general duty of respect obligations.*

KEYWORDS: *Obligation; effects; third parties; judicial relief; social function.*

SUMMARY: *1. Introduction; – 2. The social function of the contract as a contribution; – 3. The reasons that justified an asymmetry between the extension of the protection of the rights in rem and obligations; – 4. Judicial relief for the obligation against third parties in other jurisdictions; – 5. The construction of judicial relief for the obligation against third parties in Brazilian law.*

* Professor de Direito Civil da UFPR (Graduação e Pós-graduação) e da PUC/PR. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Diretor Regional-Sul do IBDCIVIL. Coordenador do grupo de arbitragem da PUC/PR. Advogado.

** Professor de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas do IBDFAM. Membro consultor da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB.

1. Introdução

O Direito Civil construiu-se historicamente como a espacialidade de atuação da autonomia privada. Nele, os contratos, em sua expressão clássica, representam o amplo campo de liberdade de autorregulamentação conferido aos particulares, por meio dos quais estes escolhem o que contratar e com quem contratar. Assim se desenvolveu o contrato na modernidade, como figura formal e com pretensão de perenidade.

Essa moldura, no entanto, não tem logrado êxito em apreender as necessidades da contemporaneidade, mormente ao estabelecer uma ficção ontológica de que a relação entre os contratantes existiria em um plano próprio e indiferente ao plano da vida e a seus sujeitos. O insucesso em corresponder àquilo que define o contexto em que os contratos são celebrados impôs um repensar da liberdade na seara contratual. Não se tratou, diversamente do que se poderia supor, de simples limitação da autonomia privada – fenômeno que se intensificou desde o final do século XIX, mas de um verdadeiro repensar do próprio conteúdo da liberdade nos contratos, além do conceito de autonomia privada.¹

A doutrina aponta, ao mesmo tempo, o fim de um modelo contratual centrado na *ratio* oitocentista, e o nascimento de uma compreensão nova a respeito do fenômeno contratual. No dizer de Luiz Edson Fachin, “dois fenômenos ao menos atestam esse óbito (...): de um lado, a transsubjetivação (quem contrata não mais contrata somente com quem contrata), e de outro a transobjetivação (quem contrata não mais contrata apenas o que contrata)”.² Na nova roupagem contratual, a autonomia privada passa a conviver com outros interesses juridicamente relevantes, não mais se apresentando como a única expressão relevante da liberdade no Direito Civil.

Embora o caráter genésico da liberdade positiva deva ser admitido como relevante mesmo na contemporaneidade – em superação do dogma positivista que circunscreve o reconhecimento dos direitos às normas estatais -, não se pode afirmar que a vontade abstratamente livre do indivíduo que exerce a autonomia privada formalmente assegurada seria a única fonte de obrigações, sejam elas positivas, sejam elas omissivas.³ Dentre os interesses protegidos, que podem se apresentar como

¹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

² FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 30.

³ Sobre a relação entre autonomia privada e os diferentes perfis que a liberdade individual pode adquirir no âmbito do Direito Civil, PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. cit., p. 121-140.

fundamento de constituição de obrigações, ao menos negativas, está o da tutela externa da obrigação. Não mais se justifica o dogma de que o contrato obriga as partes e somente as partes.

É certo que a doutrina contratual clássica não ignorava a oponibilidade das relações contratuais,⁴ como na teoria do terceiro cúmplice, há muito acolhida pela jurisprudência da *Cour de Cassation*,⁵ regra também acolhida no âmbito do contrato de locação de serviço desde o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.235.⁶

Ocorre que a repercussão do crédito perante terceiros insere-se, hoje, não mais como simples oponibilidade, mas no contexto de uma eficácia transpessoal das obrigações, que não se pode explicar na pura e simples referência à autonomia privada em sua expressão clássica. A despeito de o contrato se desenvolver entre as partes que a ele deram vida, não habita ele em uma espacialidade ontológica própria e imune à interferência de terceiros e a terceiros. O contrato próprio de uma sociedade plural e dinâmica é ao mesmo tempo autor e sujeito de interferências em interesses alheios, de modo que, se de um lado deve respeitar tais interesses,⁷ por outro deve por eles ser respeitado, sob a tutela do direito.

É nessa senda que a ideia de uma tutela externa da obrigação (também denominada de tutela externa do crédito) aparece no direito civil contemporâneo como um dos reflexos da transição do direito dos contratos da modernidade para a contemporaneidade, tal como as figuras da violação positiva, concebida inicialmente no direito Alemão por Hermann Staub⁸ no início do século XX e do adimplemento substancial, figura do

⁴ HUGUENEY, Pierre. *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. Paris: Rousseau, 1910.

⁵ “Attendu que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil ne peuvent en principe être invoqués pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent tout leur empire au regard des tiers étrangers au contrat” (Cour de Cassation, 1^e re Civ., 22 juillet 1931, D. H 1931, p. 506).

⁶ “Art. 1.235. Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outros por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos”.

⁷ Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸ “O conceito de inadimplemento ampliou-se com a importante contribuição trazida por Staub em sua famosa obra *Die positiv Vertragsverletzungen*, publicada em 1904, em que trata dos obstáculos ao cumprimento da prestação” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 141). A referência se faz salutar ao presente escrito o autor, em evidente vanguarda, também se posicionava por uma eficácia da relação creditícia perante todos. Staub encontra-se entre os que “repelem a distinção dos direitos absolutos e relativos, porque, dizem (por exemplo, H. Staub, *Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Archiv für Bürgerliches Recht*, v. 15), também nessas as regras jurídicas se dirigem a todos, de modo que o crédito existe entre o devedor e o credor e perante todos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 324).

direito inglês trazida originalmente para o direito brasileiro por Clóvis do Couto e Silva na década de 70.

Relevante literatura que se debruçou sobre o tema⁹ construiu tal figura jurídica sobretudo a partir dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, apontando esta como o permissivo de uma eficácia que transcende os sujeitos da relação jurídica, em contraposição ao princípio da relatividade dos contratos, pelo qual estes apenas produzem efeitos entre seus signatários. Diversamente, a presente análise busca demonstrar que a eficácia externa dos negócios jurídicos não tem por pressuposto a função social do contrato. Ambas integram a mesma realidade atinente à possível eficácia transpessoal das obrigações, mas uma não é fundamento da outra. São, a rigor, duas expressões conceitual e eficazmente diversas de um mesmo fenômeno.

Tendo por supedâneo a relativização da divisão entre os planos dos direitos reais e dos direitos obrigacionais¹⁰ e o reconhecimento da obrigação como uma estrutura dinâmica voltada a satisfazer os interesses objeto dos contratados, é possível analisar a tutela externa da obrigação à luz do sistema contemporâneo sem a necessidade de se recorrer a função social do contrato.

Assevera-se desde logo que não se pretende desvalorizar a função social do contrato, princípio que certamente empresta o instrumental necessário à reconstrução dos contornos do contrato e a superação de seu paradigma estático, além de reforçar sua eficácia para além das partes contratantes. Antes, anseia demonstrar que os fundamentos para uma eficácia do contrato para além dos contratantes residem em outros princípios e conceitos próprios da dogmática do Direito Civil.

2. A função social do contrato como contributo

⁹ ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. *Tutela externa do crédito*. In: ANDRIGHI, Nancy (coord.) *Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014; MARTINS-COSTA, Judith. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro*, disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 28/07/2016; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações e contratos: doutrinas essenciais*. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo. Reimpressão*. Rio de Janeiro: Editora GV, 2006; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos à luz da tese da separação relativa*. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (coord.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Ao se referir à tutela externa do crédito, ou da obrigação, a doutrina usualmente a aponta como decorrência do princípio da função social, reconhecendo nesta o permissivo à expansão da eficácia do contrato para além das partes. Wagner Souza cita textualmente que “é esse princípio que constitui o lastro para a oponibilidade do contrato em relação a pessoas estranhas ao vínculo contratual”.¹¹ É na linha deste fio condutor que a questão adquire maior peculiaridade ao se reconhecer que ao contrário do que ocorreu com a função social da propriedade, objeto recorrente de análise doutrinária a ponto de ter conceito, função e estrutura já razoavelmente delineados, a função social do contrato ainda é figura a ter seu significado construído.

Segundo Vera Jacob Fradera, a função social do contrato teve origem “no projeto de Código Civil italiano de 1942 de Mussolini e que não foi recepcionado pelo *Codice Civile*. Estranhamente, o legislador do Código Civil brasileiro de 2002 (...) incluiu a função social como um limite ao exercício da autonomia privada”.¹² Sua inserção no sistema positivo se deu pela cláusula geral do art. 421 do Código Civil,¹³ de modo que não há um conteúdo mínimo legalmente estabelecido. A construção de tal conteúdo coube à doutrina, que ainda não atingiu a necessária consensualidade.¹⁴ Compulsando a doutrina nacional, facilmente se verificam a multiplicidade e a amplitude dos conceitos atribuídos à função social do contrato. Cientes de tal diversidade e vagueza, Teresa Negreiros apresenta interessante compilação dos conceitos formuladas pela literatura:

A generalizada falta de profundidade da abordagem da função social do contrato espalha-se em definições tão vagas quanto retóricas, como as que vinculam o princípio ao ‘atendimento do bem comum e dos fins sociais’ (Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305), às ‘exigências do bem comum e da justiça social’ (Eduardo Sens dos Santos, *o novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*, Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 2002, p. 32 e ainda, nesta mesma linha, Mario Aguiar Moura, *Função social do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 630, abr. 1998, p. 249), ‘ao desenvolvimento da comunidade em seu conjunto’ (Glauber Moreno Talavera, *A função social do contrato no novo Código Civil*, Boletim doutrina ADCOAS.

¹¹ ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. *Tutela externa do crédito*. In: ANDRIGHI, Nancy (coord.) *Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

¹² FRADERA, Vera Jacob de. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹³ Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁴ “O sentido que se atribui ao social, como coletivo ou pertinente a possíveis interesses de indivíduos, bem como a existência ou não de uma expressão da função social intrínseca ao contrato, para além de sua função dirigida a terceiros, são temas que revelam a complexidade de que se reveste a matéria. Revelam, também, a ausência de uma concepção consensual sobre a função social, nem mesmo no que tange a uma compreensão acerca de seus elementos estruturais e de seus destinatários – o que faz da função social do contrato campo de análise que oferece dificuldades ainda maiores do que a função social da propriedade” (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. cit., p. 269).

Rio de Janeiro: Esplanada, n. 7, jul. 2002, p. 399), e ainda à ‘proteção aos pobres e aos desamparados’ (Carlos Alberto Goulart Ferreira, *Contrato: da função social*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, n. 247, mai. 1998, p. 9)¹⁵

Luciano Benetti Timm, por exemplo, ainda que criticando essa concepção que qualifica como solidarista, apresenta estudo similar a partir de artigos publicados em periódicos nacionais entre os anos de 2003 e 2005. A partir desses estudos, conclui pela existência de uma posição doutrinária dominante, que concebe “a função social do contrato a partir de uma ideia de justiça distributiva” que buscaria, “por meio do contrato, fazer ‘justiça social’”. Para além desse senso comum, o autor aponta dois posicionamentos diferentes, notadamente o de Antonio Junqueira de Azevedo e de Otavio Luiz Rodrigues Junior, que veem “a função social na relativização do princípio da força relativa dos contratos – de modo que o contrato poderia trazer efeitos para terceiros à relação contratual”, e o de Rodrigo Xavier Leonardo, que “enxerga a função social do contrato na rede contratual formada em determinadas estruturas de mercado, como o financiamento habitacional e, eventualmente, o próprio seguro”.¹⁶

Ao final, Timm apresenta uma visão da função social do contrato a partir da análise econômica do direito, em franca oposição à relativização da *pacta sunt servanda*, sustentando que “a melhor leitura do que vem a ser a função social do contrato em uma economia de mercado parece ser aquela sistemática”, de modo que ao direito caberia, através da proteção dos contratos, “atribuir segurança às trocas econômicas”, reduzindo os custos de transação e gerando maior eficiência das instituições sociais de mercado, e, conseqüentemente, maior riqueza social. De outro, por meio das leis de concorrência e de proteção ao consumidor, realizar a justiça distributiva e proteção da parte hipossuficiente.¹⁷

Tal concepção, ainda que promova uma verdadeira fusão entre função social e função econômica – e que, por isso, não é subscrita no presente artigo -, é reveladora de um traço comum às noções mais refinadas a respeito da função social, antes explicitadas: trata-se de identificar a função (qualquer que seja o seu conteúdo), como um contributo que o contrato deve trazer para determinados entes – sejam eles indivíduos determinados, grupos de indivíduos ou a sociedade de modo difuso.¹⁸ Daí a

¹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207/208.

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68-69.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil*. cit., p. 67-95.

¹⁸ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. cit., p. 144-150.

possibilidade de identificar algo em comum a essas compreensões: a afirmação de que função não é mero limite a autonomia, mas, sim, contributo, ou seja, algo que o contrato deve realizar em favor de alguém.

Há, porém, mais: a função social não é apenas princípio vinculado a interesses de terceiros, externos ao contrato. Paulo Nalin explica, com razão, que a função social tem duas dimensões, sendo uma intrínseca e outra extrínseca.¹⁹ A dimensão intrínseca refere-se a interesses das próprias partes, que podem se realizar por meio do atendimento de outros princípios contemporâneos do contrato. Pode, ainda, efetivar-se mediante a realização de contributos vinculados a direitos fundamentais sociais em favor dos próprios contratantes, como o acesso à saúde, à moradia ou a educação, como meios para o incremento da liberdade substancial dos indivíduos.²⁰ Eis o contributo intrínseco que dá conteúdo à função social do contrato. A dimensão extrínseca, a seu turno, para Nalin, estará, aí sim, vinculada a interesses sociais de terceiros não contratantes.

De qualquer sorte, ainda que haja divergência sobre o conteúdo da função social – se vinculada à justiça social, ou à eficiência das relações de mercado, com redução dos custos de transação, ou, ainda, ao atendimento concreto de direitos fundamentais sociais e ampliação à liberdade substancial dos indivíduos – há implícito consenso sobre o caráter da função como contributo, coerente, inclusive com sua construção histórica, desde Ihering,²¹ passando por autores díspares como Duguit²² e Renner.²³

Em suma, pode-se afirmar que função social é contributo e que não se refere, necessariamente, a interesses de terceiros ao contrato (uma vez que também tem dimensão intrínseca). Se a função é um contributo a ser realizado em favor de alguém (indivíduos determinados, grupos de indivíduos ou à sociedade de modo difuso), não há como vincular esse conceito à fundamentação da tutela externa da obrigação. A tutela externa da obrigação é, a rigor, limite à interferência de terceiros sobre uma relação obrigacional, como oposição externa de um dever de abstenção. Não há qualquer vinculação lógica entre os contributos (benefícios) que o contrato deva gerar a terceiros ou à coletividade (como função social extrínseca) e o dever de abstenção

¹⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 223.

²⁰ Esta última expressão intrínseca da função social pode ser observada em PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. cit., p. 290-308.

²¹ IHERING, Rudolf Von. *El Fin en el Derecho*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.

²² DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1908.

²³ RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1981.

oposto a qualquer terceiro quanto aos deveres principais ou laterais dos contratantes em uma relação obrigacional.

Daí a relevância da demonstração de que a tutela externa da obrigação não tem por pressuposto a função social do contrato, mas pode firmar-se pela própria dogmática, mais precisamente pela teoria do fato jurídico. Admitir a função social como fundamento da tutela externa da obrigação, além de afrontar sua própria configuração conceitual elementar, gera o risco de converter o princípio em “varinha de condão”, esvaziado pela banalização de sua aplicação.

3. As razões que justificaram uma assimetria entre a extensão da tutela dos direitos reais e dos direitos obrigacionais

Ainda que na introdução já se tenha deixado clara a posição pela possibilidade jurídica de uma tutela externa da obrigação independente da função social do contrato, mais importante que uma conclusão é a construção do caminho e das bases que a sustentem, com a inevitável transposição dos obstáculos que se apresentarem. Com esse objetivo, pretende-se conhecer as razões que levaram as relações obrigacionais a terem uma oponibilidade mais débil em comparação aos direitos reais. Vislumbradas essas barreiras, impende superá-las, construindo bases que permitam traçar os contornos de uma tutela apta a solucionar os conflitos de interesses que envolvam a interferência externa nas relações jurídico-obrigacionais, tal como existe, secularmente, a tutela contra a interferência alheia na propriedade.

Podem-se pensar pelo menos três possíveis razões para que o Direito tenha conferido ao crédito uma tutela de menor amplitude em relação à tutela deferida à propriedade. A *primeira* delas decorreria da diferença estrutural entre o direito de crédito (pessoal e relativo) e direito real (absoluto).²⁴ Assim, enquanto o direito real seria uma relação entre pessoa e coisa, a obrigação seria uma relação entre pessoas.²⁵ Essa distinção, porém, não parece se sustentar em uma análise mais detida sobre a estrutura de ambos os direitos, bem como no exame do fundamento da oponibilidade dos próprios direitos reais. Com efeito, assim explica Pontes de Miranda:

²⁴ Segundo Orlando Gomes, “não há um critério indiscutível para distinguir o direito *real* do direito *pessoal*” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21^a ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 10). A partir da teoria clássica, direito real seria aquele que confere o poder imediato da pessoa sobre a *coisa*, ao passo que o direito pessoal apenas opõe uma pessoa a outra, de quem pode exigir determinado *comportamento* (prestação).

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 4^o vol. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214-217.

O direito que apanha a coisa, plenamente ou dentro de certos limites, sem depender de alguém, de modo que o seu titular o exerce e o faz valer perante quem quer que seja. (...) Não há relação do titular com a coisa; há relação do titular com todos, a respeito da coisa. O exercício do direito é sobre a coisa mesma.²⁶

A relação jurídica de direito real, portanto, confere a seu titular um poder sobre a coisa (objeto direto da relação), poder este protegido contra todos e que é excludente pela própria natureza. Só haverá esse poder sobre a coisa quando seu titular puder tanto exercer esse poder diretamente sobre ela, de acordo com sua vontade, quanto impedir que outros exerçam poder sobre a coisa, excluindo-os. Em consequência, na relação de direito real haverá tanto a submissão da coisa ao seu titular como também vínculo jurídico entre o titular e todas as pessoas, cujo conteúdo é o dever de abstenção.²⁷

Ricardo Aronne, a seu turno, sustenta que os direitos reais possuem um elemento interno e um externo. O elemento interno se materializa no domínio, que representa a relação entre o sujeito e a coisa, e o externo na propriedade, que consistiria na relação jurídica de natureza obrigacional entre o titular e um sujeito passivo universal, cujo conteúdo é de natureza estritamente negativa: um não interferir.²⁸

A estrutura básica do direito real conteria, portanto, dois vínculos jurídicos: um entre o titular do direito e a própria coisa,²⁹ outro entre o titular e todas as demais pessoas, que detém o dever geral de não interferência. Esse dever é a eficácia *erga omnes* dos direitos reais, que justifica sua oponibilidade mais intensa que a dos direitos obrigacionais. Não se trata, pois, no âmbito dos direitos reais, apenas do *neminem laedere*, mas de uma verdadeira relação jurídica de sujeição passiva universal.

De outro lado, a relação jurídica de direito de crédito apresenta estrutura distinta: não tem por objeto uma coisa, na acepção jurídica do termo, mas uma *prestação*, que por sua vez terá por objeto “sempre uma ação ou omissão do devedor: um fazer em sentido amplo (incluindo dar) ou um não fazer (abstenção) que se prometeu”. Mesmo quando a obrigação é de dar, o objeto é a ação, não a coisa. “A coisa em si não é devida; devido é o

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 305.

²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p. 23.

²⁸ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia*. 2. ed. rev. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 99-135.

²⁹ As críticas dirigidas a teoria clássica demonstraram sobretudo que as relações jurídicas estabelecem-se entre pessoas, e não entre pessoas e coisas, bem assim que a oponibilidade *erga omnes* não é exclusividade dos direitos reais, mas atinente a todos os direitos absolutos (GOMES. Op. cit., p. 12)

dar”.³⁰ Nessa estrutura, a relação obrigacional é constituída: a) pelas partes – credor e devedor; b) pela prestação – objeto da relação e que consiste em uma atividade do devedor; e c) pelo vínculo que as une e pelo objeto da relação, que é o direito de crédito/preensão titularizado pelo credor de exigir a prestação e o dever/obrigação do devedor de cumprir tal prestação, de modo que a eficácia natural da relação se daria também apenas entre as partes. O objeto da prestação, ou seja, o objeto do objeto, *e.g.*, um automóvel objeto da obrigação de dar, não faz parte da relação jurídica. Como explica Larenz, o crédito não enseja domínio sobre a coisa objeto da prestação, nem mesmo de modo “relativo” em face do devedor.³¹ A relação absorve apenas a prestação, já não seu objeto.

Daí que a estrutura dos direitos reais liga o credor a todas as pessoas, conferindo ao seu direito uma eficácia *erga omnes*, ao passo que a estrutura do direito de crédito, por estabelecer um vínculo apenas entre credor e devedor, confere-lhe eficácia apenas relativa.

Importa aqui reconhecer que os direitos reais têm em sua origem a concepção de poder sobre a coisa, intimamente ligados à propriedade. Como bem assevera Rodrigo Xavier Leonardo, os contratos eram apenas instrumentos, meios para a aquisição da propriedade,³² de modo que se fazia coerente dar-lhes uma eficácia de menor extensão do que aquela conferida à propriedade, eficácia esta caracterizada pelo princípio da relatividade dos contratos. Segundo Enzo Roppo, tal princípio estabelece que “os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato”.³³

Constituindo o contrato expressão da autodeterminação das partes, e cujo objeto corresponde à realização de uma prestação pelo outro contratante, parece intuitivo que essa relação obrigacional somente produza efeitos entre os sujeitos que dele

³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

³¹ “No representa, finalmente, el crédito um derecho de dominio sobre el objeto de la prestación, es decir, sobre la cosa que ha de entregarse. El acreedor, p. ej., el comprador al que le ha sido vendida una cosa determinada, pero aún no le há sido transmitida la propiedad de la misma, según los preceptos del derecho de cosas, no es todavía propietario de la cosa, ni aun de modo ‘relativo’ frente al deudor” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p. 25).

³² “Isso porque, no Código de Napoleão, o contrato é apresentado como um meio para a aquisição da propriedade (trata-se do Título III do Livro III, denominado ‘des différentes manières dont on acquiert la propriété’ 5). Nessa sistemática, portanto, o valor maior era conferido à propriedade, aparecendo o contrato como um instituto instrumental (e, portanto, funcional) à sua circulação” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. In: CANEZIN, Claude. *Arte jurídica*. V. 7. Curitiba: Juruá, 2005, p. 4).

³³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 129.

participaram, e mais especificamente, efeitos que visem a realização da prestação contratada. O terceiro é considerado indiferente ao contrato, e nesta estrutura nada justificaria exigir de pessoa estranha à relação contratual que realize a prestação assumida pelo devedor, ou que pudesse exigir prestação da qual não é titular. Conquanto a vontade das partes constitua o elemento genésico dos negócios jurídicos, definindo seu conteúdo, compõe também seu limite. Sem a participação da vontade do terceiro, a ele não seria oponível aquele negócio. Esses, em síntese, são os contornos do princípio da relatividade dos contratos, que cristalizou uma das balizas inexpugnáveis do direito moderno, fundado nas máximas da liberdade individual e da segurança jurídica.

Ocorre que a oponibilidade de tipo débil que justifica a tutela externa da obrigação não tem a vontade como dado relevante. A vontade é fonte de deveres prestacionais, inclusive comissivos, perante a outra parte; a oponibilidade é apenas o dever de abstenção na violação da esfera jurídica alheia, que não constitui prestação, tendo, portanto, natureza diversa.

A *segunda* razão justificadora para a menor extensão da eficácia conferida às relações obrigacionais se relaciona com a diretriz cristalinamente patrimonialista do direito civil moderno, no qual floresceram os atuais contornos da relação jurídica. Dado que os direitos reais têm por objeto bens e coisas, portanto objetos intimamente ligados à propriedade, mereceriam maior proteção pelo direito, justamente para se assegurar as conquistas decorrentes da nova ordem econômica, que superava a insuficiente e vetusta *ratio* do Antigo Regime. Tamanho o prestígio dado à propriedade que John Locke, um dos pais do Liberalismo clássico, elege como dever central do Estado a proteção da propriedade.³⁴ Nesse cenário, os contratos apresentavam apenas expressão instrumental, não sendo fins em si mesmos, haja vista serem meios para a aquisição da propriedade,³⁵ de modo que se poderia supor coerência em lhes dar uma eficácia de menor extensão do que aquela conferida à propriedade.

³⁴ “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade. Para este objetivo, muitas condições faltam no estado de natureza. Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita mediante consentimento comum, como padrão do justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens” (WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. V.1. 13ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 99).

³⁵ “Isso porque, no Código de Napoleão, o contrato é apresentado como um meio para a aquisição da propriedade (trata-se do Título III do Livro III, denominado ‘des différentes manières dont on acquiert la propriété’5). Nessa sistemática, portanto, o valor maior era conferido à propriedade, aparecendo o contrato como um instituto instrumental (e, portanto, funcional) à sua circulação” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos*, cit., p. 4).

Ocorre que, mesmo nessa lógica, a segurança necessária ao trânsito jurídico demanda não apenas o cumprimento das obrigações entre as partes, mas também evitar perturbações ao regular desenvolvimento das relações contratuais, sem as quais o gozo e a disposição da propriedade restariam prejudicadas. Como explica Roppo, esse momento histórico de consolidação da propriedade individual capitalista é, também, marcada pela “passagem do *status* ao contrato”, pelo que não se encontra justificativa historicamente plausível para a ausência de uma especial proteção à oponibilidade dos contratos. Tanto é assim que, como se verá adiante, no âmbito de outros ordenamentos jurídicos, a tutela externa, ainda que sob a expressão da teoria do terceiro cúmplice, não é uma efetiva novidade.³⁶

A *terceira* razão decorreria da visibilidade do objeto da prestação. Enquanto a transmissão do direito real é empiricamente perceptível por todos, a partir da apreensão da coisa, a relação de crédito, já que abstrata, não o é, de sorte que não poderia ser oposta àqueles que dela desconhecem.

Rodrigo Xavier Leonardo, ao apontar o caminho traçado pela cessão de crédito, mostra que até o fim do medievo a imaterialidade do crédito inviabilizava sua tradição, porque esta, ante sua visibilidade, era a forma ordinariamente adotada para realizar o trânsito de riquezas, permitindo tanto às partes quanto a quem a assiste compreender a transmissão da coisa. O crédito, assim, era tido por intransmissível. Apenas no século XVII, com o advento da filosofia jusracionalista, a mentalidade sobre a propriedade deixa a concepção realista e concreta pela qual a propriedade é passível de ser visibilizada para sustentar a propriedade como uma categoria jurídica, não necessariamente materializada em um objeto, mas constituindo um direito sobre o objeto (*jus ad rem*). “Como direito, como categoria jurídica, como *qualitas moralis*, a corporeidade do objeto seria dispensável, e a propriedade se apartaria da posse”.³⁷

Com essa transição conceitual, o crédito e outros bens imateriais puderam se tornar objeto de propriedade e integrar o patrimônio de seus titulares. A imaterialidade que fora um obstáculo a uma tutela jurídica similar a da propriedade, deixa de o ser quando a titularidade se descola da apropriação física e passa à esfera de categoria jurídica, portanto, abstrata.

³⁶ Veja-se, *e. g.*, o reconhecimento legal de tal proteção incorporada ao artigo 1.200 do Código Civil dos franceses pela *Ordonnance* nº 131/2016, de 10 de fevereiro de 2016, que assim dispõe: “Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat” (em tradução livre: os terceiros devem respeitar a situação jurídica criada pelo contrato).

³⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de crédito à luz da tese da separação relativa. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 258-259.

Ainda que remanesça a apropriação física, cuja externalidade permite a ciência por todos os observadores, com ela passam a coexistir as relações jurídicas abstratas, como a de crédito, cuja publicidade pode decorrer tanto por tratar-se de fato notório, *e.g.* contratação de uma celebridade com grande repercussão na mídia, como ser obtida através de instrumentos jurídicos que confirmam a presunção de publicidade, como as escrituras públicas e os registros. Mais que isso: a grande marca da propriedade na modernidade, em contraposição às antigas formas de pertencimento próprias do medievo, é, precisamente, a abstração da própria titularidade.³⁸ É possível ser dono sem materialização visível do pertencimento, por meio de atos de posse. Essa abstração do direito de propriedade foi, por excelência, o que permitiu inserir a propriedade imobiliária, de modo efetivamente relevante, na seara do trânsito jurídico.

Dessa breve análise se extrai que nenhuma das razões subjacentes à diferenciação radical da tutela de direitos reais e obrigacionais se mantém hígida no atual estado da arte do direito civil. A questão estrutural, fruto de uma teoria que concebia um vínculo entre o sujeito e a própria coisa, foi superada pela premissa basilar de que as relações jurídicas se estabelecem apenas entre pessoas,³⁹ de modo que o próprio direito de propriedade, expressão máxima dos direitos reais, tem sua eficácia *erga omnes* estabelecida a partir de um vínculo reconhecidamente obrigacional.⁴⁰

No mesmo vértice, a repersonalização do direito civil derogou o primado da propriedade como objeto central do direito civil, de modo que a prioridade volta a ser a tutela da pessoa e de seus interesses, mesmo que de natureza obrigacional.

Por derradeiro, se a abstratividade do crédito já foi obstáculo a sua ampla tutela, essa realidade não subsiste, mormente em um sistema jurídico em que a apropriação se descolou da efetividade do exercício do pertencimento, tornando-a igualmente abstrata, e em uma sociedade em que até mesmo as grandes companhias são

³⁸ Nesse sentido, GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

³⁹ “Nada significa para Robinson, em sua ilha deserta, ter poderes em relação a qualquer objeto. Em sentido próprio, só pode haver ‘relação jurídica’ entre pessoas, se bem que essa relação se realize sempre em torno ou a propósito de um ‘objeto’, que passa, assim, a integrar a estrutura do direito” (MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 29ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 514). Também citando a personagem de Daniel Defoe, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 30.

⁴⁰ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia*. 2. ed. rev. e atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 99-135.

titularizadas através de ações anônimas e na qual a informação é praticamente instantânea e acessível a todos.

Ainda que verificada a não subsistência das razões históricas que parecem ter influído para a distinção entre a tutela dos direitos reais e obrigacionais, resta presente o principal obstáculo que se apresenta ao possível reconhecimento de uma eficácia mais ampla às relações obrigacionais: o dogma de que apenas os direitos reais (absolutos) possuem eficácia contra terceiros, enquanto os direitos obrigacionais (pessoais), por serem relativos, apenas produzem efeitos em relação aos seus signatários.

4. A tutela externa da obrigação em outros ordenamentos

Sobretudo a partir da segunda metade do século vinte, a dinâmica dos fatos sociais, apresentando reiteradamente casos não contidos em suporte fático de regra jurídica descortinou a insuficiência do paradigma lógico formal do direito, caracterizado sobretudo pela subsunção dos fatos à norma. No seio desta insuficiência encontra-se o paradigma da relatividade dos contratos, cuja aplicação, em muitos casos, ensejaria solução no mínimo insatisfatória. A conclusão símile chegou Joaquim de Souza Ribeiro sobre a insuficiência do direito face as vicissitudes do tráfego jurídico:

A própria *praxis* negocial foi pondo a nu, em certas áreas da contratação e em certas situações relacionais, que a autonomia privada, deixada a si própria, não mediava satisfatoriamente determinados conflitos de interesses entre os agentes do tráfego jurídico-econômico. E não apenas, saliente-se, pela produção, nas novas condições, de consequências socialmente indesejáveis. Também porque, e desde logo, uma incondicionada liberdade contratual, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação no mercado.⁴¹

A partir das situações que apresentavam a interferência de terceiros sobre a relação negocial alheia (interferência que no mais das vezes causava prejuízo a um dos contratantes) desenvolveu-se na Europa a teoria do terceiro cúmplice. Antonio Junqueira de Azevedo, ao tratar da colaboração do terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual, relata que em 1933 Demogue já havia se atentado para tais situações, sustentando que “um terceiro, que não pode evidentemente ser compelido a

⁴¹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Teoria dos Contratos: Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 40.

ajudar o devedor a executar, obriga-se à reparação para com o credor, se, com conhecimento de causa, ajuda o devedor a praticar atos contrários a sua obrigação”.⁴²

Em que pese o princípio da relatividade do contrato estabelecer que o acordo de vontades não projeta efeitos sobre terceiros, sustenta Demogue, sem se valer de qualquer das citadas mitigações a tal princípio, que o contrato cria, sim, um dever de abstenção para terceiros, dever este que, uma vez violado, ensejaria o dever de reparar. A jurisprudência francesa viria a acatar tal teoria, afirmando que “*toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, comment une faute délictuelle à l’égard de la victime de l’infraction*”.⁴³

Na Itália a teoria se desenvolveu através da interessante mudança de posicionamento da Corte de Cassação. Em 1950 a Corte julgou o famoso caso da tragédia de Superga, em que um acidente aéreo causou a morte de toda a equipe de futebol da *Associazione Calcio Torino*. Ante o acidente, o clube de futebol amargou diversos prejuízos em decorrência do inadimplemento dos contratos publicitários e esportivos anteriormente firmados e para os quais dependia de seus jogadores. Tais prejuízos levaram o clube Torino a propor ação indenizatória em face da companhia aérea, responsável pela impossibilidade de adimplemento de seus contratos. Os tribunais italianos, dentre os quais a Corte de Cassação, inadmitiram a teoria do terceiro cúmplice e julgaram improcedente a demanda.⁴⁴ Passadas duas décadas, em 1971 a mesma Corte de Cassação admitiu a teoria do terceiro cúmplice em caso muito similar. Ironia do destino, a ação foi proposta também pela *Associazione Calcio Torino* em razão de um acidente automobilístico que vitimou Luigi Meroni, integrante de sua equipe de futebol, sendo julgada procedente mediante a aplicação da teoria do terceiro cúmplice.⁴⁵

Em Portugal e na Alemanha⁴⁶ as possíveis mitigações ao princípio da relatividade do contrato foram discutidas sob o rótulo de teoria da eficácia externa da obrigação, não

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 215.

⁴³ RODRIGUES JUNIOR. Op. cit., p. 1233. Tradução livre: toda pessoa que, conhecendo a situação, ajude outra a infringir as obrigações contratuais que recaiam sobre si, comede um ilícito contra o respeito à vítima da infração.

⁴⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 218; RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 1233-1234. Ambos os autores trazem ressalvas ao caso citado: Antonio Junqueira de Azevedo aponta que não se trataria de um caso de aplicação da teoria do terceiro cúmplice, pois não houve cumplicidade, mas culpa exclusiva de terceiro causador do dano. Otávio Luiz Rodrigues Junior aponta que os contratos esportivos e de publicidade firmados pelo clube Torino seriam resolvidos ante a impossibilidade física superveniente de seu cumprimento, o que não necessariamente compreenderia todos os prejuízos sofridos.

⁴⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 220; RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 1234.

⁴⁶ “In the field of tort, duties to behave (Verhaltenspflichten) in such a manner as to protect the purely pecuniary interests of third parties exist only within very narrow limits; those who have entered into obligations with a partner, however, also have far-reaching duties to take care in relation to the pure

alcançando a aceitação que teve na França e na Itália. Segundo Antunes Varela, na Alemanha a tese é “contra a orientação firme da jurisprudência e da doutrina de longe dominante” e em Portugal, de regra, não existe a responsabilidade para o terceiro que impedir ou perturbar o exercício de relação obrigacional alheia, ainda que dela tenha conhecimento, pois estaria atuando em sua esfera de liberdade. Segundo o autor, para que o terceiro possa ser responsabilizado, seria necessário que este ultrapassasse sua esfera de liberdade, adentrando no campo do abuso de direito⁴⁷. Em terras lusitanas, ainda que o tema tenha tido a adesão de grandes juristas como Menezes Cordeiro e Galvão Telles, a doutrina predominante⁴⁸ ainda se filia ao dogma da relatividade do crédito, não admitindo, em princípio, que as obrigações projetem efeitos para além das partes.

Ressalvadas as distinções atinentes ao sistema da *common law*, também na Inglaterra e nos Estados Unidos desenvolveu-se uma teoria voltada a responsabilizar terceiros pela interferência prejudicial nas relações jurídicas alheias. Na Inglaterra, país cujo sistema jurídico também adota como regra o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos⁴⁹, consagrou-se a partir do caso *Lumley versus Gye* (1853) a *action for inducing breach of contract*, similar à teoria do terceiro cúmplice. No caso, o empresário teatral Lumley havia contratado uma cantora de ópera, quem, no entanto, não adimpliu seu contrato com Lumley por ter sido induzida por outro empresário do ramo artístico, Gye, a trabalhar para ele. Atento ao princípio da relatividade dos contratos, Lumley primeiramente obtém uma *injunction* que determine que a cantora cumprisse o contrato e se apresentasse, mas essa se nega a fazê-lo. Lumley então aciona Gye pelos prejuízos causados pela quebra do contrato com a cantora, obtendo decisão favorável.⁵⁰

Em 1901, no caso *Quinn versus Leathem*, a Câmara dos Lordes definiu de forma mais clara os contornos jurídicos da figura da *inducting breach of contract* por meio do princípio geral formulado por Lord Macnaghten, segundo o qual “it is a violation of legal right to interfere with contractual relations recognized by law if there be no

pecuniary interests of such parties” (KOZIOL. Helmut. *Basic questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Translation from German to English by Fiona Salter Townshend. Vienne: JanSramekVerlag, 2012, p. 95).

⁴⁷ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 174-178.

⁴⁸ Compõe a posição dominante, em sentido contrário à tutela externa do crédito, Manuel de Andrade, Vaz Serra, Antunes Varela, Pereira Coelho, Mota Pinto, Orlando de Carvalho, Rui Alarcão e, dentre outros, Menezes Leitão (cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12^a ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 93).

⁴⁹ ANDREWS, Neil. *Direito contratual na Inglaterra*. Tradução Teresa Arruda Alvin Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 116-118.

⁵⁰ AZEVEDO, op. cit., p. 217-218.

sufficient justification for the interference”. Exige-se, no direito inglês, que o terceiro tenha ciência do contrato, intenção de obstaculizar seu cumprimento e de tal interferência resulte danos ao contratante.⁵¹

Nos Estados Unidos igualmente admite-se a responsabilização do terceiro que dolosamente interfere em contrato alheio, estando tal hipótese prevista no §766 do *restatement 2d of the Law of Torts*, que assim dispõe: aquele que intencional e imprópriamente interfere no cumprimento de um contrato (exceto no contrato de casamento) entre um outro e um terceiro, induzindo ou fazendo com que o terceiro não cumpra o contrato, fica responsável com o outro pelos prejuízos resultantes do descumprimento contratual pelo terceiro.⁵²

No Brasil a teoria do terceiro cúmplice, a exemplo de Portugal e da Alemanha, não ganhou maior relevo no cenário jurídico. Mas ainda que a solução não tenha sido adotada, certo é que a faticidade social apresenta os mesmos problemas concernentes a intervenção de terceiros nos negócios jurídicos alheios, igualmente obstados pelo princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. À mingua da incorporação de teorias como a do terceiro cúmplice ou da *inducing breach of contract*, os autores nacionais valem-se sobretudo do princípio da função social do contrato para ultrapassar o óbice da relatividade de seus efeitos. Mas diante da pluralidade de significados da função social e ainda da alta carga de abstração que possui, seria mesmo necessário recorrer a tal princípio para se tutelar o conteúdo dos negócios jurídicos frente a terceiros? Nos parece que não.

5. A construção da tutela externa pelas lentes do direito brasileiro

A facticidade brasileira não deixou de fornecer casos que impuseram ao direito repensar a tutela do crédito em face a terceiros estranhos à relação negocial. São três os casos que ganharam maior destaque pela doutrina.

O primeiro data de 1998 e foi amplamente divulgado na imprensa. O apresentador Carlos Massa, durante a vigência de seu contrato com a emissora Record, deixou esta e dias após passou a apresentar seu programa em emissora concorrente, o SBT. O programa do apresentador correspondia a 20% do faturamento da emissora Record e

⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 1235 e 1237.

⁵² No original, “one who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract of marry) between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to liability do the other for the pecuniary loss resulting from the failure of the third person to perform the contract”, *apud* RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 1235.

vinculava diversos anúncios publicitários. Diante da ruptura, a emissora Record pleiteou a cobrança da cláusula penal do contrato, no valor de 43 milhões de reais. O apresentador atribuiu a responsabilidade a sua nova empregadora, que o estimulou a rescindir o contrato e lhe garantiu suporte negocial, jurídico e econômico. Apresentava-se, aí, típica hipótese de aplicação da teoria do terceiro cúmplice. O caso, entretanto, acabou sendo resolvido consensualmente entre as emissoras.⁵³

O segundo caso foi objeto de parecer de Antonio Junqueira de Azevedo. Narra o autor que a empresa Açominas quitou diversos débitos de empresas pertencentes ao Grupo Mendes Junior, prometendo este dar em garantia à Açominas créditos que possuía contra a Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF. A garantia tinha como termo inicial a liquidação do crédito já declarado existente em ação judicial transitada em julgado. No entanto, entre a promessa de prestar a garantia e sua efetivação, o Grupo Mendes Junior cedeu parte substancial do mesmo crédito à empresa Belgo-Mineira Participações, sendo que a empresa Belgo-Mineira tinha pleno conhecimento de que aquele crédito já havia sido objeto de promessa de cessão pela cedente em favor da Açominas. A questão posta naquele caso foi se a Belgo-Mineira poderia ser responsabilizada caso o contrato de cessão por ela firmado com a Mendes Junior viesse a prejudicar o contrato anteriormente firmado entre esta e a Açominas.⁵⁴

O terceiro e mais recente caso emblemático deu-se com a batalha publicitária envolvendo o cantor Zeca Pagodinho. Em síntese, o cantor fora contratado pela agência de publicidade da cervejaria Schincariol, para ser garoto propaganda da cerveja Nova Schin em comerciais de televisão até setembro de 2004. O comercial vinculava campanha em que o cantor utilizava-se do bordão “experimenta” para persuadir o consumidor a provar a nova cerveja. A campanha publicitária se torna um sucesso e leva a cervejaria ao terceiro lugar no ranking nacional de vendas. A agência de publicidade da cervejaria Brahma então oferece ao cantor um contrato mais vantajoso para que rescinda o primeiro contrato e passe a fazer comercial da cerveja Brahma, concorrente da primeira. Em março de 2004 vai ao ar comercial da Brahma em que o cantor diz “Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei”, ironizando a primeira cervejaria. Surge aí a responsabilidade da Brahma pela interferência na relação entre o cantor a cervejaria Schincariol.⁵⁵

⁵³ VALLADARES, Ricardo. *Agora sou um ratão*. Revista VEJA. São Paulo: Editora Abril, n. 1521, 02/09/1998. Disponível em <http://veja.abril.com.br>, acesso em 16/09/2016; RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 1234.

⁵⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 209-211.

⁵⁵ TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000. Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva. J. 12/06/2013; FOLHA ONLINE. *Entenda a polêmica de Zeca Pagodinho na ‘guerra das*

Nos três casos há um negócio jurídico primário entre dois contratantes, que tem seu cumprimento interrompido ou prejudicado em razão da interferência de terceiros, causando algum tipo de prejuízos a um dos contratantes. Diante deste cenário pode-se questionar: o contrato originário produz algum efeito direcionado a terceiros, de modo a responsabilizá-los por eventual interferência dolosa visando seu descumprimento? Essa é a questão central do presente texto. Judith Martins-Costa afirma que tal proposição não passou despercebida:

Sendo o direito a normatização da experiência concreta segundo certos valores, necessidades e técnicas, passou-se a perceber, de uns tempos para cá, que determinadas situações contratuais possuíam, sim, mais que eficácia intersubjetiva: atingiam, real ou potencialmente, a esfera de terceiros, criando-lhes deveres de abstenção e, até mesmo, deveres positivos, ou ‘promocionais’.⁵⁶

E como se chegaria a tal dever de abstenção? Seria necessário recorrer ao princípio da função social do contrato? Nos parece que não, pois não é este princípio que permite a eficácia transpessoal do contrato; pelo contrário, somente pelo reconhecimento de uma eficácia externa da obrigação que se pode conceber a existência e eficácia de uma função social, cuja atuação seja externa ao contrato. A função social não é antecedente, mas, sim, consequente da admissão de uma eficácia transpessoal às obrigações, como reforço à sua oponibilidade externa.

O obstáculo usualmente invocado é o dogma de que apenas as relações jurídicas de direitos absolutos possuem uma eficácia contra terceiros, enquanto as relações de direitos de crédito, por serem relativas, apenas produzem efeitos em relação aos seus signatários. A rigor, não se trata de equiparar direitos relativos a direitos absolutos, mas reconhecer que os negócios jurídicos não possuem necessariamente apenas uma modalidade de eficácia, e na pluralidade delas, algumas podem ser oponíveis a todos, outras apenas a determinadas pessoas.

A resposta, portanto, está na teoria do fato jurídico, mais especificamente nos planos eficaciais. A *ratio* necessária para se atingir, em grau de conclusão, a presença de uma tutela jurídica ampla ao crédito inicia por reconhecê-lo como objeto de direito compreendido no conceito de patrimônio, para então assumir que os fatos jurídicos

cervejas’. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u82653.shtml>, acesso em 16/09/2016; MARTINS-CONSTA. Op. cit., p. 1.

⁵⁶ MARTINS-COSTA. Op. cit., p.1.

podem ter mais de uma eficácia. O crédito, assim, apresenta uma eficácia em relação aos sujeitos da relação obrigacional e outra eficácia, decorrente de sua situação jurídica básica, em relação a coletividade. A prestação que constitui o objeto dos contratos revela-se em ações, atividades, e não em coisas no sentido técnico do termo, mas nem por isso deixa de ser objeto de direito, ou seja, um bem da vida juridicamente tutelado.⁵⁷

É esse o ponto de partida e primeiro pressuposto da tutela externa da obrigação: o reconhecimento da prestação como objeto do direito, que compõe o direito subjetivo do credor. Esse direito subjetivo é composto por quatro elementos: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (prestação), a relação jurídica que os enlaça, e a proteção. “Os três primeiros são intrínsecos, porque integram a estrutura interna do direito. A proteção é um elemento extrínseco, que vem garantir o exercício do direito e punir sua violação”.⁵⁸ Tanto é a prestação (crédito) objeto de direito que, além de compor o patrimônio do credor, pode ser objeto de relação jurídica, como o é no contrato que a faz nascer, como também pode ser cedida (art. 286, CC) ou mesmo assumida por terceiros (art. 299, CC).

Os créditos estão insertos, pois, no que Pontes de Miranda e outros autores chamaram de *esfera jurídica*, conceito que compreende “o conjunto das situações jurídicas (*lato sensu*) em que esteja inserido [o sujeito de direito], portanto a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, que, especificamente, lhe digam respeito”, dentre as quais estão os direitos de crédito.⁵⁹

Assentado que o crédito (ou obrigação) é um bem juridicamente tutelado, pode-se avançar para a análise das categorias eficaciais do negócio jurídico, tão bem desenvolvida no Brasil por Pontes de Miranda e por Marcos Bernardes de Melo, as quais fornecerão o segundo pressuposto para o reconhecimento de uma “tutela externa” para a obrigação.

⁵⁷ É clara a distinção feita por Paulo Lôbo: “Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas. Não é a melhor definição, pois confunde coisa com objeto de relações jurídicas; a prestação de um serviço, por exemplo, é objeto de relação jurídica, mas não é coisa. (...) Objeto do direito é algum bem da vida, que pode inclusive ser indisponível, como a vida e a liberdade. Por exemplo, o prédio, o equipamento médico, o direito patrimonial de autor, a energia são bens ou coisas e objetos de direito, *o fazer e o não fazer*, a honra e a integridade física e psíquica são objetos do direito, mas não são coisas ou bens” (LÔBO. Op. cit., p. 188).

⁵⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 514.

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90.

Como já exposto, a propriedade, direito real por excelência, teve origem como vínculo jurídico entre o titular e a coisa (teoria clássica), teoria que foi mitigada pelo reconhecimento de que as relações jurídicas se estabelecem apenas entre pessoas (ainda que, como exposto, seja forçoso reconhecer que o exercício de poderes se dá diretamente sobre a *res* como fator de diferenciação que, todavia, não se confunde com a oponibilidade externa do próprio direito). A partir da concepção de que “não há relação do titular com a coisa; há relação do titular com todos, a respeito da coisa”, as relações de direito real passam a ter duas esferas: a primeira, de sujeição ou “dependência jurídica”⁶⁰ entre titular e o objeto; a segunda, uma relação eminentemente obrigacional, entre o titular e a coletividade, cujo objeto é um dever geral de abstenção.

Pois bem. Do mesmo modo que as relações de direito real possuem estas duas esferas, parece-nos que também as relações de crédito possuem duas dimensões, cada qual com sua eficácia própria: a primeira dimensão, entre credor e devedor, cujo objeto é a prestação; a segunda, entre os contratantes e a coletividade, igualmente representada por um dever geral de abstenção, que decorre do próprio reconhecimento do crédito como objeto de direito.

A primeira dessas dimensões de eficácia se relaciona com o que Emilio Betti chama de efeitos *essenciais* do contrato. Todo contrato possui uma destinação própria, um desiderato buscado pelas partes e que não raras vezes dá causa à própria constituição da obrigação.⁶¹ Essa destinação própria delimita os efeitos típicos do contrato, pertencentes à categoria eficaz das *situações jurídicas complexas*,⁶² caracterizadas pela intersubjetividade. À guisa de exemplo, da compra e venda decorrem os deveres de transmitir a propriedade – pelo vendedor – e o de pagar o preço – pelo comprador; da locação decorrem essencialmente o dever de transferir a posse e o dever de pagar a o aluguel como contraprestação; da prestação de serviço, a realização de determinada atividade e correspondente pagamento, etc. Sem esses efeitos, que lhes são essenciais, tais contratos seriam outra coisa que não a que indica seu *nomen iuris*. O contrato de locação, sem contraprestação, em verdade consistiria em comodato, já não em locação. A natureza deriva dos elementos essenciais, não do nome que lhes é dado.

⁶⁰ “Temos, assim, no direito subjetivo, dois tipos de relações: a) um vínculo sujeito-objeto; b) um vínculo sujeito-ativo sujeito-passivo. Ambos reconhecidos pela ordem jurídica. Ao vínculo entre pessoas denomina-se propriamente ‘relação jurídica’. Ao outro, para evitar confusões, podemos denominar, simplesmente, ‘dependência jurídica’” (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 514).

⁶¹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 347.

⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174-176.

Tais efeitos, por certo, são relativos, ou seja, somente se dirigem aos sujeitos do contrato. Mas não são os únicos efeitos produzidos pelos negócios jurídicos. como bem observa Pontes de Miranda: “a eficácia que se irradia em direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções não é *toda* a eficácia dos fatos jurídicos. Daí poder o negócio jurídico não produzir dívida ou direito a favor de terceiro, mas *estender-se* a ele a eficácia da dívida ou do direito. A distinção merece toda a atenção”⁶³. Além dos efeitos essenciais ou próprios do contrato, Emilio Betti aponta a existência de outra espécie de efeitos derivados dos negócios jurídicos, aos quais chama de efeitos *indiretos* ou *reflexos*, já antevendo sua eficácia perante terceiros:

“Trata-se, nesse caso, de efeitos que andam ligados a situações ou relações jurídicas que, por sua vez, são produzidas por um negócio jurídico. Assim, a relação alimentar entre os cônjuges não é, propriamente, efeito do casamento: consequência do casamento como *status*. Mas a maior importância dos efeitos indiretos ou reflexos, que se ligam à nova situação jurídica criada pelo negócio, manifesta-se não só nas relações entre as partes do negócio, mas também quanto aos terceiros estranhos ao negócio”.⁶⁴

Note-se que da precisão técnica dos conceitos utilizados pelo autor ao ligar tais efeitos não apenas as relações jurídicas, mas também as *situações*, já se pode antever o enquadramento dessa eficácia na categoria das *situações jurídicas básicas*. Ao recepcionar os contratos no plano jurídico, o direito lhes reconhece juridicidade e efeitos decorrentes de sua própria existência, de sorte que desde sua formação⁶⁵ já lhes é reconhecida uma eficácia mínima, classificada por Marcos Bernardes de Mello como *situação jurídica básica*.⁶⁶

Daí se poder afirmar, com alguma segurança, que todos os contratos, ainda que penderem de condição suspensiva, possuem, a partir de sua eficácia mínima, o condão de constituir um *status*, uma situação de intersubjetividade vinculada a um *objeto de*

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 423.

⁶⁴ BETTI, Emílio. *Op. cit.*, p. 352.

⁶⁵ E em alguns casos mesmo antes dela, como nos casos de responsabilidade pré-contratual.

⁶⁶ “Todo fato jurídico produz o efeito mínimo básico de criar, ao menos, uma situação jurídica. Pode acontecer que o fato jurídico – especialmente atos jurídicos – não possa produzir os efeitos completos, como, por exemplo, quando o negócio jurídico é nulo, ou quando, como no caso do testamento, precisa de um fato que deflagre sua eficácia. Mas, em qualquer hipótese, a simples entrada no mundo jurídico fará com que o fato jurídico irradie, pelo menos, o efeito de criar uma situação jurídica cujo conteúdo, embora limitado, é típico” (MELLO. Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170).

direito específico, uma prestação.⁶⁷ É o que ocorre, e. g., quando se exige para o distrato de um negócio jurídico, ainda que pendente de condição suspensiva ou termo, a mesma forma em que o contrato foi entabulado (art. 472, Código Civil), ou ainda a subordinação da revogação do testamento à observância de forma (art. 1969, Código Civil). Nesta hipótese, ainda que o testamento dependa do fato morte para produzir sua eficácia plena, sua mera existência cria situação jurídica que vincula o testador a um requisito de forma para sua revogação.

Noutras palavras, os contratos irradiam não só seus efeitos próprios (ou essenciais), mas também efeitos outros que estabelecem, desde seu nascimento, uma situação jurídica relativa a um objeto de direito (uma prestação). A situação jurídica básica corresponde justamente a dimensão eficaz dos contratos que reconhece uma situação de pertencimento da prestação em relação às partes contratantes, tornando-a parte integrante do patrimônio das partes. Reconhecido o pertencimento, o direito lhe garante a intangibilidade, não propriamente no campo do direito contratual, mas na espacialidade da responsabilidade civil. É da situação de pertencimento que irradia-se o dever de abstenção para toda a coletividade. O reconhecimento de que as relações de crédito produzem uma eficácia jurídica básica constitui, portanto, o segundo pressuposto da tutela externa da obrigação.

Os efeitos essenciais do negócio, sem dúvida, somente podem ser exigidos entre as partes na seara do direito contratual, porém a tutela do patrimônio das partes contratantes, esfera que compreende o direito de crédito, permite vislumbrar um dever de abstenção oponível também a terceiros, no campo da responsabilidade civil. É nesse sentido que Pontes de Miranda trata da extensão da eficácia da dívida ou do direito: “daí poder o negócio jurídico não produzir dívida ou direito a favor de terceiro, mas *estender-se* a ele a eficácia da dívida ou do direito”. Não se cria dívida ou direito *para* o terceiro, mas para a parte, sendo a eficácia dessa relação (direito) entre a parte e a prestação estendida também em relação a terceiros, que tem o dever de respeitá-la. Seguindo tal fio condutor, arremata Pontes de Miranda:

ninguém tem titularidade de crédito: a titularidade do crédito é posição subjetiva ativa, como ocorre nos direitos reais, mas diferente, e não se pode ver no fato de pertencer o crédito a alguém a propriedade. A confusão seria grave (cf. Löbl, Die Geltendmachung fremder Forderungsrecht im eigenen Namen, Archiv für die

⁶⁷ Tal conclusão encontra respaldo no artigo 130 do Código Civil, segundo o qual “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

civilistische Praxis, 129, 286 s.; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I, 3.^a ed., 10). 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 (sem razão, O. Von Gierke, *Deutsches Provatrechts*, III, 893; P. Oertmann, *Archiv für die civilistische Praxis*, 123, 145). O art. 159 só se refere a direito, sem distinguir direitos reais de pessoais.⁶⁸

Resta claro, portanto, que o crédito é um bem da vida juridicamente tutelado (primeiro pressuposto), e que tal direito, uma vez integrante do patrimônio dos contratantes, é protegido por força da eficácia projetada pela situação jurídica básica do negócio jurídico, desde seu nascimento (segundo pressuposto), a partir de um dever geral de não violação da esfera jurídica alheia. Eis o fundamento teórico da tutela externa, que não se confunde, pois, com a função social dos contratos.

Evidenciadas tais premissas, pode-se concluir que o fundamento normativo da tutela externa da obrigação se encontra na subsunção à regra instituidora da responsabilidade civil por danos, inserta nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Segundo tais artigos, respectivamente, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar *direito* e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como bem observou Pontes de Miranda, o dispositivo legal não faz a distinção entre direito real e direito pessoal, contemplando a categoria ampla de “direito”, de modo que para fins de responsabilidade civil, basta que haja a lesão a um bem juridicamente tutelado, como reconhecidamente é o crédito. Como bem aponta Marcos Bernardes de Mello, “a violação da esfera jurídica por atos de terceiros, sejam ilícitos ou mesmo que lícitos (não contrários a direito, como os praticados em estado de necessidade), causem danos, acarreta para o seu agente responsabilidade civil pelas consequências danosas que causar”.⁶⁹

Tal conclusão nada mais é do que a aplicação do dever geral de a ninguém lesar (*neminem laedere*) e demonstra que pela própria estrutura dos negócios jurídicos não é necessário recorrer a função social dos contratos para que se possa tutelar os contratantes em face da intervenção prejudicial de terceiros sobre o crédito.⁷⁰

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 425.

⁶⁹ MELLO. Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

⁷⁰ Pietro Perlingieri, ainda que considerando o crédito como uma espécie de bem e realizando suas ponderações a luz do direito italiano, chega à mesma conclusão: “Nas situações relativas o único fato lesivo

Aplicando-se as conclusões aqui expostas aos três casos concretos citados no início desse tópico, a solução jurídica se exonera de uma profunda argumentação que exigiria construir o conteúdo e eficácia do princípio da função social do contrato, revelando que a solução é possível a partir da segura base da teoria do fato jurídico.

No primeiro caso exposto, notadamente o do apresentador de televisão que durante a vigência de contrato de prestação de serviços com a emissora Record, foi estimulado por emissora concorrente (SBT) a descumprir o contrato e ir trabalhar com ela, assegurando-lhe que daria todo o suporte negocial, jurídico e econômico necessário. Como se vê, o fato não se limitou ao regular exercício da liberdade negocial do apresentador e da emissora concorrente. Esta, ciente da existência de um contrato pretérito, dolosamente articulou para o seu descumprimento. Ao atingir tal objetivo, a emissora concorrente, sem sombra de dúvida, violou a *esfera jurídica* da Record, a qual detinha, em seu patrimônio, o direito de crédito dos serviços daquele apresentador e todo o planejamento publicitário construído sobre esta base. O que aparentemente poderia ser tido por regular exercício de direito, assume o contorno de abuso de liberdade negocial ao exceder seus fins econômicos, afinal, a contratação do apresentador claramente não teve como fim exclusivamente incrementar sua programação, mas também o fato de que a contratação retiraria de sua concorrente um de seus apresentadores de maior audiência.⁷¹

concretamente imaginável consistiria no inadimplemento do devedor e na consequente responsabilidade dita contratual (na realidade, reponsabilidade derivada do inadimplemento de qualquer relação obrigatória, qualquer que seja sua fonte, contratual ou não: art. 1.218 Cód. Civ.); ao contrário, a lesão do dever genérico que incumbe a qualquer um de respeitadas as situações absolutas seria tutelada nas formas do ressarcimento contra o fato ilícito que provoque um dano injusto (responsabilidade extracontratual: art. 2.043 Cód. Civ.). Esta opinião não pode mais ser aceita: é verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa. Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem, um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. (...) A distinção entre situações absolutas e relativas perdeu portanto a sua justificação histórica na medida em que, com fundamento no dever de solidariedade e da consequente responsabilidade, todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142).

⁷¹ Helmut Koziol, a partir das lentes do direito alemão e austríaco, aponta que casos como este não podem ser solucionados apenas pela responsabilidade civil. Ainda que o autor, ao tratar do tema, analise hipótese fática cujo objeto é uma coisa, não uma prestação, conclui que o lucro obtido pelo terceiro a partir de sua intervenção pode vir a ser superior ao valor que pagará a título de compensação à vítima: “in principle, there is certainly no doubt as to the victim’s claim to compensation for damage culpably inflicted upon him in the cases under discussion here. The need for a solution under the law on unjust enrichment arises, however, because the law of tort does not seem sufficient in this respect since by its very nature it only directed at the *compensation of the harm*. This may – as the Caroline cases above all have shown – lead to the interferer being left with a considerable profit even after full compensation of damage, so that the law of tort can not procure any deterrent effect” (*Basic questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Translation from German to English by Fiona Salter Townshend. Vienne: JanSramekVerlag, 2012, p. 39). No direito brasileiro, à guisa de figuras como a *claim for disgorgement of profit* ou *punitive damages*, a solução admitiria apenas a compensação dos prejuízos sofridos pela vítima.

Verificado que o emissora atuou em abuso de direito, ou seja, através de ato ilícito (art. 187 do Código Civil), e que tal ação lesou o patrimônio de sua concorrente, notadamente por extrair-lhe o crédito que detinha com o apresentador contratado e a publicidade a ele vinculada, a hipótese subsume-se perfeitamente a regra geral do art. 186 do Código Civil”.⁷² A emissora de televisão Record poderia acionar não apenas o apresentador inicialmente contratado pelo rompimento do contrato, e aí o faria com supedâneo no direito contratual, mas também acionar a emissora STB, no campo da responsabilidade civil, por dolosa e ilicitamente lesar seu patrimônio.

Da mesma sorte, no segundo caso, a empresa Belgo-Mineira, ciente que o crédito objeto da cessão já era objeto de promessa de cessão para a Açominas, cometeu ato ilícito ao violar o direito desta em ter cumprida a obrigação contratual, afinal, a cessão para a Belgo-Mineira inviabiliza a efetivação da promessa de cessão em favor da Açominas – por ela conhecida. Seguindo a mesma sorte do caso anterior, cometendo ato ilícito, tornou-se responsável por reparar o dano causado.

Sem surpresa, também seria esse o destino do terceiro caso apresentado. Com a realização de propaganda televisiva pelo “garoto propaganda” da cervejaria Schincariol em favor da cerveja Brahma, marca concorrente, não só o apresentador poderia ser responsabilizado como também a agência de publicidades da cervejaria Brahma, que ilicitamente interferiu na relação negocial estabelecida entre o cantor Zeca Pagodinho e a Cervejaria Schincariol para o fim de inviabilizar o seu cumprimento, e, mais do que isso, ironizar e perturbar o resultado das propagandas anteriormente realizadas.

A similitude dos três casos traz a evidência de um elemento comum, verdadeiro requisito para a responsabilidade do terceiro interveniente: o conhecimento sobre a situação jurídica preteritamente estabelecida e que, de alguma maneira, aceita violar. Ainda que se possa reconhecer uma eficácia externa à obrigação, não se pode ignorar que essa eficácia tem por condicionante o conhecimento dos terceiros em relação à situação jurídica, que configura uma das justificativas de equiparação entre o tratamento jurídico deferido à direitos reais e direitos relativos. Se é a visibilidade conferida pela tradição uma das justificações da eficácia *erga omnes* dos direitos reais, para se admitir tal eficácia às relações de crédito, tem-se por pressuposto que também possuam similar visibilidade, ou ao menos que sejam conhecidas pelos terceiros intervenientes. Daí a atribuição à parte lesada do ônus argumentativo de demonstrar

⁷² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

que o ofensor tinha conhecimento, ou ao menos deveria ter, da situação jurídica violada. A publicidade, aqui, torna-se elemento integrativo que subordina a eficácia *erga omnes* dos direitos de crédito.⁷³

Em conclusão, revisitando a teoria do fato jurídico é possível construir uma norma de tutela do crédito, sistemicamente coerente e que permite garantir sua proteção jurídica não somente perante o devedor, mas também face a todos que conheçam ou devam conhecer a relação creditícia. A aplicação de tal norma aos casos que clamam por uma tutela externa da obrigação evidencia a prescindibilidade, no direito brasileiro, de recorrer ao princípio da função social do contrato para solucionar satisfatoriamente as intervenções de terceiros sobre o crédito alheio, permitindo assim não só a proteção aos contratos que atuam como um contributo para a coletividade, como também àqueles que instrumentalizam apenas interesses particulares.

civilistica.com

Recebido em: 23.08.2017
Aprovado em:
12.12.2017 (1º parecer)
18.12.2017 (2º parecer)

Como citar: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-tutela-externa-da-obrigacao/>>. Data de acesso.

⁷³ “A eficácia *erga omnes* dos direitos de crédito, pretensões e ações pessoais obtém-se mediante expediente de *publicidade*. Êsses expedientes vão das publicações em jornais, ou por edital, aos *registros*. A meio caminho está a escritura pública, que tem eficácia semelhante à que o registro de títulos e documentos atribui ao instrumento particular (não as outras eficácias, dependentes de outros registros). Salvo exceções. Já vimos que o direito brasileiro conhece casos em que a própria escritura pública pode ser registrada sem ser para a criação de direitos reais. Por outro lado, há efeitos que decorrem da classe da dívida (*e. g.*, comercial), em que se atribui ao escrito eficácia mais larga que a atribuída aos escritos da mesma natureza (Código comercial, arts. 22 e 20, alínea 2ª)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo XXIV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 74).