

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br

renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2008 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito (*in memoriam*)

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Ricardo Lobo Torres

Ricardo Pereira Lira

Revisão Tipográfica: Maria de Fátima Cavalcanti

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Nº 0694

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D217

Diálogos sobre direito civil - volume II / Gustavo Tepedino e Luiz
Edson Fachin (organizadores). — Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
698p. ; 23cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978857147-648-6

I. Direito civil — Brasil. I. Título.

CDD 346.81015

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Obra realizada no âmbito de Projeto de Coopera-
ção Interinstitucional do Programa Nacional de
Cooperação Acadêmica — PROCAD mantido
pela CAPES, desenvolvido nos Programas de Pós-
Graduação das Faculdades de Direito da Univer-
sidade Federal do Paraná (UFPR) e da Universi-
dade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002 Anderson Schreiber.....	231
A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería.....	265
A obrigação como processo: releitura essencial trinta anos após Paulo Nalin, Luciana Pedroso Xavier, Marília Pedroso Xavier.....	299
A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho" Rosalice Fidalgo Pinheiro e Frederico Eduardo Zenedin Glitz.....	323
O "tratamento" dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde Gabriel Schulman e Renata Carlos Steiner.....	345
O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva Rafael Viola.....	383
A manipulação genética e o contrato de seguro Mario Viola.....	407
A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade Roberto Altheim.....	427
Algumas reflexões sobre responsabilidade civil e nascimento indesejado Renata Dantas Vilela.....	455
Dano moral por abandono afetivo Wesley Louzada Bernardo.....	475

Capítulo 3. Relações de Família e o Estatuto das Situações Jurídicas Existenciais

Ensaio sobre o fim da separação judicial Luiz Edson Fachin.....	503
O poder de disposição nas relações familiares Rose Melo Vencelau Meireles.....	519
A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consangüíneos ocorrido na Alemanha Ana Carolina Brochado Teixeira.....	547

Famílias simultâneas Samir Namur.....	573
O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades Jussara Maria Leal de Meirelles.....	599
Fundamentos da sucessão legítima Ana Luiza Maia Nevares.....	619

Capítulo 4. Ensino Jurídico e Direito Civil no Brasil Contemporâneo

O ensino do Direito Civil: breve ensaio sobre o Direito das Sucessões Eroulths Cortiano Junior e Ilton Norberto Nohl.....	651
Propostas para o ensino do Direito Contratual no Brasil Flávio Tartuce.....	667

interpretamos os negócios obrigacionais de modo fragmentado, pois faltava-nos instrumental doutrinário que levasse à compreensão do contexto geral de adimplemento. Nisso consiste a genialidade do autor: oferecer ao direito brasileiro um novo paradigma obrigacional, o qual não pode ser minimizado em importância e perenidade. Em outras palavras, não se trata de mero refinamento doutrinário, mas da criação de um novo *standard de compreensão do direito obrigacional, quicá de justiça obrigacional, pois encara a complexidade da vida e dos fatos.*

A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho"

Rosalice Fidalgo Pinheiro
Frederico Eduardo Zenedin Glitz

"O mais difícil, mesmo, é a arte de desler."
(Mario Quintana)

1. Introdução: metodologia do estudo de casos e construção do pensamento jurídico contemporâneo. 2. O "Caso Zeca Pagodinho": tutela externa do crédito? 3. O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e os Contornos do Voluntarismo Jurídico. 4. A Função Social do Contrato na Contemporaneidade Contratual. 5. Rupturas do Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato. 6. O Dogma da Relatividade do Direito de Crédito e sua Ruptura. 7. Os Contornos da Tutela Externa do Crédito. 8. À Guisa de Conclusão: os limites da liberdade de contratar e a responsabilidade do terceiro cúmplice.

1. Introdução: Metodologia do estudo de casos e construção do pensamento jurídico contemporâneo

Dentre os diferentes métodos didáticos aplicados ao ensino jurídico, um, em especial, tem experimentado acelerado desenvolvimento no meio acadêmico brasileiro.

Trata-se de metodologia¹ típica da *Common Law*, baseada na análise de precedentes e *cases*² e que passou a ser denominada de “Estudo de Casos Jurídicos”³. O método, em si, não é novo, mesmo no Brasil. Sua aplicação é, hoje, muito disseminada nos cursos de Administração, Economia, Psicologia e Sociologia.

Por meio desta metodologia, estende-se a participação do discente na tarefa de construção do conhecimento, por meio do estudo de um ou mais casos (ou situações problemas) apresentados e o posterior debate, em sala, das conclusões e alternativas que àqueles mesmos casos poderiam ser apresentadas⁴.

1 Uma advertência inicial deve ser feita, há autores como E. E. Stake que compreendem o estudo de casos não como um método de pesquisa, mas como uma forma estudo, por esta linha de pensamento o estudo de casos não seria “uma escolha metodológica, mas uma escolha do objeto a ser estudado” (ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo Afonso de. *Estudo de caso em Pesquisa e Avaliação Educacional*. Brasília: Líber Livro, 2004, p. 16).

2 Explica Harriet Zitscher: “No sistema da *common law*, com o uso do método indutivo, tendo um caso concreto para solucionar, o juiz, tradicionalmente, considera as decisões anteriores na matéria e não só os resultados, as soluções finais, analisa também os fatos que foram base de cada uma delas. O juiz só vai considerar casos anteriores com fatos suficientemente semelhantes àqueles que ele tem de solucionar. Analisando os fatos e as soluções das decisões anteriores, ele chegará à regra concreta — a *ratio decidendi* — fundamento das decisões tomadas, e aplicará essa regra ao novo caso” (ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do Ensino Jurídico com casos: teoria & prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23).

3 Cite-se como exemplo a grade curricular da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil), com sede em Curitiba, Paraná, que incorporou a matéria ao Programa do Curso de Direito, sendo ministrada em dois semestres (nos segundo e quinto anos do Curso regular) e, ainda, como disciplina optativa semestral (com ênfase em casos de Direito Privado).

4 Nem todos os autores, contudo, concordam com este tipo de método, denominado de indutivo. Harriet Christiane Zitscher, por exemplo, entende que, ao sistema brasileiro, seria mais adequada a adoção do sistema dedutivo, ou seja, caberia ao professor “apresentar ao aluno, logo no início, o sistema e a doutrina geral” para, então, em um segundo momento, apresentar-se a solução ou soluções dadas pela jurisprudência e/ou doutrina. (ZITSCHER, op. cit., p. 35-38).

Uma das grandes vantagens da adoção dessa “nova” perspectiva de ensino é, justamente, incentivar ao discente aquela criatividade quase sempre tolhida no modelo de ensino tradicional, baseado em aulas exclusivamente expositivas em que o papel central é desempenhado pelo “Professor”.

Revela-se, dessa forma, verdadeira revolução na própria concepção do aluno quanto ao seu papel no processo de construção do conhecimento: de telespectador passa a protagonista. Ao invés de aguardar e absorver os ensinamentos transmitidos pelo Professor (quase que em “osmose cognitiva”), passa a construir o conhecimento, participando, dialogando, enfim, compondo a dialética do ensino.

Busca-se, assim, o desenvolvimento do raciocínio jurídico e capacitação do discente para a utilização e desenvolvimento de técnicas de interpretação e aplicação do Direito. Além disso, a análise de situações “concretas”, em alguns casos vivenciadas pelos próprios alunos, permite a humanização do Direito para aqueles que, até então, encaravam-no apenas como técnica fria e distante.⁵

Esta, aliás, parece ser a grande vantagem desse novo método, permitir a propalada repersonalização do Direito, entendida e praticada desde os bancos escolares.

É, contudo, indispensável que tal construção seja acompanhada de perto. Não se relega a atividade docente a segundo plano. Frise-se, aliás, que não é a intenção desta metodologia exonerar o professor de qualquer responsabilidade na construção do conhecimento. Sua atividade, ao contrário, continua sendo central, apenas deixará de ser um “solista” para aprender, ele também, a dividir o “palco”.

Propõe-se, no presente trabalho, uma aplicação prática desta metodologia, ou seja, identificada uma situação problema passa-

5 O conhecimento gerado pelo estudo de casos seria, segundo S. B. Merriam, citado por Marli Eliza Dalmazo Afonso de André: mais concreto (“encontra eco em nossa experiência”), mais contextualizado, mais voltado para a interpretação do leitor e baseado em populações de referência determinadas pelo leitor (ANDRÉ, op. cit., p. 16-17).

se a entender a solução judicial dada ao caso concreto e suas possíveis alternativas. Advirta-se, desde já, que não é a pretensão do presente *paper* propor uma solução definitiva ao caso selecionado, mas tão-somente explorar a complexidade jurídica e contribuir para sua eterna construção.

O caso escolhido reflete as peculiaridades da sociedade brasileira contemporânea e a necessidade cada vez mais premente de atuação criativa do operador jurídico. Trata-se, ainda, de caso que ganhou repercussão por relacionar conflito concorrencial (cada vez mais agressivo, como o experimentado nas campanhas publicitárias da indústria cervejeira) e renomado cantor popular.

2. O "caso Zeca Pagodinho": Tutela externa do crédito?

Recentemente figurou no noticiário jurídico a informação de que a sociedade fabricante da cerveja Nova Schin (Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A.) obteve liminar em medida cautelar preparatória para impedir a veiculação da campanha publicitária de Companhia de Bebidas das Américas (Ambev).

A liminar concedida pelo Juízo da 27ª Vara Cível Central de São Paulo, obrigava o cantor Zeca Pagodinho e a sociedade JGS Produções Artísticas a observar a cláusula de exclusividade constante de contrato que aqueles haviam firmado com Schincariol.

Por esse contrato, o cantor deveria se abster de participar de campanhas publicitárias promocionais e afins de outras marcas de cerveja, ou fazer alusão direta ou indireta, a outras marcas de cerveja, sob pena de incidência de multa diária no valor de quinhentos mil reais.

Tal pretensão foi, também, dirigida em face de Ambev. Pleiteava-se que observasse aquela cláusula de exclusividade, abstendo-se de utilizar a imagem ou a voz do cantor Zeca Pagodinho, sob a mesma pena.

Ocorre que após estrear anúncio publicitário da cerveja Nova Schin, o cantor Zeca Pagodinho estreou campanha publi-

citária da cerveja Brahma, na qual entoava a seguinte canção: "*Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei.*" Além disso, classificava a cerveja Nova Schin de "*paixão de verão*", "*ilusão*", "*coisa de momento*", arrematando: "*não tem comparação*" com aquela que fabricaria seu "*grande amor*".

Da decisão que concedeu a liminar, tanto Schincariol como Ambev recorreram, esta pretendia a exclusão da multa diária, aquela, a elevação da mesma. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, ao enfrentar os respectivos recursos, entendeu que a campanha publicitária seria abusiva, fundamentando a decisão no Código de Auto-regulamentação Publicitária, em seus arts. 1º ao 6º e 19 a 23 e 44; e com base no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Em resumo, o anúncio publicitário intitulado como "A cerveja de todos os Zecas" mostrar-se-ia nociva e antiética, eis que estimularia o desrespeito aos contratos e a subversão de valores.

Com fundamento nesses argumentos, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou prosseguimento aos agravos interpostos por Schincariol e por Ambev. Indaga-se, contudo, se esse caso não poderia ter solução diversa. Indaga-se, ainda, se Ambev, que não era participante do contrato original, poderia ser obrigada a respeitá-lo.

Ao buscarmos respostas para semelhantes inquições, deparamo-nos com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, delineado pela teoria contratual clássica, sob os contornos no voluntarismo jurídico, e a teoria contemporânea do Direito contratual.

3. O princípio da relatividade dos efeitos do contrato e os contornos do voluntarismo jurídico

Nos quadros do voluntarismo jurídico, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato não passa de uma "consequência lógica do dogma da autonomia da vontade"⁶, eis que *res inter*

6 Catherine Guelfucci-Thiburge apud NEGREIROS, Teresa Paiva de

alios acta aliis nec nocet nec prodest (o contrato não cria direitos nem deveres para terceiros).

Ocorre, que no direito moderno, o contrato é delineado sob os contornos da "ideologia da liberdade de contratar".⁷ Trata-se de concebê-lo como um encontro de vontades, no qual, somente a vontade livre é capaz de obrigar. Tanto a liberdade de contratar como seu efeito obrigatório encontram justificativa na autonomia da vontade, e o contrato sintetiza-se no consenso.

A vontade está na essência dessa concepção de contrato, de tal forma, que ele se impõe com força obrigatória, não somente às partes, mas ainda, ao juiz, assevera Jacques Ghestin.⁸ Este deve se abster de intervir nas cláusulas livremente pactuadas pelos particulares, restando o conteúdo do contrato em sua intangibilidade.

Eis, em verdade, a grande exaltação do princípio da liberdade contratual⁹. Somente a manifestação livre da vontade obrigaria. Uma vez manifestada tornar-se-ia "lei entre as partes" (*pacta sunt servanda*), vinculando-as na exata medida e em função de sua liberdade em contratar. Por outro lado, verdadeira Espa-

Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215.

⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁸ Referindo-se à intervenção do juiz, complementa Jacques Ghestin: "Sua intervenção, para colocar fim ao contrato ou para modificá-lo, sob o pretexto de equidade, é rigorosamente proscrita, mesmo se sua modificação imprevisível desequilibrou consideravelmente a convenção." Tradução livre de: "*Son intervention pour mettre fin au contrat ou pour le modifier, sous prétexte d'équité, est rigoureusement proscrire, même si une évolution imprévisible a considérablement déséquilibré la convention.*" (*Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat. Sous la direction de Jacques Ghestin*. Paris: L.G.D.J., 1980, p. 24.)

⁹ Não é a toa que o símbolo da Revolução burguesa transmitido a inúmeras gerações seja o quadro de Eugène Delacroix: "La Liberté guidant le peuple" (A Liberdade guiando o Povo). O princípio da Liberdade assume para o regime liberal burguês papel central na construção do modelo econômico e Ordenamento Jurídico, redundando em sua maximização nas relações contratuais.

da de Dâmocles garantiria este arranjo de coisas. Isso porque se dotaria o credor de pretensão, ou seja, o direito de invocar tutela do Estado sempre que o devedor se apresentasse recalcitrante em inadimplir a obrigação.

Entretanto, do mesmo modo que a vontade criaria obrigações entre as partes, ela não poderia atingir terceiros, estranhos ao contrato. Por outras palavras, ninguém poderia ser credor ou devedor contra sua vontade, tanto que esta se mostraria como o critério de qualificação de quem é parte no contrato e, consequentemente, teria interesse processual a exigir seu cumprimento.¹⁰

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, enunciado pela civilística clássica, conheceu exceções delineadas pela estipulação em favor de terceiros¹¹. Neste caso, um terceiro, que não concorreu com sua vontade para formação do contrato, recolhe benefícios de tal estipulação. Mas, para tanto, deve expressar seu consentimento, no momento de recebimento deste benefício, o que não retira a figura da lógica voluntarista.

A exceção, contudo, confirmava outra regra: não se reconhecia, enfim, que um contrato pudesse onerar terceiros. É justamente nessas hipóteses, que os efeitos *inter partes* conhecem, contemporaneamente, rupturas em sua formulação clássica.

4. A função social do contrato na contemporaneidade contratual

Quando se fala em função social, não é incomum que se diga tratar de inovação introduzida pelo "novo" Código Civil brasileiro, sem igual parâmetro na legislação alienígena. Afirma-se, então, que se trata de instituto por meio do qual se passa a exigir que os contratantes exerçam suas respectivas liberdades de modo a respeitar a coletividade.

¹⁰ Catherine Guelfucci-Thiburge apud NEGREIROS, op. cit., p. 215.

¹¹ Disciplinado nos atuais arts. 436 e seguintes da Lei nº 10.406/2002.

Tem-se revelado, contudo, que o chamado princípio da função social é algo mais complexo que isso, embora, por certo, compreenda esta "função". A dificuldade da doutrina em conceituá-lo e enquadrar seu conteúdo reflete a dificuldade existente na definição da própria sociedade brasileira.

Adverte Fernando Noronha¹² que a função social do contrato existe independente de previsão legislativa, eis que a funcionalização depende da verificação do próprio papel a ser desempenhado por um determinado instituto em uma determinada sociedade, em um determinado período histórico.

É basicamente sob esta idéia, que se poderia afirmar que o contrato sempre desempenhou uma função social, mesmo em meio a um individualismo liberal.

Na concepção de um Estado liberal a função social do contrato estaria fundamentada em dois cânones: a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, pois, com eles, garantem-se não apenas os interesses dos contratantes, mas os da própria sociedade.¹³ O interesse coletivo seria tutelado à custa de uma atuação negativa por parte do Estado, deixando que os interesses individuais se adequassem ao livre jogo do mercado.

Cabe, pois, ao intérprete entender o papel a ser desempenhado pelo contrato na sociedade brasileira contemporânea e, em o fazendo, estará próximo de afirmar sua funcionalização. Eis, no entanto, que surge a complexidade conceitual a impor algo a mais que a mera reafirmação dos princípios e concepções tradicionais do Direito¹⁴. Passou-se a depender da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Isso porque é na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se aproximará o intérprete das aspirações

12 NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

13 ROPPO, *op. cit.*, p. 35.

14 LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social. *In Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, dez. 1995, ano 84, vol. 722, p. 40-45.

da sociedade brasileira contemporânea. Tal tarefa é hercúlea, no entanto. Dependerá, por certo, da ponderação de princípios, de modo a não se perder na selva de interesses coletivos e individuais, econômicos, assistenciais e corporativos que ecoam no texto constitucional a exigir do hermeneuta sua parcela de aplicação na solução do caso concreto.

Eduardo Sens dos Santos externa, em parte, esta complexidade ao afirmar que a função social do contrato deve ser entendida como um princípio contratual (não fundamental), mas no sentido de se tratar de "diretiva flexível dotada de enorme variação de significados e que orienta o exercício de contratar, tornando-o mais eficaz e útil ao determinar que se cumpram as exigências do bem comum e da justiça social."¹⁵

Neste sentido complementa Mauro Aguiar Moura, "As partes que desejam inserir-se na relação contratual não podem mais exercitar o livre jogo de seus puros interesses. Importa adaptar o conteúdo dos contratos às exigências do bem comum, considerando-se perfeitamente legítima a interferência estatal para disciplinar e corrigir a vontade pessoal".¹⁶ Enfim, é copiosa a atual doutrina brasileira que afirma a preponderância do interesse coletivo ao particular¹⁷.

Tal entendimento, contudo, não é pacífico. Humberto Theodoro Junior, por exemplo, afirma que o Juiz (Estado em última análise), deve portar-se, diante de um contrato, de forma repressiva e sancionatória, não lhe cabendo intervir de forma "criativa" no conteúdo contratual¹⁸. Caberia, ao Estado, tão-somente sancionar um contrato não funcionalizado por meio de sua nulificação ou ineficácia.

15 SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 156-158.

16 MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *In Revista dos Tribunais*, vol. 630. São Paulo, abril 1988, p. 249.

17 Neste sentido: TALAVERA, Glauber moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *In Revista do CEJ*, n. 19. Brasília: CEJ, out./dez. 2002, p. 94-96.

18 THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 131.

Outros a entendem como algo a depender da adequada limitação legislativa¹⁹, eis que em persistindo aberta, estaria “impregnada de ideologia”. Outros identificam a função social, ainda, com o equilíbrio contratual²⁰.

A função social do contrato, contudo, parece ter maior abrangência. Está ligada à noção de interesse coletivo (mitigando-se o princípio da relatividade dos efeitos do contrato)²¹ e que, embora ligada à noção de equilíbrio das prestações, não se limitaria a ela²².

5. Rupturas do princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Rompendo com a instância individualista, a “nova teoria contratual” assenta o contrato sobre uma instância solidarista, que enuncia uma das facetas de sua função social. Por conseguinte, para além de um equilíbrio internamente delineado entre as partes, o contrato deixa de ser operação de interesse exclusivo dos contraentes, e passa a interessar a toda sociedade.²³

19 GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). In *Revista Jurídica*, n. 334. Porto Alegre: Notadez, agosto de 2005, p. 09-42.

20 BARBOSA, Fernando Cabeças. A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, 2ª Quinzena de Abril de 2002, nº 08/2002, Caderno 3, p. 201-198; SARDAS, Letícia de Faria. O contrato no Novo Código Civil brasileiro: aspectos relevantes da intervenção do Judiciário. In *Revista da EMERJ*, n. 27. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004, p. 82.

21 NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, outubro/dezembro de 2002, nº 12, p. 52 e seguintes.

22 “Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social — uma função pela sociedade — quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral” (SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In *Revista de Direito Privado*, nº 10. São Paulo: RT, abril/junho 2002, p. 29).

23 Nessa perspectiva, Paulo Nalin fala de um conteúdo intrínseco, e outro

A mera aceitação dessa perspectiva rompe com o tradicional entendimento sobre o princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Eis que se apresentam, então, duas novas perspectivas a demandar compreensão do intérprete: i) em relação ao terceiro, vítima de um dano decorrente do inadimplemento contratual e ii) em relação ao terceiro que contribui para o inadimplemento da obrigação imposta ao contratante devedor de uma determinada prestação.

A primeira situação é representada pelas relações de consumo. A contratação em massa e a despersonalização dos contratantes levam ao estabelecimento de um regime de responsabilidade solidária: ultrapassando o obstáculo da inexistência do vínculo contratual, o consumidor pode pretender exercer seus direitos decorrentes da relação de consumo diretamente em face do fabricante, responsabilizando-o por vício do produto e, em alguns casos, por fato do produto²⁴.

extrínseco da função social do contrato (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001). Enquanto o conteúdo intrínseco diria com a principiologia interna do direito dos contratos, o conteúdo extrínseco diria com a repercussão dos efeitos do contrato para fora da relação jurídica obrigacional primitiva. Neste mesmo sentido cite-se Cláudio Luiz Bueno de Godoy (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004). Há autores, contudo, que negam esse duplo conteúdo da função social, entendendo que “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes), sendo tal tarefa cuidada pelo princípio da boa-fé objetiva” (HENTZ, André Soares. O sistema de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. In *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, n. 13. Franca: UNESP, 2004, p. 134) ou, ainda, THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 46.

24 Neste sentido destaque-se o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho que chega a afirmar “o princípio da relatividade simplesmente não existe no tratamento das relações de consumo feito pelo direito brasileiro” (COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69). Ainda que reflita um certo exagero, por certo a lógica tradicional do direito dos contratos não se aplica às relações de consumo,

Não obstante, a quebra da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual e a ampliação da noção de parte disputem os fundamentos dessa solidariedade, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato resta rompido em seus contornos voluntaristas.

Na segunda situação indaga-se: o terceiro que contribuiu para com o inadimplemento, prejudicando o credor de um contrato, pode ser responsabilizado por este fato? A resposta a esta pergunta delineia o que se tem denominado de tutela externa do direito de crédito.

É justamente neste ponto que se retoma o caso escolhido. Passa-se, então a cogitar: em que medida a cervejaria Ambev que contratara o cantor Zeca Pagodinho para realizar publicidade de sua cerveja, ferindo cláusula de exclusividade, contribuiu para causar danos a Schincariol. Embora o Tribunal de Justiça de São Paulo não tenha se referido expressamente à tutela externa do crédito, concluiu que semelhante prática “estimula a traição e o desrespeito ao contrato” e que a concessão da medida cautelar pleiteada impõe “respeito ao contrato”.²⁵

6. O dogma da relatividade do direito de crédito e sua ruptura

O dogma da relatividade do direito de crédito encontra significado, segundo Antônio Menezes Cordeiro, sob um prisma estrutural, da eficácia e da responsabilidade.²⁶

sendo, justamente, um exemplo disso o princípio da relatividade dos contratos, lá tratado como exceção.

25 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 346.328.4/5, rel. Des. Roberto Mortari, j. 31.03.2004: “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 juris* — Medida confirmada, inclusive no que se refere ao valor da multa, que atende sua função inibitória — Agravos desprovidos.”

26 Direito das obrigações. 1º volume. Lisboa: A.A.F.D.L., 1999, p. 252.

Sob o viés estrutural, o direito de crédito constitui-se em uma relação intersubjetiva, que requer a presença de um credor e um devedor, ou seja, centros de interesses que se opõe e complementam. Ocorre que no plano da responsabilidade civil, somente este último é capaz de violar o direito de crédito, sendo, portanto, responsabilizado e obrigado a indenizar os danos causados.

Sob o plano da eficácia, o direito de crédito revela uma oponibilidade relativa, que o torna distinto da oponibilidade *erga omnes*, atribuída aos direitos reais. Nesta perspectiva, o dogma da relatividade sustenta a dicotomia “relativo-absoluto”, delineando a *summa divisio* dos direitos patrimoniais.

Essa relatividade, traduzida no plano da eficácia como oponibilidade, distingue-se, segundo a doutrina francesa, da relatividade dos efeitos do contrato²⁷. Segundo esse princípio, os direitos e deveres da relação contratual vinculam tão-somente as partes. É uma concepção que deriva da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções: o contrato se impõe com força obrigatória tão-somente às partes que se obrigaram por sua vontade livre. Já a oponibilidade impõe aos terceiros o dever de se absterem de qualquer intervenção no contrato.

A distinção operada não revela incompatibilidade, porém,

27 “Cabem aqui algumas reflexões acerca do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e da oponibilidade destes, sendo certo que são conceitos diferentes. O dever de os terceiros se absterem de qualquer intervenção no contrato ou a invocação de um contrato por um terceiro é uma consequência da existência deste, o que remonta à oponibilidade. Já o princípio da relatividade preleciona que os direitos e deveres diretamente decorrentes da relação contratual vinculam apenas as partes contratantes, estando ligado ao princípio da obrigatoriedade das convenções. O princípio da oponibilidade decorre da projeção da eficácia de um direito subjetivo em relação a terceiros. O princípio da relatividade significa que num contrato apenas as partes contratantes são credoras e devedoras” (CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. In Revista Trimestral de Direito Civil, n. 20. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2004, p. 131).

complementaridade: descobre-se na relação obrigacional uma eficácia interna, que ocorre entre as partes, e uma eficácia externa, que ocorre entre o titular e terceiros, consequência de sua funcionalização.²⁸

É nessa face externa do contrato, que se cogita de uma irradiação externa do direito de crédito. Nesta perspectiva, a doutrina francesa acolhe amplamente a concepção segundo a qual os terceiros têm o dever de respeitar a situação criada pelo contrato, consistente em uma abstenção. Como consequência desta oponibilidade, o terceiro que participa da violação de um contrato é responsável pelo dano que cause ao credor. Eis a tutela ou eficácia externa do direito de crédito.

Em sede de responsabilidade civil, advogava-se a impossibilidade da tutela externa do direito de crédito. Somente os direitos reais e da personalidade, imbuídos de uma eficácia absoluta, seriam dotados de uma eficácia *erga omnes*, podendo seu titular exigir indenização de terceiros que o violassem. Já os direitos de crédito, por apresentar eficácia apenas entre credor e devedor, não possibilitariam a responsabilidade de terceiros por sua violação, mas, tão-somente, pretensão de terceiros pelos danos causados aos seus próprios interesses.²⁹

Contudo, ao se acolher a tutela externa do direito de crédito, corolário da função social, tais argumentos se dissipam. O

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

29 Neste sentido posiciona-se parte da doutrina brasileira, como, por exemplo, Humberto Theodoro Junior (THEODORO JR., op. cit., pp. 131-132) e José Augusto Delgado (DELGADO, José Augusto. *O contrato no Código Civil e a sua função social*. In *Revista Jurídica*, n. 322. Porto Alegre: Notadex, agosto de 2004, p. 27).

direito de crédito não se exaure na dicotomia absoluto-relativo, que sustenta a *summa divisio* dos direitos patrimoniais. A oponibilidade aproxima o direito de crédito dos direitos reais.

Além disso, ao aproximá-los, torna-se reconhecido o dever de cada contratante abster-se de causar prejuízos à contraparte, respeitando a relação contratual. Nesta medida, a discussão supera a simples oponibilidade de efeitos a terceiros, para fazer transparecer a ampliação dos "efeitos obrigatórios do contrato para atingir terceiros estranhos ao mesmo".³⁰

Isso tudo se dá na medida em que o crédito passa a ser visto como um bem que compõe o patrimônio do credor, e que deve ser respeitado por todos.

Nessa perspectiva, a tutela externa do crédito coloca-se na linha de desenvolvimento das economias liberais. Os direitos de crédito deixam de se constituir como valores tão-somente instrumentais para se destacar como valores autônomos, delineando-se o fenômeno de desmaterialização de riquezas. O modelo de apropriação desloca-se dos direitos reais, representados por bens materiais, para os direitos de crédito, compondo bens imateriais³¹.

Por conseguinte, a lógica dos direitos reais é transposta para os direitos de crédito: ao representar um bem deve ser respeitado por todos. A obrigação deixa de ser vista como uma relação que interessa somente ao credor e ao devedor, mas que adquire relevância externa.

Em atenção ao princípio da solidariedade social, segundo Pietro Perlingieri, a distinção entre direitos absolutos e relativos

30 MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 279.

31 Neste sentido Sérgio Selemé, apoiando-se em Enzo Roppo, faz a aproximação entre a noção de empresa e contrato, concluindo que este pode ser entendido como formalização jurídica de uma operação eminentemente econômica, ultrapassando o papel de mero instrumento de transmissão de propriedade, para atender às necessidades empresariais (SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 255-272).

perde sua razão de ser, pois todos devem respeitar quaisquer direitos, e seu titular mantém a pretensão de sua conservação em relação a todos.³²

Trata-se de apontar para um estatuto patrimonial unitário, marcado pela aproximação entre direitos reais e pessoais. Isto amplia as fronteiras da responsabilidade civil, delineada pela reparação de um dano injustamente provocado pelo comportamento de um sujeito que violar uma situação juridicamente relevante, seja ela absoluta ou relativa.³³

7. Os contornos da tutela externa do crédito

Em sede comparatista, a doutrina do terceiro cúmplice emerge do *case* Lumley v. Gye, em 1853: Lumley, empresário teatral, contratara Johana Wagner, famosa cantora de ópera. Porém, Gye, seu concorrente, consegue induzi-la a trabalhar para ele, quebrando o contrato com Lumley. O tribunal entendeu que Gye deveria responder pela quebra do vínculo obrigacional entre Lumley e Wagner.³⁴

Na França, a doutrina do terceiro cúmplice ingressou por via jurisprudencial. O princípio da eficácia externa das obrigações foi acolhido pelo tribunal de Toulouse, em 1818, ao considerar como responsável o terceiro, que de má-fé adquiriu o objeto de um pacto de preferência.³⁵

Na Itália e na Alemanha, a doutrina divide-se quanto à tutela externa do direito de crédito. Após uma resistência apoiada no dogma da relatividade do contrato, a doutrina foi consolidada, entre outros, por Francesco Busnelli, na Itália. Na Alemanha, a maioria interpreta o § 823, do BGB, afastando a responsabilidade de terceiro pela violação do crédito alheio.³⁶

32 Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 142.

33 PERLINGIERI, op. cit., p. 142.

34 CORDEIRO, op. cit., p. 263.

35 CORDEIRO, op. cit., p. 263.

36 CORDEIRO, op. cit., p. 263.

Na doutrina portuguesa, para alguns, mostra-se inadmissível que um terceiro seja responsabilizado pelo inadimplemento de uma obrigação gerada pelo contrato do qual não foi parte. Neste sentido, Vaz Serra, Manuel Domingues de Andrade, Mário Júlio Almeida Costa e Antunes Varela sinalizam, restando incólume o princípio da relatividade dos feitos do contrato. Eis que se cogita da ruptura da distinção entre direitos reais e direitos pessoais, resultando inoponibilidade do direito de crédito em relação a terceiros.³⁷

Entre aqueles que acolhem semelhante responsabilidade, Ferrer Correia invoca a figura do abuso do direito, sempre que o terceiro esteja ciente da existência do contrato violado, e com a intenção de prejudicar o credor dessa relação. Porém, a tutela externa do crédito não precisa ser resolvida em termos voluntaristas. O terceiro, que viola crédito alheio, age no exercício de sua liberdade de contratar, contrária à função social do contrato ou caracterizando abuso do direito, sob a égide de critérios objetivos.³⁸

A tutela externa do crédito é tomada com vistas a delinear a ruptura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em sua feição voluntarista, diante dos contornos que lhe sejam dados pela função social do contrato, restando indagar: a tutela externa do crédito é recepcionada pelo direito brasileiro? E, quais são os fundamentos para tanto?

Nessa linha de argumentação, postula, entre nós, Paulo Luiz Netto Lobo, para quem se trata de um problema de distinção entre direitos reais e direitos pessoais.³⁹

Segundo Fernando Noronha, há duas situações nas quais é possível invocar a tutela externa do crédito:

- i. Quando um terceiro instiga o devedor a não cumprir com sua obrigação. É a indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio;

37 NEGREIROS, op. cit., p. 246.

38 NEGREIROS, op. cit., pp. 247-248.

39 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.

ii. Quando um terceiro celebra como devedor um contrato incompatível com o adimplemento da obrigação assumida perante o credor.⁴⁰

Na primeira situação ocorreria uma indução direta, enquanto, na segunda, uma indução indireta ao inadimplemento.

O primeiro caso pode ser exemplificado pelo art. 608, do Código Civil. O terceiro convence o devedor vinculado a um pacto de não concorrência, a violar este, exercendo uma atividade concorrente, coberta por um nome alheio.

No segundo caso, encaixam-se as atravessadoras, que coooperam na violação de contratos de distribuição de combustíveis. Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo emitiu parecer, asseverando ser um caso paradigmático da figura em questão: uma companhia distribuidora mantém um contrato como posto de combustíveis. Ocorre que outras distribuidoras oferecem seus produtos a estes últimos. Ao contratar a distribuição de seus produtos, essas atravessadoras levam referidos postos de combustíveis a quebrar o contrato de exclusividade com as distribuidoras das quais exibiam a bandeira. Por conseguinte, as atravessadoras podem ser responsabilizadas por contribuir com a violação do contrato.⁴¹

Nesse caso, encaixa-se a situação anteriormente descrita, envolvendo o cantor Zeca Pagodinho. A Ambev, ao exercer sua liberdade de contratar, realizou com o cantor contrato incompatível com o que ele mantinha com a Schincariol, quebrando a cláusula de exclusividade pactuada entre as partes.

Nessa perspectiva, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconheceu a responsabilidade do terceiro, a Ambev, por essa quebra de contrato. Porém, não fez referência à figura da

⁴⁰ *Direito das obrigações*, v.1: Fundamentos do Direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 463.

⁴¹ Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *In Revista dos Tribunais*, n° 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 1998, pp. 113-120.

tutela externa do crédito, limitando-se a encaixar o caso concreto em um dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, art. 37, que trata da publicidade abusiva. Em sua fundamentação, a tutela externa do crédito não é reconhecida.

Por isso, indaga-se como a Ambev poderia ser responsabilizada pela violação de crédito alheio? Quais os fundamentos para tanto?

8. À guisa de conclusão: Os limites da liberdade de contratar e a responsabilidade do terceiro cúmplice

O princípio da função social permite considerar o contrato como um fato social. O contrato torna-se operação que interessa a toda a sociedade e não apenas às partes contratantes. Por conseguinte, a liberdade de contratar deve ser exercida em conformidade e não de modo contrário à sua função social.

Neste sentido, esclarece Leonardo Mattietto ao afirmar:

“O esquema das relações de crédito tem sido até hoje pensado com base no acordo de vontades. Deve-se ofertar novo esquema baseado não mais no consentimento, mas no interesse protegido, ou, em outras palavras, da estrutura à função. O contrato não consiste apenas na convergência de vontades ou de declarações (realidade empírica), mas evidencia um valor presente no mundo jurídico.”⁴²

Nessa perspectiva, considera-se que o exercício da liberdade de contratar, de modo contrário à sua função social, constitui-se em abuso do direito⁴³. Eis que desse exercício, ocorre a violação de um direito de crédito alheio, do qual o terceiro tivera conhecimento⁴⁴.

⁴² MATTIETTO, Leonardo. Função social e relatividade do contrato: um contraste entre princípios. *In Revista Jurídica*, n. 342. Porto Alegre: Notadex, abril de 2006, p. 32.

⁴³ Neste sentido TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: RT, 2004, p. 172.

⁴⁴ Neste sentido se encaixa a advertência de KONDER, op. cit., p. 71 e ss.

Para tanto, não é necessário que o terceiro tenha se comportado com a intenção de prejudicar, basta que o terceiro e o devedor tivessem conhecimento da incompatibilidade entre o contrato que estão realizando e o contrato anterior. Deste modo, delineiam-se os fundamentos para responsabilizar o terceiro, restando o segundo contrato como contrário à sua função social.

Contudo, discute-se acerca da qualificação da responsabilidade civil do terceiro.

Para a maioria da doutrina, a natureza de sua responsabilidade é extracontratual. Para tanto, alega-se que somente o devedor poderia violar o dever de prestar, transgredindo o contrato.

Nesse sentido, alinha-se Fernando Noronha, para quem restariam violados os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil. As situações enquadráveis na tutela externa do crédito configuram-se em ato ilícito, previsto no art. 186, do Código Civil. Somente quando o terceiro for movido pelo propósito de causar dano ao credor, agindo dolosamente, ele será obrigado a indenizar. A ausência de dolo ou culpa do terceiro afasta essa obrigação de indenizar, uma vez que a responsabilidade objetiva tem caráter excepcional. Portanto, delineia-se como responsabilidade subjetiva, fundada na culpa.⁴⁵

Para Fernando Noronha, os casos de indução ao inadimplemento somente configurariam a tutela externa do crédito, quando houver o exercício abusivo do direito, art. 187.⁴⁶

Antônio Junqueira de Azevedo alinha-se no entendimento segundo o qual, a tutela externa do crédito configura responsabilidade aquiliana.⁴⁷

O cerne da distinção entre responsabilidade extracontratual ou contratual está na ausência de vínculo obrigacional que ligue a vítima e seu ofensor no primeiro caso, e sua existência, no segundo.

da necessidade de distinção entre o terceiro que tem conhecimento da relação jurídica obrigacional e aquele outro que a desconhece.

⁴⁵ Direito das obrigações, p. 464.

⁴⁶ Op. cit., p. 465.

⁴⁷ Op. cit., p. 119.

A dificuldade de se enquadrar a tutela externa do crédito em uma das modalidades de responsabilidade civil referidas acima, revela a insubsistência daquela *summa divisio*.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro, a doutrina do terceiro cúmplice revela que a celebração de um contrato incompatível com primeiro não integra, por si só, uma violação do dever geral de respeitar bens alheios. Trata-se de constatar a existência de deveres específicos de não frustrar créditos alheios, cuja intensidade é capaz de quebrar o âmbito da autonomia privada.⁴⁸ Por outras palavras, estão em causa os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, impondo uma "vinculação extracontratual" do terceiro ao crédito alheio.⁴⁹

Se o terceiro sabia da existência de um contrato anterior, incompatível com o que pretende realizar, descumpre um dever derivado da oponibilidade do crédito: não prejudicar o contrato anteriormente estabelecido.

Em virtude da cumplicidade desse terceiro, em ter contribuído com a violação do conteúdo do contrato, surge para ele uma "responsabilidade decorrente da violação da obrigação contratual externamente reflexa".⁵⁰

Nessa perspectiva, o terceiro cúmplice responde nos moldes da responsabilidade contratual pelo dano causado⁵¹. Incorre nas

⁴⁸ Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 263.

⁴⁹ 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*. V. 20 (out./dez. 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000, pp. 125-150, p. 143.

⁵⁰ CARDOSO, op. cit., p. 143.

⁵¹ Neste aspecto duas linhas de argumentação seriam possíveis. Uma primeira, acompanhando a opinião de Teresa Negreiros para quem "A oponibilidade [nestes casos] do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte" (NEGREIROS, op. cit., p. 265). Neste caso seria lícito ao contratante exigir não só tutela indenizatória, mas, antes, a tutela inibitória, pleiteando que a conduta lesiva cessasse. Em não havendo mais interesse, eventual tutela indenizatória baseada no descumprimento desta propalada obrigação de não fazer.

Em um outro aspecto, mais compatível com a contemporaneidade contra-

mesmas sanções impostas ao devedor inadimplente, nos moldes da solidariedade estabelecida no art. 942, do Código Civil.

É responsabilizado como se fosse contratante, fundamentada em solidariedade decorrente da lei. Eis que terceiro e devedor concorreram para lesão ao direito do credor. A unidade no ato de violação do direito de crédito impõe a unidade da obrigação de reparação.

Ocorre uma aproximação entre as responsabilidades extracontratual e contratual decorrente do princípio da solidariedade constitucional. A imposição de deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, não se restringe aos contratantes, mas alcança terceiros. A violação do dever de lealdade e colaboração, por parte destes últimos, determina sua responsabilidade.

Retomando-se o caso escolhido. Depreende-se da decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que Ambev foi responsabilizada, impondo-lhe a multa contratualmente prevista, tal como em relação ao cantor Zeca Pagodinho.

Ainda que a fundamentação para referida decisão não tenha perpassado pelos meandros da contemporânea compreensão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e sua releitura a partir do princípio da função social do contrato, revelou-se a aplicação dos efeitos de uma responsabilidade contratual, vinculando solidariamente o devedor e o terceiro cúmplice.

A solução dada ao caso concreto, por certo, não é a única possível (como se buscou demonstrar no presente *paper*), sua conclusão, contudo, aproxima-se, em relação aos efeitos práticos, daquela oriunda de uma construção constitucionalizada do direito civil.

O conteúdo do princípio da função social do contrato, como se depreende do labor doutrinário, ganha ares, no direito brasileiro, de grande complexidade, mas ao mesmo tempo, de indispensável mecanismo de repersonalização do contrato, instrumento por excelência do individualismo burguês.

tual, tutelar-se-ia o inadimplemento de um dos deveres anexos da boa-fé, o de cuidado e proteção, que como se sabe merece tutela mesmo antes da formalização de um contrato e muito tempo após sua extinção (fases pré e pós-negociais respectivamente) (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81 e ss. e 140 e ss.).

O "tratamento" dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde

Gabriel Schulman
Renata Carlos Steiner

Sumário: 1. O desafio proposto. 2. O contrato de plano de saúde e o consumidor contratante; 2.1 Da contratação por adesão; 2.2 Hipossuficiência e catividade. 3. Os planos de saúde na perspectiva da contratualidade contemporânea; 3.1 Novas perspectivas da Teoria Contratual; 3.2 Comutatividade e equilíbrio contratual; 3.3 Contornos da Função Social dos Contratos. 4. Esforço de interpretação à luz do direito civil-constitucional; 4.1 A pessoa como protagonista (ou do contrato como personagem secundário); 4.2 Paradigma da essencialidade; 4.3 Reverberação do direito fundamental à saúde nas contratações de plano de saúde. 5. O "tratamento" dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em um só tempo: o contrato constitucionalizado; 5.1 Dever de contratar; 5.2 Obrigações não-contratadas; 5.3 Ponderações sobre a limitação de tratamentos. 6. Considerações finais.