

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

DIEGO RAMOS ABRANTES TEIXEIRA

**ARRANJOS DE PAGAMENTO: RESPONSABILIDADE DO CREDENCIADOR
PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO
SUBCREDENCIADOR PERANTE TERCEIROS**

SÃO PAULO

2022

DIEGO RAMOS ABRANTES TEIXEIRA

**ARRANJOS DE PAGAMENTO: RESPONSABILIDADE DO CREDENCIADOR
PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO
SUBCREDENCIADOR PERANTE TERCEIROS**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito dos Negócios
Orientador: Prof. Dr. Paulo Doron Rehder de Araujo

SÃO PAULO

2022

Teixeira, Diego Ramos Abrantes.

Arranjos de pagamento : responsabilidade do credenciador pelo inadimplemento de obrigações assumidas pelo subcredenciador perante terceiros / Diego Ramos Abrantes Teixeira. - 2022.

90 f.

Orientador: Paulo Dóron Rehder de Araujo.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Pagamento. 2. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 3. Contratos - Brasil. 4. Obrigações (Direito). 5. Inadimplência (Finanças). I. Araujo, Paulo Dóron Rehder de. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.74/.75(81)

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

DIEGO RAMOS ABRANTES TEIXEIRA

**ARRANJOS DE PAGAMENTO: RESPONSABILIDADE DO CREDENCIADOR
PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO
SUBCREDENCIADOR PERANTE TERCEIROS**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito dos Negócios

Data da aprovação: __/__/____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo Doron Rehder de Araujo
(orientador)
FGV-EDSP

Prof. Dr. Giancarlo Melito
FGV-EDSP

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
UFPR

Gilberto Antonio de Aquino Martins
Diretor Regulatório e Jurídico Global do
EBanx

RESUMO

Este trabalho analisa os arranjos de pagamentos via cartões em casos de falha de pagamento. Tais arranjos são compostos por diversos contratos, firmados por diferentes partes (bandeira, emissor, credenciador, subcredenciador e estabelecimentos comerciais). Essas não necessariamente mantêm vínculo direto entre elas – por exemplo, credenciador em relação a estabelecimento comercial que contrata com subcredenciador –, havendo casos em que subcredenciadores deixaram de pagar estabelecimentos comerciais. Diante disso, investiga-se: (i) se o credenciador que atua nesse ambiente pode ser chamado, ou não, a responder pelo inadimplemento de obrigações assumidas pelo subcredenciador perante terceiro – o estabelecimento comercial –, a despeito de manifestação expressa de vontade; e (ii) se sim, sob quais condições essa responsabilidade poderia ser invocada e aplicada. Percebe-se que, em alguns casos, os tribunais brasileiros têm imputado responsabilidade ao credenciador com base na teoria do risco integral e na figura do consumidor equiparado e, em outros, a rejeitado, com fundamento no princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Este trabalho critica as decisões propostas pelos tribunais e propõe solução contratual, diante da coligação contratual que forma relação jurídica base, fonte para o surgimento de deveres sistêmicos. Tal se dá a partir da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Propõe-se que, com a falha de pagamento, há violação de deveres sistêmicos, resultando em responsabilização. Esse processo de imputação, contudo, deve ser proporcional e razoável, sem descaracterizar a contratação idealizada e desbordar para o assistencialismo social. Propõe-se, em conclusão: (i) uma abordagem contratual para solução decorrente da falha de pagamento; (ii) o uso de teste de aplicação para configuração, ou não, de dever sistêmico; e (iii) determinadas cautelas e condutas aos participantes dos arranjos de pagamento via cartões de crédito.

Palavras-chave: arranjos de pagamentos; responsabilidade contratual; relatividade dos efeitos contratuais; coligação contratual; deveres contratuais sistêmicos.

ABSTRACT

This work analyses card-based payment arrangements when a payment failure occurs. These arrangements comprise several contracts among several parties (brand, issuer, acquirer, sub-acquirer, and merchants), whom are not necessarily directly linked – for example, the acquirer for a merchant that contracts with a sub-acquirer), and there are cases when sub-acquirers failed to pay the merchants. That said, this paper explores (i) whether the acquirer is accountable for the sub-acquirer's default towards the merchant, despite the acquirer's express proposal to merchant; and (ii) if so, under what conditions this obligation could be invoked and enforced. In some cases, Brazilian courts have held the acquirer liable based on the absolute risk and consumer-equivalent doctrines, while in others dismissed such claims based on the principle of relativity of contractual effects. This work reviews the courts' solutions and proposes a contract-based one, facing the contractual link that makes up legal grounds for a relationship on which systemic obligations will be built. These are grounded in the social role of contracts and the principle of objective good faith. The failure to pay may entail a breach of duties across the whole system, which results in liability. The accountability process, however, must be proportionate and reasonable, without mischaracterizing the intended contracting to the point of teering on the edge of social assistance. In conclusion, this paper proposes: (i) a contract-based approach to solve a failure to pay; (ii) the use of a test to identify whether a systemic duty is in place; and (iii) the adoption of certain standards of care and conduct for the parties to credit card payment arrangements.

Keywords: payment arrangements; contractual obligation; relativity of contractual effects; related contracts; systemic obligations.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BACEN	Banco Central do Brasil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CMN	Conselho Monetário Nacional
FIDIC	Fundo de Investimento em Direitos Creditórios
SPB	Sistema de Pagamentos Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/PR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJ/SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	OS ARRANJOS DE PAGAMENTOS.....	10
2.1	O QUE É UM ARRANJO DE PAGAMENTO E QUAIS SÃO SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS?.....	10
2.2	OS VÍNCULOS CONTRATUAIS TÍPICAMENTE ENTABULADOS NESSES ARRANJOS E O CUMPRIMENTO ESPERADO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS.....	12
2.3	O PROBLEMA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DESSAS OBRIGAÇÕES PELO SUBCREDENCIADOR: A “FALHA DE PAGAMENTO”..	14
2.4	A REFORMA DA LEI Nº 12.865/2013.....	15
3	CRÍTICAS ÀS RESPOSTAS JURÍDICAS UTILIZADAS PELOS TRIBUNAIS	19
3.1	A SOLUÇÃO BASEADA NA TEORIA DO RISCO INTEGRAL	20
3.2	A SOLUÇÃO BASEADA NA FIGURA DO CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO	23
3.3	A SOLUÇÃO BASEADA NO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO	26
4	INSTITUTOS RELEVANTES PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS CONTRATUAIS PERANTE TERCEIROS NOS CONTRATOS COLIGADOS	29
4.1	A COLIGAÇÃO CONTRATUAL E SEUS EFEITOS	29
4.2	OS DIFERENTES TIPOS DE TERCEIROS E OS EFEITOS CONTRATUAIS A ELES APLICÁVEIS	35
4.3	A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MODIFICADORA E GERADORA DE DEVERES CONTRATUAIS	38
4.4	A BOA FÉ OBJETIVA COMO MODIFICADORA E GERADORA DE DEVERES CONTRATUAIS.....	45
4.5	O GERENCIAMENTO DE RISCO NO DIREITO PRIVADO E SEU IMPACTO SOBRE O REGIME DE RESPONSABILIDADE	49

4.6	INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	53
5	DEVERES SISTÊMICOS ENTRE PARTICIPANTES DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS	58
5.1	FUNDAMENTO E NATUREZA CONTRATUAL DOS DEVERES SISTÊMICOS ENTRE PARTICIPANTES DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS	58
5.1.1	Obrigação como processo nos arranjos de pagamento	58
5.1.2	Espectro de aplicação dos deveres sistêmicos	60
5.1.3	A relação jurídica base resultante da coligação contratual: fonte primária dos deveres sistêmicos	64
5.1.4	Concretização dos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva nos arranjos de pagamento	68
5.1.4.1	A função social da contratação sistêmica	69
5.1.4.2	A boa-fé na contratação sistêmica	70
5.1.5	A violação contratual oriunda da falha de pagamento e o processo obrigacional	72
5.2	AVALIAÇÃO DE LIMITES IMPOSTOS AO PROCESSO OBRIGACIONAL SUPRACONTRATUAL NOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS.....	73
6	POSSÍVEIS CONCLUSÕES NO CONTEXTO DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS VIA CARTÕES.....	77
6.1	ABORDAGEM CONTRATUAL PARA O PROBLEMA DECORRENTE DA FALHA DE PAGAMENTO NO ARRANJO DE PAGAMENTOS VIA CARTÕES	77
6.2	SUGESTÃO DE TESTE DE APLICAÇÃO.....	78
6.3	CAUTELAS E CONDUTAS DIANTE DOS ARRANJOS DE PAGAMENTO VIA CARTÕES.....	81
	REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

A legislação civil brasileira não contém dispositivo legal específico e expresso impondo, de antemão, uma cláusula geral de responsabilidade nas relações contratuais coligadas – em especial, nos arranjos de pagamento. Além disso, há muito os operadores do Direito se acostumaram a interpretar e utilizar o Direito Contratual à luz do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Assim, adotando-se ponto de vista estritamente literal da legislação e o uso clássico do Direito Contratual, a resposta automática seria negar ao aparente terceiro a ação direta integrante de uma coligação contratual.

Na busca por soluções para impor o dever de indenizar, prestar proteção ou garantia à parte não vinculada ao terceiro – ao menos não pelo conceito clássico de vinculação –, a tendência tem sido aplicar estruturas conhecidas para solução desses novos problemas. Isso porque há uma natural relutância dos operadores do direito em relativizar conceitos clássicos e se afastar da interpretação literal do ordenamento jurídico.

Assim, diante de condutas que geram danos a alguns contratantes e obtenção de benefícios por outros, dois institutos já existentes vêm sendo invocados na prática: (i) o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (2002), que trata da teoria do risco da atividade; e (ii) os artigos 2º e 29 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990, que permitem a ampliação do campo de aplicação de suas normas.

Contudo, o uso indiscriminado e sem critérios desses instrumentos para justificar a reparação de um dano pode ser nocivo ao sistema do Direito Civil. Isso porque simplifica demasiadamente questão que demanda solução mais sofisticada, assim como banaliza e enfraquece os institutos inadequadamente invocados, essenciais para solução dos casos em que efetivamente devem ser utilizados.

Nesse contexto, este trabalho se propõe a investigar dois pontos fundamentais, ainda pouco explorados na prática. O primeiro é saber se há ou não, no ordenamento jurídico brasileiro, responsabilidade independentemente da manifestação de vontade expressa nas contratações complexas e, em especial, nos arranjos de pagamento atualmente adotados. Assim, a parte que atua nesse ambiente – credenciador – poderia ser chamada a responder pelo inadimplemento de obrigações assumidas pela contraparte – subcredenciador – perante terceiros. O segundo é delimitar sob quais condições essa responsabilidade, se existente, poderia ser invocada e aplicada.

Ao investigar esses pontos, pretende-se apontar às partes que optarem por ingressar em arranjos dessa natureza quais seriam as principais cautelas para (i) de um lado, não assumirem

responsabilidade por inadimplemento alheio; e (ii) por outro, assegurarem o cumprimento das prestações prometidas por integrantes desses arranjos.

Para cumprir esses objetivos, este trabalho adota estratégia linear e escalonada. Preliminarmente, apresenta breve descrição dos arranjos de pagamento via cartões, das partes usualmente envolvidas e do problema decorrente da falha de pagamento. Após, são analisados os principais fundamentos invocados pelos tribunais para resolverem esse problema, criticando as soluções escolhidas.

Em seguida, são identificados e contextualizados os institutos jurídicos potencialmente capazes de oferecer solução contratual ao problema. Nessa parte, delimita-se as hipóteses de aplicação desses institutos, já avançando pontualmente sobre questões atinentes aos arranjos de pagamento via cartões.

Finalmente, esgotado esse mapeamento e delimitação, mobiliza-se e interliga-se todos os institutos jurídicos apresentados, de modo a tentar obter possível resposta à questão fundamental colocada. Indica-se, a partir disso, recomendações de ordem prática àqueles que optarem por contratar em tal ambiente.

2 OS ARRANJOS DE PAGAMENTOS

Este capítulo aborda o conceito do arranjo de pagamento, suas principais características, os vínculos contratuais que tipicamente o compõem, as obrigações usualmente assumidas, bem como os problemas decorrentes do inadimplemento dessas obrigações. Por fim, traz a recente reforma da Lei nº 12.865/2013.

2.1 O QUE É UM ARRANJO DE PAGAMENTO E QUAIS SÃO SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS?

Objetivando regulamentar as relações envolvidas no sistema de pagamento de varejo no Brasil, a Lei nº 12.865 foi publicada em 09 de outubro de 2013 para disciplinar a indústria de meios eletrônicos de pagamento, criando os conceitos de “arranjos de pagamento”, “instituidores de arranjos de pagamento” e “instituições de pagamento” (como emissores e credenciadores). Especificamente quanto ao arranjo de pagamento, o artigo 6º do referido diploma o define como “o conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores”.

Nesse contexto, a Lei nº 12.865/2013 estabelece que os arranjos de pagamento devem observar determinados princípios, a fim de fomentar a solidez e robustez do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Em especial, os arranjos devem atender às necessidades dos usuários finais e assegurar a confiabilidade, qualidade e segurança dos serviços de pagamento (artigo 7º¹). Ainda, a lei outorga poderes ao Banco Central do Brasil (BACEN), conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), para, entre outras funções, disciplinar os arranjos de pagamento, exercer vigilância sobre esses e aplicar as sanções cabíveis².

¹ “Art. 7º: Os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento observarão os seguintes princípios, conforme parâmetros a serem estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, observadas as diretrizes do Conselho Monetário Nacional: [...]

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais [pagadores e recebedores], em especial liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório, privacidade e proteção de dados pessoais, transparência e acesso a informações claras e completas sobre as condições de prestação de serviços;

V - confiabilidade, qualidade e segurança dos serviços de pagamento.”

² “Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional:

I - disciplinar os arranjos de pagamento; [...]

VIII - supervisionar as instituições de pagamento e aplicar as sanções cabíveis” (Lei nº 12.865/2013).

A Resolução nº 150/2021, por sua vez, disciplinou a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamento integrantes do SPB. Ela especifica que os instituidores do arranjo de pagamentos (bandeiras) devem estabelecer procedimentos mínimos, relativos: (i) ao gerenciamento dos riscos e de monitoramento e auditoria dos participantes do arranjo; e (ii) à liquidação das transações entre as instituições participantes do arranjo.

A Resolução nº 150/2021 também estabelece, dentre outros aspectos, que as regras dos arranjos de pagamento devem ser claras, objetivas e não discriminatórias no que tange à atribuição e delimitação de responsabilidades entre os participantes. Ainda, elas devem definir os prazos máximos para disponibilização de recursos para livre movimentação pelo recebedor da transação de pagamento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (artigo 19³).

³ “Art. 19. No regulamento de que trata o inciso IV do art. 16 deve constar, de forma clara e objetiva, a descrição detalhada de todas as regras de funcionamento do arranjo, contemplando, quando aplicável, as seguintes informações:

I - o propósito do arranjo, na forma do disposto no art. 8º;

II - a modalidade de relacionamento dos usuários finais com a instituição participante, na forma do disposto no art. 9º;

III - a abrangência territorial do arranjo, na forma do disposto no art. 10;

IV - os tipos de instrumentos de pagamento utilizados para iniciar cada transação de pagamento em todas as formas previstas no processo de autorização no âmbito do arranjo;

V - as regras para o uso da marca;

VI - a previsão das modalidades de participantes, especificando as atribuições de cada modalidade, os critérios e requisitos de participação, suspensão e exclusão de participantes;

VII - a descrição detalhada do processo de autorização da transação de pagamento, contemplando os critérios aplicáveis, a atribuição de responsabilidades entre participantes e a definição do momento em que a transação é considerada autorizada no âmbito do arranjo;

VIII - a identificação dos motivos de devolução das transações de pagamento e a descrição do respectivo processo;

IX - a definição do sistema de compensação e de liquidação utilizado na liquidação entre diferentes instituições participantes do arranjo, respeitadas disposições específicas sobre o tema previstas neste Regulamento;

X - a definição dos prazos máximos para envio da transação de pagamento ao sistema de compensação e de liquidação e para a disponibilização de recursos para livre movimentação pelo recebedor da transação de pagamento;

XI - a identificação dos riscos em que os participantes incorrem em função das regras e dos procedimentos que disciplinam a prestação dos serviços de pagamento de que trata o arranjo e os mecanismos utilizados para seu gerenciamento;

XII - a estrutura das tarifas e de outras formas de remuneração, obrigatórias e eventuais, incluindo as cobradas pelo instituidor do arranjo e as tarifas cobradas entre participantes;

XIII - a delimitação de responsabilidades entre o instituidor do arranjo e seus participantes;

XIV - a delimitação de responsabilidades entre os participantes do arranjo;

XV - a governança dos processos decisórios no âmbito do arranjo, observado o disposto na Seção VI deste Capítulo;

XVI - as regras para resolução de disputas entre os participantes e entre os participantes e o instituidor;

XVII - as penalidades aplicáveis aos participantes quando do descumprimento das regras contratuais de negócio, incluindo as situações que podem levar à sua exclusão como participante;

XVIII - os critérios e as condições para terceirização de atividades pelos participantes e as regras para evitar que um terceirizado possa restringir a competição no mercado em que atua o participante contratante;

XIX - os padrões mínimos relativos a requisitos operacionais a serem adotados pelos participantes do arranjo, de que trata o art. 4º, inciso I;

XX - as regras e os mecanismos de interoperabilidade entre os participantes do arranjo; e

XXI - as regras e os mecanismos de interoperabilidade com outros arranjos, incluindo a previsão de transferência de recursos entre eles.”

2.2 OS VÍNCULOS CONTRATUAIS TÍPICAMENTE ENTABULADOS NESSES ARRANJOS E O CUMPRIMENTO ESPERADO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS

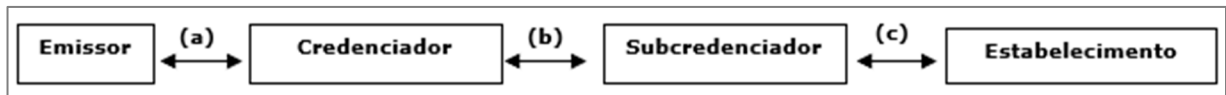
Embora novas formas de arranjo venham sendo criadas, a mais difundida permanece sendo aquela realizada por meio de cartões de crédito e débito. Essa é composta por vários participantes: o usuário-final do instrumento de pagamento, os estabelecimentos comerciais, os emissores, os credenciadores, as subcredenciadoras/facilitadoras de pagamento e as bandeiras. Para o devido funcionamento de um arranjo de pagamento, essas partes estão todas intrinsecamente relacionadas.

Os arranjos, portanto, envolvem diversas relações jurídicas para a sua operacionalização e funcionamento. Assim, quando o usuário-final adquire produtos, bens e/ou serviços oferecidos por um estabelecimento comercial, mediante a utilização do seu instrumento de pagamento, automaticamente passam a existir uma série de relações jurídicas entre os participantes, regidas por contratos específicos e individuais, que estabelecem as obrigações de cada um no sistema.

Pode-se dizer que, ao ser realizada uma compra em um estabelecimento comercial com a utilização de um cartão de crédito ou débito, por exemplo, em razão das obrigações e responsabilidades assumidas contratualmente pelas partes, originam-se simultaneamente pelo menos três relações, tendo por objeto fundamental o crédito/prestação pecuniária, a saber: (i) um crédito do emissor contra o usuário-final do instrumento de pagamento, no valor integral do produto, bem e/ou serviço adquirido; (ii) um crédito da credenciadora contra o respectivo emissor, equivalente ao valor da transação de pagamento menos uma taxa de intercâmbio (podendo haver subdivisões, envolvendo as subcredenciadoras/facilitadoras de pagamento); e (iii) um crédito do estabelecimento comercial contra a credenciadora (ou das subcredenciadoras/facilitadoras de pagamento, em determinados casos), equivalente ao valor da transação de pagamento menos a remuneração da bandeira e do credenciador⁴. A Figura 1 ilustra essas relações:

⁴ Conforme a prática profissional do autor.

Figura 1: Principais relações do arranjo de pagamento via cartões de crédito



Fonte: elaboração própria.

As etapas presentes na Figura 1 acima representam o seguinte⁵:

- a) os emissores são encarregados pela emissão dos cartões de crédito e de débito aos usuários-finais pagadores, pela cobrança dos valores relacionados às aquisições de produtos, bens e/ou serviços oferecidos pelos estabelecimentos comerciais credenciados (tal cobrança é feita por meio da emissão de faturas mensais pelo emissor), bem como pela liquidação das transações de pagamento capturadas e processadas por credenciadores;
- b) o credenciador, por sua vez, tem a obrigação de pagar os estabelecimentos comerciais e/ou as subcredenciadoras/facilitadoras de pagamentos no prazo estabelecido pelo contrato de credenciamento;
- c) a subcredenciadora/facilitadora de pagamento, quando presente, recebe os recursos da credenciadora e assume, perante o credenciador e estabelecimento comercial, por instrumentos contratuais autônomos, a obrigação de repassar os recursos devidos aos estabelecimentos comerciais.

Emissores e credenciadores normalmente são empresas de grande porte, com ampla capacidade financeira e de coordenação. Já os subcredenciadores são empresas geralmente locais, mas com capacidade para atrair estabelecimentos comerciais menores de determinada área para o arranjo de pagamento instituído e promovido pelos emissores e credenciadores⁶. Como descrito acima, esses subcredenciadores recebem os recursos dos credenciadores em conta única e devem, em princípio, distribuir esses recursos entre as centenas ou milhares de estabelecimentos comerciais prospectados e atraídos para aquele arranjo de pagamento.

⁵ Conforme prática profissional do autor.

⁶ Conforme prática profissional do autor.

Abordado esse ponto, a próxima seção aborda o problema decorrente do inadimplemento da principal obrigação pecuniária assumida pelo subcredenciador. Tal é conhecida no mercado como “falha de pagamento”.

2.3 O PROBLEMA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DESSAS OBRIGAÇÕES PELO SUBCREDENCIADOR: A “FALHA DE PAGAMENTO”

Por razões diversas, os subcredenciadores estão sujeitos a maior risco de insolvência. Alguns deles, ao enfrentarem dificuldades de ordem econômica e financeira, acabam desviando os recursos transferidos pelas credenciadoras e, conseqüentemente, inadimplindo as obrigações de pagamentos assumidas junto aos estabelecimentos comerciais. Nessa indústria, referido inadimplemento é conhecido pelo termo “falha de pagamento”. Não raro os instituidores não estipulam regras para delimitação de responsabilidades para essa última “perna” da cadeia, entre subcredenciador, estabelecimentos comerciais e o próprio arranjo⁷.

Essa falha, entretanto, gera enormes problemas e desafios de ordem econômica, social e jurídica. Apesar de atuarem localmente, mesmo pequenos subcredenciadores movimentam dezenas de milhões de reais, devidos, ao final, a dezenas ou centenas de comerciantes, que dependem desses recursos para promoverem suas atividades econômicas e fomentarem a economia local⁸.

Ao buscarem satisfazer seu crédito, esses estabelecimentos comerciais percebem que o subcredenciador não terá condições de honrar os compromissos financeiros assumidos. Já os emissores e credenciadores, apesar de terem cumprido todas as suas obrigações primárias pecuniárias, são procurados pelos estabelecimentos comerciais para que honrem a obrigação originalmente assumida pelo subcredenciador. Estabelece-se, portanto, o conflito que passa pela delimitação, no contexto dos arranjos de pagamento, da responsabilidade das partes – mais especificamente, do credenciador – pelo inadimplemento de obrigações assumidas pela contraparte – o subcredenciador – perante terceiros.

⁷ Conforme prática profissional do autor e decisões judiciais abordadas no capítulo 3.

⁸ Conforme prática profissional do autor.

2.4 A REFORMA DA LEI Nº 12.865/2013

O arcabouço legal e regulatório aplicável aos meios de pagamento não estabelece normas específicas e impositivas quanto à atribuição de responsabilidades em caso de inadimplência de participantes de arranjos de pagamento, mas requer aos instituidores de desses a identificação dos riscos e dos mecanismos de gerenciamento de riscos. Dessa forma, as entidades que participam dos serviços de pagamento em tais arranjos devem estar cientes, ao aderirem às regras de operação, dos riscos atrelados às suas participações.

Os artigos 31 a 36 da Resolução nº 150/2021 estabelecem uma série de parâmetros para implementação de sistema de gerenciamento de falhas de participantes no processo de liquidação das transações de pagamento no âmbito de seus arranjos de pagamento. Contudo, não há uma obrigação expressa e direta impondo ao instituidor do arranjo a obrigação de garantir ao estabelecimento final a liquidação da transação que lhe é devida pelo subcredenciador.

Porém, dentre os mecanismos de gerenciamento de riscos, os instituidores de arranjos de pagamento têm, conforme se extrai da referida Resolução nº 150/2021, a faculdade de incluir, em suas regras de operação, uma garantia ao usuário-final recebedor (o estabelecimento comercial) da liquidação das transações de pagamento aceitas. Essa seria independente da inadimplência de qualquer participante envolvido no processo de liquidação dessas transações.

Em princípio, tal garantia tratar-se-ia de uma faculdade dos instituidores de arranjos de pagamento que, por conseguinte, está intrinsicamente relacionada com a própria atratividade comercial do negócio. Isto é, quanto maior for a rede de segurança e mais eficientes forem os mecanismos de gerenciamento de riscos e de garantias, maior será o interesse dos usuários-finais recebedores (estabelecimentos comerciais) de aceitarem realizar transações de pagamentos iniciados com os instrumentos de pagamentos desses arranjos. Logo, quanto maior for a rede de usuários-finais recebedores, maior será o interesse de usuários-finais pagadores (portadores dos instrumentos de pagamento, como por exemplo, cartões de crédito e de débito) de se habilitarem a transacionar com referidos instrumentos de pagamentos nos usuários-finais recebedores (estabelecimentos comerciais) que os aceitam (e assim por diante, na definição clássica de “mercado de dois lados” da Economia⁹).

⁹ D'ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; PAIXÃO, Ricardo F; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados. **GV Executivo**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 25-29, fev./abr. 2006. Finanças. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/gvexec.v5n1.2006.34365>. Acesso em: 31 maio 2022.

Porém, observa-se na prática que a maioria dos instituidores não assegura ao usuário final o recebimento das vendas realizadas em caso de falha dos participantes envolvidos na liquidação dessas transações¹⁰. E, diante do prejuízo causado por subcredenciadora a estabelecimentos comerciais na região de Gramado-RS¹¹, o legislador enxergou risco sistêmico na liquidação de transações naqueles arranjos em que inexistente garantia expressa de seus instituidores.

Objetivando endereçar esse risco e oferecer, especialmente aos estabelecimentos comerciais, proteção extra de que suas transações serão liquidadas, o legislador, por meio da Lei nº 14.031/2020, completou a Lei nº 12.865/2013, modificando os artigos 12-A, 12-B e 12-C.

Por força do artigo 12-A,

os recursos recebidos pelos participantes do arranjo de pagamento destinados à liquidação das transações de pagamento necessárias ao recebimento pelo usuário final receptor ou o direito ao recebimento desses recursos para o cumprimento dessa mesma finalidade:

I – não se comunicam com os demais bens e direitos do participante do arranjo de pagamento e somente respondem pelo cumprimento de obrigações de liquidação das transações de pagamento no âmbito do arranjo de pagamento ao qual se vinculem;

II – não podem ser objeto de arresto, de sequestro, de busca e apreensão ou de qualquer outro ato de constrição judicial em função de débitos de responsabilidade de qualquer participante do arranjo de pagamento, exceto para cumprimento das obrigações de liquidação entre os participantes do arranjo de pagamento até o recebimento pelo usuário final receptor, conforme as regras do arranjo de pagamento;

III – não podem ser objeto de cessão de direitos creditórios nem ser dados em garantia, exceto se o produto da cessão dos créditos ou da operação garantida for destinado para cumprir as obrigações de liquidação entre os participantes do arranjo de pagamento referentes às transações de pagamento até o recebimento pelo usuário final receptor, ou para assegurar o cumprimento dessas obrigações, conforme as regras do arranjo de pagamento;

IV – não se sujeitam à arrecadação nos regimes especiais das instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, à recuperação judicial e extrajudicial, à falência, à liquidação judicial ou a qualquer outro regime de recuperação ou dissolução a que seja submetido o participante do arranjo de pagamento pelo qual transitem os referidos recursos.

Já pelo artigo 12-C, o legislador estabeleceu proteção legal específica aos bens e aos direitos dos instituidores e participantes de arranjos de pagamento abertos integrantes do SPB de modo a garantir a liquidação das transações de pagamento. Segundo esse dispositivo, referidos bens e direitos:

¹⁰ Conforme experiência profissional do autor.

¹¹ Vide jurisprudência citada no capítulo 3 deste trabalho.

- I – constituem patrimônio separado, que não pode ser objeto de arresto, de sequestro, de busca e apreensão ou de qualquer outro ato de constrição judicial, exceto para o cumprimento das obrigações assumidas no âmbito do arranjo; e
- II – não se sujeitam à arrecadação, nos regimes especiais das instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, à recuperação judicial e extrajudicial, à falência, à liquidação judicial ou a qualquer outro regime de recuperação ou dissolução a que seja submetido o participante do arranjo de pagamento pelo qual transitem os referidos recursos. (Incluído pela Lei nº 14.031, de 2020)

É inegável que os novos dispositivos mitigam os riscos decorrentes da falha de pagamento por participantes do arranjo de pagamento, inclusive o subcredenciador. Contudo, tal risco não foi eliminado e ainda representa importante fator de exposição àqueles que submetem a tais arranjos, fundamentalmente em razão de abertura/flexibilização permitida pelo próprio artigo 12-A: a cessão de crédito.

Havendo cessão de crédito, terceiro – *e.g.* instituição financeira ou Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDIC) –, presumidamente de boa-fé, tornar-se-á o titular do crédito que, em teoria, seria objeto do patrimônio separado, esvaziando, em grande medida, a função desse patrimônio. Na prática, substancial parte das transações dos arranjos de pagamento são objeto de cessão para instituições financeiras e FIDICs. O §5º do artigo 12-A da Lei nº 12.865/2013 parece reforçar essa flexibilização ao atribuir imunidade ao cessionário ou beneficiário da garantia (*e.g.* instituições financeiras e FIDICs), nem ineficácia da cessão ou garantia¹².

Já o mecanismo de proteção trazido pelo artigo 14-A, efetivamente, confere proteção contra credores dos participantes-devedores do arranjo, inclusive no caso de recuperação judicial e falência. Porém, não oferece essa mesma proteção contra o inadimplemento desses participantes, especialmente o subadquirente, caso esse, como é muito comum, opte por ceder o crédito que detém contra o credenciador, mas desvie esses recursos sem antes liquidar transações com os estabelecimentos comerciais.

Portanto, do ponto de vista regulatório, pode-se concluir que cabe aos instituidores de pagamentos estabelecer as regras de operação aplicáveis aos seus arranjos de pagamento e, de forma contratual, fixar, entre outros elementos: (i) as atribuições e delimitações de responsabilidades entre os participantes; (ii) a definição dos prazos máximos para disponibilização de recursos para livre movimentação pelo recebedor de uma transação de

¹² “§ 5º No caso da cessão ou da oneração de direitos creditórios previstas no inciso III do caput deste artigo, o inadimplemento, pelo participante cedente ou garantidor, das obrigações de liquidação para cujo cumprimento o produto da cessão ou da operação garantida se destine não implica responsabilidade do cessionário ou beneficiário da garantia nem ineficácia da cessão ou da garantia, salvo se comprovado ter o cessionário ou o beneficiário atuado com má-fé”.

pagamento; e (iii) se garantem, ou não, aos estabelecimentos comerciais a liquidação das transações de pagamento aceitas, independente da inadimplência de qualquer participante envolvido no processo de liquidação dessas transações de pagamento.

Ainda, o legislador tentou mitigar os riscos decorrentes da insolvência dos participantes dos arranjos de pagamento. Contudo, não os eliminou, especialmente nos casos em que subcredenciadores optaram por ceder seus créditos, sem liquidar as transações com os estabelecimentos comerciais, desviando os recursos objeto da cessão.

Assim, não obstante os conceitos e princípios balizadores da Lei nº 12.865/2013, das diretrizes fixadas pelo CMN, das regras estabelecidas pelo BACEN e dos regulamentos submetidos pelos instituidores de arranjos de pagamento, ainda prevalecem as normas gerais do Direito e os termos e condições dos acordos e contratos estabelecidos entre as partes (*i.e.*, bandeiras, emissores, credenciadores, subcredenciadores e estabelecimentos comerciais) para a solução de problemas relevantes inerentes aos arranjos de pagamentos.

Em conclusão, este capítulo buscou apresentar a estrutura legal e contratual dos arranjos de pagamento, a fim de ilustrar a situação de falha de pagamento. Ainda, abordou a tentativa do legislativo de melhorar o cenário.

O próximo capítulo apresenta então a situação prática de subcredenciadores da região de Gramado e São José do Rio Preto, que enfrentaram dificuldades econômicas e financeiras e deixaram de adimplir as obrigações assumidas perante centenas de estabelecimentos comerciais. Muitos desses estabelecimentos, objetivando receber seu crédito, acionaram judicialmente os subcredenciadores e outras partes do arranjo de pagamentos, particularmente, os credenciadores e as bandeiras¹³. Como o Poder Judiciário resolveu esses conflitos, valendo-se de fundamentos superficiais e evitando mobilizar os institutos que, acredita-se, ofereceriam resposta mais robusta ao problema, é o tema dos capítulos seguintes.

¹³ Vide jurisprudência citada no capítulo 3 deste trabalho

3 CRÍTICAS ÀS RESPOSTAS JURÍDICAS UTILIZADAS PELOS TRIBUNAIS

Como os regulamentos do BACEN não ofereciam e, em que pese a recente iniciativa, ainda não oferecem solução definitiva ao problema da falha de pagamento, o Poder Judiciário buscou solucionar os conflitos dela decorrentes examinando as normas gerais de Direito. E de fato, ao que tudo indica, a solução provirá dessas. No entanto, os institutos invocados e a forma de fundamentação escolhidos pelas cortes não parecem ser os mais adequados.

Para dirimir a controvérsia, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário se valeram basicamente de três institutos: (i) teoria do risco da atividade, para responsabilizar solidariamente os emissores e credenciadores; (ii) teoria maximalista, para, com base nas disposições do CDC, responsabilizar os emissores e credenciadores; e, em sentido oposto aos dois primeiros; e (iii) princípio da relatividade dos efeitos contratuais, para isentar emissores e credenciadores de responsabilidade. Todas elas, contudo, possuem lacunas e inconsistências técnicas e retóricas importantes, não oferecendo, aparentemente, solução consistente para a questão analisada.

A dificuldade em lidar com controvérsias dessa natureza e complexidade não é exclusividade do Poder Judiciário brasileiro. Gunther Teubner explica o seguinte em relação ao comportamento do Poder Judiciário perante problemas decorrentes de contratações coligadas:

networking of independent economic organizations causes judicial irritation. The construction of an integrated distribution system, which, on the one hand, entails more than simple market relationship, but, on the other, does not create any true relationships, forces the judges to establish piercing liability, but at the same time, causes them huge difficulties when they attempt to justify decisions¹⁴.

A seguir, são apresentadas as soluções adotadas pelo Poder Judiciário, as quais, como dito, contêm fragilidades importantes. São elas: a solução baseada na teoria do risco integral; a solução baseada na figura do consumidor por equiparação; e a solução baseada no princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. **Network as connected contracts**. Tradução Michelle Everson. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238724211_Networks_as_Connected_Contracts/link/5a47ca19a6fdcce1971c7ad0/download. Acesso em: 31 maio 2022. p. 8.

3.1 A SOLUÇÃO BASEADA NA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Nas apelações nº 0003875-13.2011.8.26.0577¹⁵ e 1008195-31.2017.8.26.0011¹⁶, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) decidiu que os credenciadores deveriam pagar aos estabelecimentos comerciais os valores não repassados pelos subcredenciadores, a despeito de existir ou não vínculo contratual direto. A responsabilização solidária foi imputada sob o argumento de que os credenciadores e subcredenciadores seriam “participantes de parcerias comerciais” e integrariam “cadeia de prestação de serviços, dela auferindo lucro”, de modo que “a responsabilidade das requeridas [credenciadores e subcredenciadores] é objetiva e decorre da teoria do risco do negócio (art. 927, parágrafo único do Código Civil)”. Nada além disso.

Pela teoria do risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (2002), é responsável toda pessoa física ou jurídica que empreende uma atividade que, por si mesma, cria um risco para outras pessoas, respondendo pelas consequências danosas a terceiros. De acordo com o Enunciado nº 448 da V Jornada de Direito Civil de 2012, essa ampliação de responsabilidade pela teoria do risco ocorreria sempre que

[a]tividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência¹⁷.

Há extenso debate na doutrina sobre como qualificar o risco da atividade capaz de atrair a norma prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Em que pese a existência de entendimentos diversos, os textos mais recentes e consistentes sugerem que esse risco

¹⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (13ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0003875-13.2011.8.26.0577. AÇÃO DE COBRANÇA. Ausência de repasse de transações comerciais através de cartões de crédito e débito pelo sistema Visa conta corrente da autora [...]. Apelante: CIELO S/A. Apelado: AGEL INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA. Relator: Desembargador Francisco Giaquinto, 14 de janeiro de 2015. **Jusbrasil**, [Salvador], 14 jan. 2015. Disponível em: <https://is.gd/MQQUDr>. Acesso em: 10 maio 2022.

¹⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (16ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 1045311-41.2017.8.26.0506. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA [...]. Apelante: BRB BANCO DE BRASILIA S/A. Apelados: AUTO POSTO DE SERVIÇOS AGPM LTDA e outros. Relator: Desembargador Simões Vergueiro, 07 maio 2019. **Jusbrasil**, [Salvador], 07 maio 2019. Disponível em: <https://is.gd/JS2unX>. Acesso em: 10 maio 2022.

¹⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022. p. 74.

depende da existência de um perigo de dano potencial e elevado, inerente à atividade desenvolvida¹⁸.

Independentemente da corrente doutrinária adotada, é certo que nem todo risco da atividade justifica a incidência do parágrafo único do artigo 927. Um arranjo de pagamento, a rigor, não envolve perigo de dano potencial e elevado ou diferenciado.

O TJ/SP aplicou a teoria do risco sem, em nenhum momento, tratar da natureza do risco da atividade desenvolvida pelos participantes do arranjo de pagamento. Poderia ter argumentado que essa atividade envolve grande número de participantes, movimentações substanciais quantias, diversas contas e inúmeros repasses e exige, a partir de determinado volume, regulamentações específicas do BACEN. Isso tudo caracterizaria risco especial e diferenciado da atividade desenvolvida pelos participantes de um arranjo de pagamentos e, conseqüentemente, aplicação da teoria do risco, com responsabilização solidária desses participantes por falha no processo de liquidação de transações de pagamentos por parte da subcredenciadora, por exemplo.

Contudo, contra esse potencial argumento, tem-se o fato de que o BACEN facultou aos instituidores de arranjos de pagamentos (bandeiras) fixarem em suas regras de operação se garantem, ou não, os pagamentos devidos pelas subcredenciadoras/facilitadoras de pagamentos aos seus estabelecimentos comerciais credenciados, o que induziria ao afastamento da aplicação da teoria do risco. Afinal, se houvesse risco especial e diferenciado, o BACEN certamente interviria para impor, de forma legal e automática, responsabilidade a todos os participantes de um arranjo de pagamento pela liquidação das transações de pagamento aos estabelecimentos comerciais credenciados em caso de falha¹⁹.

Efetivamente, a tese adotada pelo TJ/SP nesses julgados implicaria em imputar responsabilidade objetiva a toda e qualquer pessoa que simplesmente desenvolvesse uma atividade empresarial continuada e com algum nível de complexidade. Significaria instituir o fim da responsabilidade subjetiva ou por violação de dever contratual nas relações empresariais. Não parece ser esse, à toda evidência, o intuito do artigo 927 do Código Civil (2002), tanto que o legislador fez constar no texto do dispositivo expressa menção à natureza da atividade capaz

¹⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76-77.

¹⁹ O tema da responsabilização solidária ou mesmo subsidiária de todos os participantes do arranjo de pagamento é tema relevante e demanda ampla discussão por parte daqueles que operam nesse ambiente. O BACEN exerce importante papel na regulação, organização e promoção desse instituto e ferramenta. Seria salutar e certamente enriquecedor fomentar a participação dos diferentes tipos de participantes nos debates envolvendo essa matéria, inclusive de associações e representantes de estabelecimentos comerciais.

de induzir risco a outro. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira “cabe, todavia, não levar ao extremo de considerar que todo dano é indenizável pelo fato de alguém desenvolver uma atividade”²⁰.

De modo ainda mais específico, Cláudio Luiz Bueno de Godoy ressalta que,

[a] rigor, considera-se que, se a previsão legal citada laborou textual menção ao risco criado pelo normal exercício de certa atividade, só pode ser porque tencionou particularizar a atividade, cujo desempenho gera responsabilidade, sem culpa, por danos dela decorrentes. Ou, antes, particularizar o risco que o seu normal desempenho induz²¹.

Para justificar a aplicação, Godoy menciona a necessidade de um qualificador específico, tal como o perigo da atividade, muito embora reconheça e pondere que o parágrafo único do artigo 927 tenha optado por usar a expressão risco advindo de atividade e não atividade perigosa. De todo modo, é preciso que exista um risco diferenciado, um perigo especial. Nas palavras de Massimo Franzoni, traduzidas por Godoy, seria necessário

[u]m grau maior de periculosidade inferido de mais grave percentual de sinistralidade que se lhe reconheça. [...] O evento se evidencia como uma consequência normal da antecedente atividade desenvolvida. A rigor, uma situação em que [...] a periculosidade é mais que mera ocasião, é a real causa do evento²².

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao elaborar os fundamentos para responsabilidade pressuposta no Direito brasileiro no campo da responsabilidade civil, ressaltou o caráter de periculosidade da atividade, propondo os seguintes traços caracterizadores:

1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdividindo-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376.

²¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95.

²² “[A] rigor, em maior ou menor grau, toda a atividade importa algum risco. Por isso que, fosse o caso de admitir havida uma responsabilidade sem culpa sem qualquer caso de risco, mais não seria preciso dizer senão que quem exerce uma atividade responde pelo dano havido. Não haveria razão para especificar que, à responsabilidade independente de culpa, deve-se ostentar atividade que induza risco. Importa, então, que esse risco seja de algum modo diferenciado. Aliás, mesmo os que sustentam a tese da atividade perigosa de igual modo reconhecem que esse perigo deva ser especial, vale dizer, com um maior grau de potencialidade lesiva [...]. É o que em doutrina se denomina atividade particularmente perigosa. Ou seja, aquelas atividades em que se pode identificar uma maior probabilidade de causação de dano” (FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva: il dannosa da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. v. 2. p. 136-137 *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95).

inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies) deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente)²³.

O normal desempenho do arranjo de pagamentos leva ao adimplemento das obrigações nele previstas e, a rigor, não contém “perigo” intrínseco ou inevitável. Também não é possível assumir, de antemão, que a falha de pagamento do subcredenciador é uma consequência normal ou recorrente da atividade desenvolvida. A falha de pagamento em estudo, por ser desvio da atividade normal esperada e, ao menos por ora, carecer de estudos técnicos capazes de lhe qualificar como de sinistralidade exagerada ou recorrente, não poderia ser caracterizada como um perigo intrínseco ou inevitável capaz de tornar a instituição de um arranjo de pagamento uma “atividade perigosa”.

Consequentemente, a instituição de um arranjo de pagamento, por sua natureza e se normalmente desenvolvido, não configuraria uma atividade de risco capaz de justificar a aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Buscar a responsabilização das credenciadoras com base nesse fundamento não parece adequado.

3.2 A SOLUÇÃO BASEADA NA FIGURA DO CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

Já ao julgar o agravo de instrumento nº 2210878-73.2017.8.26.0000²⁴ e a apelação nº 1102210-16.2017.8.26.0100²⁵, interpostos em ações de cobrança também ajuizadas por

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *In*: ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas no novo Código Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. v. 2. p. 133-159. p. 135.

²⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (37ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 2210878-73.2017.8.26.0000. [...] Empresas requeridas que atuam em cadeia, sendo a Direct Fácil a intermediadora de informações, enquanto que a Global Payments, assim como o Banco de Brasília, exercem os papéis de adquirentes e credenciadores do fluxo de dinheiro e informações das operações [...]. Agravante: GLOBAL PAYMENTS – SERVIÇOS DE PAGAMENTOS S.A. Agravado: BICUDO CENTER CAR VEICULOS LTDA. Relator: Desembargador Sergio Gomes, 06 de fevereiro de 2018. **Jusbrasil**, [Salvador], 07 fev. 2018. Disponível em: <https://is.gd/8nUdwN>. Acesso em: 01 jun. 2022.

²⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (15ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 1102210-16.2017.8.26.0100. [...] Suspensão de repasse aos estabelecimentos comerciais autores de valores de vendas realizadas com cartão de crédito e débito – Fato incontroverso – Rés, responsáveis por tal repasse, que mantêm parceria comercial – Responsabilidade solidária reconhecida, com a consequente legitimidade passiva da credenciadora [...]. Apelante: GLOBAL PAYMENTS - SERVIÇOS DE PAGAMENTOS S.A. Apelados: DIRECT FACIL ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ME e outros. Relator: Desembargador Vicentini Barroso, 16 de agosto de 2018. **Jusbrasil**, [Salvador], 16 ago. 2018. Disponível em: <https://is.gd/Rs8xEb>. Acesso em: 01 jun. 2022.

estabelecimentos comerciais contra o credenciador e subcredenciador, o TJ/SP atribui a responsabilidade solidária ao credenciador pelo pagamento assumido e contratado diretamente entre o subcredenciador e o estabelecimento comercial. Segundo o tribunal, “embora não tenha celebrado diretamente o contrato de prestação de serviços com as empresas autoras [estabelecimentos comerciais]”, o credenciador faz “parte de uma cadeia de repasses de valores”. Ainda, “há verdadeira parceria comercial entre ela [credenciador] e a corré [subcredenciadora], [...] com vistas a gerar maior proveito econômico para ambas as partes”. Logo, “na forma do art. 18 do CDC, as duas empresas requeridas respondem solidariamente perante a empresa autora”. Incidiria “a teoria finalista mitigada” ou “maximalista”.

Ou seja, o TJ/SP suscitou o CDC para favorecer os estabelecimentos comerciais. Assim, adotou a premissa de que todos aqueles que participam de determinado arranjo de pagamento poderiam ser responsabilizados por danos relacionados a essa atividade, independentemente de terem agido com culpa ou de maior análise dos vínculos estabelecidos no âmbito da coligação contratual.

Entretanto, pelo conceito subjetivista ou finalista, mais restritivo, o CDC seria aplicável para resguardar os direitos apenas daquelas pessoas que adquirirem produtos, bens e/ou serviços para consumo próprio e não como insumo de sua atividade econômica. Sendo o bem e/ou serviço utilizado como instrumento/elemento para obtenção de lucro ou viabilização desse, e não para atender uma necessidade pessoal própria, não haveria relação de consumo. Em outros termos, para determinar se o CDC deve ou não incidir por esse conceito, seria relevante examinar a condição da pessoa que adquiriu o bem ou serviço (elemento subjetivo) e o fim econômico que esta dará aos mesmos (elemento finalista).

Já pelo conceito maximalista, não importaria o uso privado ou econômico-profissional do produto, bem e/ou serviço, mas sim se a pessoa se caracteriza como destinatária desses, ainda que meramente fática. O fato de o bem ou serviço ter sido retirado do mercado, atingindo seu ciclo final (elemento objetivo), poderia, por esse conceito, configurar a relação de consumo. A qualidade do sujeito que adquiriu o bem ou serviço, se profissional ou não, seria secundária. Em outros termos, para determinar se o CDC deve ou não incidir, importaria identificar se o bem ou serviço chegou, faticamente, ao final do seu ciclo final, sendo totalmente utilizado.

Se adotada a segunda corrente (maximalista), nos moldes do TJ/SP, os estabelecimentos comerciais credenciados fariam jus à proteção do CDC. Ainda, sendo o credenciador integrante da cadeia de fornecimento dos serviços de pagamento, responderia pela falha no processo de liquidação de transações de pagamento da subcredenciadora.

Entretanto, embora em situação um pouco diferente, mas ainda relacionada à indústria de meios de pagamentos, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que o CDC não se aplica aos estabelecimentos comerciais que contratam serviços de cartão de crédito. No entendimento do STJ, “a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária”²⁶.

Constatada a existência de relações comerciais entre empresas privadas, pactuadas com o objetivo de fomentar as atividades econômicas, não seria correto, a rigor, forçar a aplicação das regras do CDC. Alguns dos julgados que admitem essa maior extensão, ainda sob a teoria maximalista ou finalista mitigada, citam também a vulnerabilidade do contratante para imputar a responsabilização objetiva do CDC²⁷. Entretanto, muitos dos estabelecimentos comerciais são empresas locais de razoável porte, administradas por empresários experientes, que contam com assessoria legal, muitos empregados e faturamento substancial.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial nº 541.867/BA. COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. [...]. Recorrente: AMERICAN EXPRESS DO BRASIL S/A TURISMO. Recorrido: CENTRAL DAS TINTAS LTDA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator para Acórdão: Ministro Barros Monteiro, 10 de novembro de 2004. **Diário de Justiça**, [Brasília], p. 227, 16 maio 2005.

²⁷ Há julgados do STJ admitindo a chamada “teoria finalista temperada” ou “mitigada”, segundo a qual aquele que adquire um produto ou serviço como parte do seu processo produtivo ou atividade econômica não é visto como consumidor. Contudo, excepcionalmente, se o adquirente for reputado vulnerável, ou seja, se estiver em situação de hipossuficiência técnica, jurídica, fática e/ou informacional, as normas protetivas do CDC poderiam ser invocadas para que se reequilibre a relação com o fornecedor. Nesse sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 735.249/SC. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E REPARAÇÃO DE DANOS. AQUISIÇÃO DE CONCHA BRITADORA. HIPOSSUFICIÊNCIA E DESPROPORÇÃO DE FORÇAS ENTRE AS PARTES. [...]. Agravante: COPEX IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. Agravados: COMERCIAL DE EXPLOSIVOS DAVI LTDA e ETZOLD E COMPANHIA LTDA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], n. 1904, 04 fev. 2016. Disponível em: <https://is.gd/BDp4Nu>. Acesso em: 01 jun. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 253.506/PR. [...] o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). Contudo, tem admitido o abrandamento da regra quando ficar demonstrada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, autorizando, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC (teoria finalista mitigada) [...]. Agravante: J MALUCCELLI SEGURADORA S/A. Agravado: MARCELO FOCHI MACHADO. Relator: Ministro Marco Buzzi, 23 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], 29 out. 2018. Disponível em: <https://is.gd/KcFF77>. Acesso em: 01 jun. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.787.192/BA. [...] INCIDÊNCIA DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. HIPOSSUFICIÊNCIA EVIDENCIADA. [...]. Agravante: SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL. Agravados: MACTER LOCACAO DE MAQUINAS EQUIPAMENTOS EIRELI e LUIZ CARLOS LIMA MENDES. Relator: Ministro Raul Araújo, 24 maio 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], 30 jun. 2021. Disponível em: <https://is.gd/w2qfNO>. Acesso em: 01 jun. 2022.

Ainda, a aplicação irrestrita do CDC a todos os participantes do arranjo ignora característica fundamental do próprio diploma e do Código Civil. O regime legal de responsabilização da cadeia produtiva para produtos e serviços é diferente no CDC. Os artigos 18 e 19 do CDC de 1990, ao tratarem da responsabilização por vícios de quantidade e qualidade dos produtos, imputam expressamente solidariedade aos fornecedores. O artigo 20, de forma diversa, ao tratar da responsabilização por vícios de qualidade dos produtos, não atribuiu solidariedade aos fornecedores.

O artigo 14 do mesmo diploma, que trata da responsabilização por fato do serviço, também não fala em obrigação solidária e limita a responsabilidade dos fornecedores de serviços às situações de risco à segurança dos consumidores. Ainda, o fornecedor que provar ter prestado adequadamente o serviço tampouco poderá ser responsabilizado.

Na hipótese objeto deste estudo, ao repassar os recursos recebidos do emissor para o subcredenciador, o credenciador terá cumprido adequando o serviço ao qual se obrigou. Além disso, a transferência de recursos não caracterizaria situação de risco à segurança a justificar aplicação do artigo. Reforçando essa diferença de regime entre o fornecedor de serviços e de produtos no ordenamento jurídico, destaque-se que, mesmo pelo Código Civil (2002), o artigo 931 imputa responsabilidade objetiva aos “empresários individuais e as empresas” no caso de “produtos” (não de serviços) postos em circulação.

Portanto, a relação existente entre as partes de um arranjo comercial não caracteriza uma relação de consumo (artigo 2º do CDC de 1990) somente porque há uma “cadeia de repasse de recursos” ou “parceria comercial”. Ainda, diante da diferença de regime para imputação de responsabilidade aos fornecedores de produtos e de serviços, nem mesmo sob a égide do CDC seria possível atingir automaticamente o credenciador que prestou adequadamente os serviços que a ele cabiam no arranjo de pagamento. Assim, tem-se que o CDC também não oferece resposta ao problema objeto deste trabalho.

3.3 A SOLUÇÃO BASEADA NO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

Se o TJ/SP invocou a teoria do risco e o CDC para justificar a imputação de responsabilidade ao credenciador pelo descumprimento de dever assumido pelo subcredenciador perante estabelecimento comercial, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR), ao julgar caso idêntico, rejeitou a pretensão de cobrança do estabelecimento comercial promovida contra o credenciador. Segundo o TJ/PR, inexistiria relação jurídica entre o

estabelecimento comercial e credenciador, de modo que aquele não poderia imputar a esse obrigações assumidas pelo subcredenciador. Ou seja, orientou-se pelo tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato²⁸.

No entanto, como já é amplamente reconhecido pela jurisprudência e doutrina, embora importante e ainda vigente, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não é absoluto. As circunstâncias que envolvem as contratações devem ser avaliadas para correta aplicação desse princípio. Conforme ponderado por Otavio Luiz Rodrigues Junior,

[a]s fissuras do caráter absoluto do princípio *res inter alios acta tertiis nec prodest, nec nocet* encontram-se no reconhecimento de que mesmo criado para produzir exclusivamente consequências entre as partes, o contrato geraria efeitos reflexos sobre terceiros, pois toda conduta humana não é asilada em um ligame bilateral, mas constitui-se numa trama rica e multicolorida de diversos feixes relacionais²⁹. (grifos originais)

Assim como Otavio Luiz Rodrigues Junior, outros juristas brasileiros^{30 31 32} confirmam a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Já há bastante tempo não se admite a mera invocação desse princípio para exoneração de responsabilidade, sem que seja feita análise mais profunda de todas as circunstâncias do caso concreto.

²⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 1254903-2. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.RELAÇÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO CREDENCIADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO (AGRAVANTE), A CREDENCIADA, FUNCIONANDO COMO INTERMEDIÁRIA FACILITADORA (INTERESSADA) E OS AUTORES, ORA AGRAVADOS. CONTRATO CELEBRADO ENTRE OS AUTORES E A INTERESSADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPASSE DE VALORES RELATIVOS À TRANSAÇÕES EFETUADAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A AGRAVANTE E OS AGRAVADOS. [...]. Agravante: Redecard S.A. Agravados: Adelia Maria Dutra e outros. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins, 11 de maio de 2016. **Jusbrasil**, [Salvador], 20 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/340633002>. Acesso em: 01 set. 2022.

²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004. p. 86.

³⁰ “Entretanto, afora essas situações recorrentes na vida social, que mostram a persistência na argumentação jurídica do princípio da relatividade, tal como classicamente concebido na França, a lei, a doutrina e a jurisprudência procuraram ampliar a percepção dos efeitos dos contratos, para contemplar alguns que se situassem para além dos termos da relação jurídica por ele engendrada. Além das partes e, portanto, dos centros de imputação de interesses dignos de tutela típicos, existiriam situações outras em que o contrato atingiria terceiros. A questão é saber quando e como”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 25).

³¹ “Enfim, a relatividade dos efeitos do contrato é contraposta à função social do contrato” (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62).

³² “Sendo o princípio da autonomia da vontade o fundamento do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, a diminuição de status do primeiro provocou consequências no segundo”. (BRANCO, Gerson. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31).

E essa mitigação atual se dá, em grande medida, em razão dos princípios da boa-fé objetiva³³ e, especialmente, da função social do contrato, conforme Enunciado 21 do Conselho da Justiça Federal: “[a] função social do contrato, prevista no Código Civil, art. 421, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio a relatividade dos feitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”³⁴.

Portanto, a invocação automática, sem qualquer crítica, do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, tal como a realizada pelo TJ/PR, desconsiderando que esse princípio há muito sofre mitigações, tampouco é suficiente para negar a pretensão daqueles que sofreram danos ao participarem de determinado arranjo de pagamento. Como é detalhado nos capítulos seguintes, acredita-se que a resposta e a solução jurídica mais adequadas aos conflitos decorrentes dessa “falha de pagamento” passam por uma abordagem mais sofisticada e profunda das relações contratuais entabuladas, assim como pela qualificação das partes envolvidas.

³³ “O terceiro protegido pela boa-fé objetiva não seria credor da prestação, cujo desempenho o sujeito passivo deve ao credor, mas teria determinados direitos derivados de um espectro negativo da obrigação como processo [...] Nos casos que se pretendam sejam corretamente solucionados com a invocação dessa nova espécie, recente na literatura mundial, a imputação decorre da cláusula geral de boa-fé. Tratam-se, portanto, de deveres que se referem a vinculações não principais, ditas por alguns secundárias. Entretanto, são devidas a terceiros e não às partes. Contrasta a figura justamente com o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, na exata medida em que o dever surge da boa-fé mas pressupõe o contrato como suporte de imputação” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 181-182).

³⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022. p. 348.

4 INSTITUTOS RELEVANTES PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS CONTRATUAIS PERANTE TERCEIROS NOS CONTRATOS COLIGADOS

Conforme exposto no primeiro capítulo, a instituição de um arranjo para pagamento via cartões de crédito e débito implica na celebração de diversos contratos, que interagem entre si para executar atividade interdependente e obter um fim comum. Para avaliar os efeitos jurídicos desse sistema contratual, especialmente entre participantes que não necessariamente mantêm vínculo contratual individual direto, é preciso qualificá-lo e avaliar se as relações existentes e as características dos arranjos de pagamentos atraem ou justificam a aplicação dos institutos modernamente mobilizados para atribuição de deveres sistêmicos ou funcionais. São eles: a coligação contratual, os tipos de “terceiros”, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, o gerenciamento de risco no Direito Privado e a interpretação contemporânea dos negócios jurídicos.

Nos itens seguintes, mapeia-se os conceitos, requisitos e principais características desses institutos, com enfoque em sua posterior mobilização diante de um arranjo de pagamento via cartões, com falha de pagamento. Adotando-se critério lógico, busca-se compreender, nas seções 4.1 e 4.2, a coligação contratual e seus principais efeitos e, após, os diferentes tipos de terceiros. Já nas seções 4.3 e 4.4, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato atuam na formação ou modificação de deveres contratuais à luz de uma coligação. Finalmente, as seções 4.5 e 4.6 apresentam de que modo é possível gerenciar riscos em contratações complexas no Direito Privado, a partir dos métodos contemporâneos de interpretação contratual dos negócios jurídicos.

4.1 A COLIGAÇÃO CONTRATUAL E SEUS EFEITOS

Nas últimas décadas, operações econômicas e formas de organização social e negocial se sofisticaram. A prestação de um serviço ou fornecimento de um bem passou a envolver, frequentemente, uma série de empresas e contratos plurais. Algumas dessas operações são implementadas e organizadas societariamente via fusões, aquisições, criações de subsidiárias e

joint ventures. Outras operações, de forma igualmente frequente, foram realizadas sem vínculos societários, mas por meio de diferentes contratos, com partes diversas³⁵.

Diante desse fenômeno socioeconômico, juristas perceberam que os tipos contratuais clássicos e a visão estrutural dos negócios jurídicos, não seriam capazes de oferecer, sozinhos, respostas e instrumentos suficientes para plena compreensão e solução dos novos problemas oriundos da plural realidade negocial. Notaram também que, além da complexidade, essas novas operações econômicas continham elementos peculiares que transcendiam cada um dos tipos contratuais isoladamente considerados. Havia nelas um claro liame supracontratual permeando todas as relações jurídicas entabuladas. Esse liame quase que naturalmente convergia para consecução de um fim comum³⁶.

Essa percepção dos juristas do mundo negocial ocorreu em meados do século passado, especialmente na Itália e na França, tendo seu estudo sido intensificado mais recentemente. A esse fenômeno, foram atribuídas diferentes denominações, quais sejam: coligação contratual na Itália, grupo de contratos na França, rede contratual na Argentina³⁷.

Fundamentalmente, quatro autores brasileiros (Rodrigo Xavier Leonardo, Carlos Nelson Konder, Francisco José Virgílio Lopes Enei e Francisco Paulo de Crescenzo Marino), no início dos anos 2000, avaliaram esse fenômeno de modo mais profundo oferecendo subsídios para sua aplicação no Direito brasileiro. Em razão da maior influência do Direito italiano, aparentemente prevaleceu o emprego do termo “coligação contratual”. Contudo, o termo “contratos conexos” é também comumente utilizado³⁸.

³⁵ Conforme o entendimento de Jörg Sydow, “*modes of organizing economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another through stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form*”. Em tradução nossa, “modos de organização das atividades econômicas que atrelam empresas formalmente independentes e mais ou menos dependentes economicamente umas das outras, através de relações estáveis e complexa reciprocidade, que é mais cooperativa do que competitiva em sua forma” (SYDOW, Jörg. *Strategische Netzwerke: Evolution und Organisation*. Wiesbaden: Gabler, 1992. p. 82 *apud* TEUBNER, Gunther. **Network as connected contracts**. Tradução Michelle Everson. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238724211_Networks_as_Connected_Contracts/link/5a47ca19a6fdcce1971c7ad0/download. Acesso em: 31 maio 2022. p. 17).

³⁶ “Note-se bem que a teoria das redes contratuais não surge como mais uma teoria jurídica de laboratório, como um produto fértil dos juristas. Em sentido diametralmente contrário, as bases da teoria das redes contratuais surgem a partir da necessidade de buscar respostas para a interligação funcional entre contratos desenvolvidos pelos agentes econômicos em busca de uma maximização dos lucros e minimização dos riscos vivenciados em mercados altamente competitivos” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1315-1330. p. 1328).

³⁷ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁸ Conforme pesquisa bibliográfica realizada pelo autor deste trabalho apresentada a seguir.

De acordo com o conceito proposto por Marino, contratos coligados são aqueles “que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca”³⁹. Já para Rodrigo Xavier Leonardo, “o termo coligação contratual, em sentido amplo, significa apenas e tão-somente uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada”⁴⁰. Esse termo retrata

o gênero de situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, ligadas, promovendo alguma eficácia paracontratual, ou seja, alguma eficácia ao lado daquela que se desenvolve internamente ao contrato. Esta eficácia paracontratual, por sua vez, se justifica pelo reconhecimento duma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela decorrente de cada um dos contratos que se encontram coligados⁴¹.

A coligação pode se dar por força de lei, por vontade das partes via cláusula contratual expressa ou de forma natural em razão do nexos entre dois ou mais contratos, independentemente da legislação ou de cláusula contratual. Leonardo qualifica essa última situação como “contratos conexos”⁴².

Para a resolução do problema objeto deste trabalho, importam os contratos coligados na terminologia italiana adotada por Marino, mais especificamente, os coligados por vontade implícita das partes, ou contratos conexos em sentido estrito, na terminologia de Leonardo. A partir dessas percepções e conceitos doutrinários, é possível extrair pressupostos e indícios para identificação de coligações.

Leonardo⁴³ cita a existência de pluralidade de contratos permeados por um “articulado e estável nexos econômico e funcional”, com eficácia ao conjunto/sistema, que é diferente da eficácia de cada um dos contratos isoladamente considerados. Assim, todas as prestações

³⁹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 3.

⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 8.

⁴² “Ao lado deste conjunto, verificam-se outras situações em que a ligação entre os dois ou mais contratos se dá, predominantemente, pelo nexos entre eles existente, independentemente da estipulação de uma eficácia paracontratual em norma jurídica ou por cláusula contratual” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 9).

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 8-15.

estabelecidas têm um fim “para além do contrato”, um propósito comum, compondo uma unidade econômica. Ou seja, há uma unidade de operação econômica e objetivo comum, implementada por diferentes contratos, interligados por nexo funcional e econômico⁴⁴.

Para Marino, a coligação contratual envolve dois elementos essenciais: (i) a pluralidade de contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes; e (ii) vínculo de dependência unilateral ou recíproca. Para o autor, a existência de nexo econômico ou funcional constituiria o elemento objetivo da coligação. Já a intenção de coordenar os diversos contratos em direção a um escopo comum configuraria o elemento subjetivo. Há pluralidade de sujeitos, de objetos ou prestações ou de manifestações de vontade⁴⁵.

Nessa mesma linha, o professor argentino Ricardo Lorenzetti, que também se aprofundou nesse tipo de contratação, propõe que os contratos coligados pressupõem colaboração entre os contraentes, por meio não de um, mas de vários contratos. E essa colaboração é qualificada, pois possui e é orientada por uma finalidade negocial supracontratual que justifica a constituição e funcionamento da coligação. Existiria, portanto, uma causa, uma finalidade e uma reciprocidade sistêmicas das obrigações. Tamanha seria essa interconexão que a conduta individual de um dos participantes, ainda que à primeira vista restrita à relação contratual por ele entabulada, seria capaz de afetar todo o sistema⁴⁶.

Citando acórdão do STJ proferido no Agravo de Instrumento nº 951.724-RS, Leonardo elenca “fortes indícios” caracterizadores da conexão em sentido estrito: (i) proximidade temporal na realização dos diferentes contratos que compõem o conjunto; (ii) atuação empresarial conjunta na oferta de produtos e/ou serviços que se completam; (iii) a retribuição econômica pela prestação estabelecida em um contrato se dá por meio de prestação fixada em outro contrato; (iv) estratégia de publicidade e venda conjuntas; (v) mecanismos de controle de qualidade e produtividade; (vi) estabelecimento de metas comuns e prazos ou objetivos

⁴⁴ “O que essencialmente diferencia a coligação contratual de outras espécies de vínculos entre contratos é o surgimento de uma causa sistemática, por alguns autores chamada de causa intercorrente, própria à operação econômica unificada”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 8).

⁴⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

integrados; e (vii) garantias que geram consequências para as diferentes partes que integram o conjunto contratual⁴⁷.

Marino também propõe parâmetros não exaustivos para identificação de coligação contratual. São eles:

- (i) incongruência ou insuficiência dos tipos contratuais envolvidos, isoladamente considerados, em relação à operação econômica subjacente;
- (ii) figurantes que somente participam de um ou de alguns dos contratos coligados; e
- (iii) diversidade temporal, de contraprestações ou instrumental (previsão de cláusulas específicas para cada um dos contratos)⁴⁸.

Essa contratação coligada – que implica dependência, colaboração, atingimento de objetivo negocial comum e potencial de desequilíbrio sistêmico – gera efeitos jurídicos relevantes e em diferentes esferas, notadamente, no campo das obrigações. Apesar de estruturalmente diferentes, em razão do nexos funcional-econômico, a constituição e execução de contratos coligados pode interferir nos planos da validade e eficácia.

Concretamente, a contratação coligada pode levar à derrogação de normas de um dos contratos tipo. Pode interferir no regime de responsabilidade daqueles que integram a coligação. A existência de maior ou menor controle ou dependência e compartilhamento de riscos e ganhos ganham importância para delimitação desse regime. Nas palavras de Ricardo Lorenzetti,

[t]odos los integrantes de una red contractual tienen en obligación de colaborar en el funcionamiento del sistema, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento de mismo. Aquí, la causa asociativa del negocio grupal se hace presente, se solidifica, para fundar una pretensión de colaboración [...]. Así todos deben obrar de modo tal que no destruyan el sistema⁴⁹.

Sumarizando as principais consequências da coligação, Marino preceitua que a coligação contratual influenciaria (i) na interpretação, ensejando a análise conjunta dos

⁴⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 26.

⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

contratos⁵⁰; (ii) na qualificação; (iii) na derrogação do regime jurídico típico; (iv) no plano da validade; e (v) no plano da eficácia⁵¹.

E, configurada a contratação coligada durante a execução dos contratos que a compõem, as partes estarão sujeitas a deveres laterais e sistêmicos. Fundamentalmente, deverão cooperar para que a coligação se desenvolva e possa atingir seu fim concreto econômico-social. Nas palavras de Leonardo:

os deveres laterais de conduta imputáveis às partes integrantes de uma conexão contratual reverberam para além dos contratos particulares. Exigem-se comportamentos compatíveis não apenas nas relações contratuais singulares, mas, sobretudo, nas relações determinadas pela conexão. Daí ser possível afirmar que nos contratos conexos devem ser observados deveres laterais sistemáticos⁵².

Nesse contexto de máxima complexidade, cooperação, múltiplas interligações e constituição de deveres laterais, os institutos da boa-fé objetiva e função social do contrato cumprem papel fundamental, sobretudo para atribuir juridicidade e força vinculante a tais deveres e, ao mesmo tempo, impedir excessos, assegurando o lícito funcionamento da coligação, conforme originalmente programado⁵³. Logo, em adição ao instituto da coligação, antes de avaliar como essa se operacionaliza, é preciso identificar os “terceiros-contratantes” (subseção 4.2) e compreender de que modo os princípios da função social dos contratos (subseção 4.3) e da boa-fé objetiva (subseção 4.4) se concretizam, modificando e gerando deveres supracontratuais ou sistêmicos.

⁵⁰ Para Teyssie, os contratos em grupo “interpretam-se uns pelos outros, sendo o sentido de cada um atribuído mediante a consideração do grupo como um todo. [...] Com efeito, não é raro que cláusulas de um contrato sejam “completadas” por dispositivos contidos em contratos coligados”. (TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contracts*. p. 209-211 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 148).

⁵¹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 145.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 26.

⁵³ “Não obstante as críticas ao art. 421 do Código Civil, muitas delas severas e corretas, não há espaço para dúvidas que o dispositivo focou a perspectiva funcional aos contratos, usualmente esquecida ou diminuída por um enfoque estrutural”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 24).

4.2 OS DIFERENTES TIPOS DE TERCEIROS E OS EFEITOS CONTRATUAIS A ELES APLICÁVEIS

As contratações complexas possuem aptidão para afetarem terceiros, de modo que compreender os diferentes tipos de terceiro e como se relacionam com tais contratações é relevante para a solução de problemas dela decorrentes. De acordo com Marino,

[t]erceiros em relação ao contrato são todos aqueles que não participaram de sua formação. Há, contudo, diversos tipos de terceiros, conforme a sua maior ou menor proximidade em relação ao contrato. Sem pretensão de trazer todos eles, destaca-se, em primeiro lugar, o *penitus extraneus*, ou terceiro completamente alheio ao contrato e à relação contratual. Por outro lado, há os terceiros em relação ao contrato que são, não obstante, partes da relação contratual (é o que pode ocorrer, v.g., na estipulação em favor de terceiro⁵⁴. (grifo original)

Entre a categoria dos terceiros alheios ao contrato e a categoria das partes da relação contratual, situa-se a dos terceiros interessados. O terceiro interessado não é parte, mas “detém posição jurídica afim a uma das posições jurídicas das partes” ou está em “situação tal que o suceder de acontecimentos no interior da relação obrigatória pode claramente lhe provocar efeitos prejudiciais”⁵⁵.

Luciano de Camargo Penteado, por seu turno, propõe que

a partir dos conceitos fundamentais de contrato, relação contratual, parte e terceiro [...] [existe o] terceiro estranho, [o] terceiro parte da relação contratual, [o] terceiro interessado, [o] terceiro com direito oponível (e, por contraste, também o inoponível) e, finalmente, [o] terceiro vinculado pela boa-fé objetiva (protegido ou onerado)⁵⁶.

Confirmando essa existência de diferentes tipos de terceiros nos contratos conexos com diversidade de partes, a depender de sua maior ou menor proximidade com o negócio jurídico, Carlos Nelson Konder, de modo similar a Marino e Penteado, esclarece que

surge a figura do ‘contratante-terceiro’, ‘parte por equiparação’, ou ‘simples parte’, que é aquele que, posto não configurar parte no sentido estrito oferecido pela análise do negócio isolado, constitui figura jurídica integrante do regulamento de interesses estabelecido por meio dos contratos conexos⁵⁷.

⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

⁵⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

⁵⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 40.

⁵⁷ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 246.

Explicada a diferença entre terceiros, Penteado apresentou importantes considerações em sua obra “Efeitos Contratuais perante Terceiros”, as quais, se estendidas às relações havidas nos arranjos de pagamento e estudadas em conjunto com os contratos coligados, podem fornecer subsídios fundamentais para delimitação de responsabilidades. Do estudo realizado pelo autor, é possível extrair as seguintes conclusões pertinentes à resolução do problema sob análise:

- a) o terceiro não é parte do contrato no momento da declaração negocial, mas pode vir a ser parte de relação jurídica decorrente do negócio pactuado por outros sujeitos. Mesmo não sendo parte, e independentemente da declaração de vontade dos sujeitos envolvidos, o terceiro poderá integrar a relação contratual no plano da eficácia⁵⁸;
- b) há terceiros que estão, direta ou indiretamente, previstos no contrato⁵⁹;
- c) houve um alargamento do conceito de parte, que poderá abranger terceiros a depender da dinâmica das relações obrigacionais⁶⁰;

⁵⁸ “Designada espécie de terceiro seria formada, portanto, por sujeitos que não são parte no momento de formação da declaração negocial. Entretanto, em momento temporal ou logicamente distinto, passam a ingressar como parte, não do negócio, já formado, mas da relação jurídica, ou seja, integram o negócio diretamente no plano da eficácia. Existiria, assim, uma espécie de ‘terceiro-parte’, que integra a relação jurídica obrigacional voluntária, mas que não é parte do contrato como negócio. Os ‘terceiros parte’ da relação jurídica têm posições jurídicas de causa contratual sem serem partes do negócio jurídico no momento de sua formação. São sujeitos ativos ou passivos de relações obrigacionais contratuais sem serem sujeitos do negócio jurídico causa. Tal fenômeno só é possível pela distinção dogmática entre plano de existência e o plano da eficácia do negócio jurídico”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37).

⁵⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 126.

⁶⁰ “O terceiro, com o conceito que se elabora tomando como ponto inicial a noção de parte, adquire, assim, a virtualidade de reconduzir e reformular a própria noção de parte, para assumi-la num gênero maior, que seria aquele integrado por concretas situações jurídicas que se inserem na dinâmica das relações obrigacionais”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 209).

- d) a relação contratual pode se expandir para abarcar terceiros, conferindo proteção ou garantia do patrimônio desses, independentemente da declaração de vontade do terceiro e das partes do negócio originalmente firmado⁶¹;
- e) os deveres contratuais de proteção ou de garantia ao patrimônio de terceiros não afetariam ou beneficiariam todo e qualquer terceiro. Os terceiros beneficiados precisariam ter alguma proximidade com o contrato firmado⁶²;
- f) a ampliação dos deveres contratuais depende da observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade. Se a propositura de ação de responsabilidade civil for suficiente para resolver o conflito, não será preciso invocar responsabilização contratual⁶³;
- g) a responsabilidade contratual eventualmente não precisará ser acionada, uma vez que o sistema brasileiro adota cláusula geral de responsabilização aquiliana (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002). Há, entretanto, vantagem em obter a responsabilização pela via contratual, porque discussões complexas relativas à culpa ou ao nexo de causalidade poderão ser evitadas ou ao menos contidas. Nas ações promovidas por

⁶¹ “A relação contratual, um dos efeitos mais marcantes do contrato, na presença de outros fatos jurídicos em sentido amplo, pode extravasar das partes contratantes e abraçar outros sujeitos de direito” [...] “Daí poder se falar da criação de uma relação jurídica contratual sem declaração de vontade, não só do terceiro, o que já se admite na figura da estipulação a favor de terceiro, mas prescindindo mesmo de declaração de vontade o obrigado, no caso, a seguradora”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 212).

⁶² “Portanto, existem terceiros a quem se imputam direitos e deveres laterais de conduta, ou seja, os deveres derivados da concreção da cláusula geral de boa-fé objetiva. Assim, certos terceiros necessitam star sob a proteção e cuidados das partes ao desempenharem sua prestação. Por um lado, esse comportamento, perante o terceiro, propriamente falando não é o cumprimento de obrigação, mas respeito ao direito de ter atenção à sua pessoa e ao patrimônio.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51).

⁶³ “No campo do terceiro, a razoabilidade e a proporcionalidade serão sempre mais amplamente avaliadas quando da tutela, já a necessidade é menos relevante por conta da voluntariedade, nos casos de terceiro declarado. Nos demais, também é relevante verificar se aquele meio de tutela – atribuição de efeito perante terceiro – adquire sentido de necessidade, ou seja, impõe-se como medida de justiça. Entretanto, o tribunal ou juiz deve levar em conta a necessidade por um raciocínio de exclusão, ou seja, verificado se não existe modo residual de tutela, por exemplo, através de ação de responsabilidade civil. Sempre que o ordenamento permitir o ajuizamento da ação de responsabilidade civil, não haverá necessidade de se postular uma ação contratual voluntária para a proteção do terceiro, por conta de que se estaria duplicando fontes obrigacionais. Daí que um dos pressupostos que a proporcionalidade imponha para a tutela do terceiro é a inexistência de mecanismos de tutela de outros, como as cláusulas gerais de responsabilidade civil (arts. 186, 187 e 927, CC). Isso em sentido próprio, pois certos terceiros podem ter seus interesses garantidos pela responsabilidade aquiliana, como é o caso do efeito protetivo.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 249).

vítimas de segurados diretamente contra as seguradoras, por exemplo, já se pacificou o entendimento de que aquelas possuem legitimidade e, com fundamento contratual, afasta-se a necessidade de discutir culpa da seguradora, o que é bastante vantajoso para o terceiro prejudicado⁶⁴;

- h) é preciso avaliar, caso a caso, se o risco de se tutelar terceiro foi, direta ou indiretamente, previsto na repartição de riscos do negócio;
- i) a assimetria de poder econômico e de informação de mercado devem ser levadas em conta na valoração do *pacta sunt servanda*.

A propósito, na expressão proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, “os fatores de atribuição de eficácia mais extensa” aos negócios jurídicos dilatam o campo de atuação contratual, podendo albergar terceiros⁶⁵. Portanto, o maior ou menor envolvimento ou, em outros termos, maior ou menor proximidade à contratação coligada modifica a qualidade da pessoa em análise⁶⁶. De terceiro totalmente alheio, essa pessoa pode até mesmo vir a ser considerada “parte equiparada”, “terceiro-contratante” ou “terceiro interessado”. E essa qualificação, como explorado no próximo capítulo, importa para o processo obrigacional.

4.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MODIFICADORA E GERADORA DE DEVERES CONTRATUAIS

O contrato é instrumento destinado à satisfação das necessidades por bens e serviços. Na essência, possui papel econômico e, cada vez mais, é celebrado em conjunto com outros contratos⁶⁷. Leonardo reconhece e descreve que “o conjunto contratual exerce uma função

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 444.716/BA. [...] A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente [...]. Recorrente: ITAU SEGUROS S/A. Recorrido: JOÃO PEDRO SOARES DE CARVALHO. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, 11 de maio de 2004. **Diário de Justiça**, [Brasília], p. 300, 31 maio 2004.

⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁶ Citando Lener, Marino concluiu que “em se tratando de coligação entre contratos com partes diversas, cada contratante, enquanto “parte da operação global”, não pode ser tido como terceiro em relação ao contrato do qual não é parte formal”. (LENER, Giorgio. Profili del collegamento negoziale. p. 218 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74).

⁶⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014. p. 55.

social diversa daquela que é própria aos contratos singulares que se encontram vinculados”, sendo que “é justamente na perspectiva funcional que a conexão contratual em sentido estrito se apresenta ao intérprete”⁶⁸.

O Código Civil (2002), por meio do *caput* e parágrafo único de seu artigo 421, determina que a “liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato”. Ainda, “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Emilio Betti se refere à estrutura por “forma e conteúdo (o como e o quê) e à função por (o porquê)”⁶⁹. Como mencionado no tópico 4.1, a contratação coligada apresenta uma conexão entre contratos, com o surgimento de uma causa sistemática e propósito comum. Tal tem como efeito principal a imposição de deveres laterais aos participantes da coligação, destinados a resguardar a finalidade comum desse sistema contratual.

Segundo Leonardo, “a função social do contrato insere-se dentro de uma perspectiva de funcionalização dos institutos de direito privado que, em verdade, não é propriamente inovadora”⁷⁰. Tradicionalmente, o Direito Civil passou a atuar com base em modelos estruturalmente abstratos, alheios às causas econômicas e sociais, diminuindo, dessa forma, a importância de sua função para celebração e execução dos negócios jurídicos, por exemplo. A teoria dos contratos debruçou-se e privilegiou o binômio sujeito de direito e direito subjetivo.

Essa estratégia estrutural se mostrou bastante útil para dar previsibilidade e operabilidade jurídica aos diversos negócios firmados. No entanto, com a proliferação de negócios cada vez mais complexos, esse enfoque puramente estrutural se mostrou insuficiente. Analisar a função dos institutos utilizados e, especialmente, como ela influi em sua estrutura e execução, parece ser fundamental para dar resposta aos desafios impostos pelas formas complexas de contratação.

Nas palavras de Leonardo, “o próprio esforço em tentar conceituar a função do social do contrato, mediante a mesma metodologia dedutiva racional e abstrata, acaba sendo incompatível com a técnica legislativa que conduziu à positivação do art. 421 no CC brasileiro”. Ainda assim, é possível concluir que “a função social do contrato apresenta-se como uma

⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 24.

⁶⁹ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. t. 1. p. 333 *apud* KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos**: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1315-1330. p. 1326.

cláusula geral cujo sentido e cujas possibilidades não são dadas, mas, muito pelo contrário, pretendem ser construídas mediante o ingresso de elementos metajurídicos no sistema de direito privado”⁷¹.

Do ponto de vista da técnica legislativa, segundo Judith Martins-Costa,

[a] cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema⁷².

De acordo com Calixto Salomão Filho, a função social se descola do tradicional conceito de propriedade e passa a influir em outros campos do Direito, objetivando proteger grupos de interesses específicos afetados⁷³. Assim como ocorreu no passado com a função social da empresa, o autor propõe que o conteúdo da função social do contrato seja preenchido. Para tanto, pondera que a função social

introduz a obrigação na estrutura do direito subjetivo [...]. [E]m matéria de contratos o interesse desloca-se para a precisa definição desses efeitos sociais, que nada mais são que a identificação dos interesses de terceiros dignos de tutela e passíveis de serem afetados pelas relações contratuais⁷⁴.

Aplica-se para identificação desses terceiros, que não são todo e qualquer terceiro, a teoria das garantias institucionais. Para o seu uso, requer-se o reconhecimento de um grupo determinado e lesão a esse:

[a]s garantias institucionais [...] são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não. [...] Em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. [...] Finalmente, os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social⁷⁵.

⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1315-1330. p. 1.329.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 303.

⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 659.

⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 659-660.

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 670.

O interesse institucional deve ser diverso dos interesses individuais somados. Ainda segundo Calixto Salomão Filho, “toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato”⁷⁶. Adverte o autor que

[o] destaque do interesse individual necessário para tornar o interesse envolvido digno de tutela através da função social não é meramente quantitativo. Isto é, não é a composição mais ou menos numerosa de um grupo afetado que fará, por si só, que o contrato possa ser relativizado. A própria origem publicista do termo função social (inicialmente, como visto, identificada a interesse estatal) faz com que, mesmo transformando, o termo se aplique a interesses que transcendem o individual. [...] A função social obriga, portanto, a uma individualização de cada uma das obrigações do contrato e a verificação de sua compatibilidade com o conceito supradefinido, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes⁷⁷.

Das lições de doutrina aplicadas às coligações contratuais, pode-se concluir que a função social do contrato depende fundamentalmente da identificação de seu fim concreto e dos interesses sistêmicos envolvidos – se institucionais ou não –, os quais são diferentes da mera soma dos interesses e obrigações isoladamente considerados em cada um dos contratos que integram a coligação. Envolve também a identidade das partes e potenciais terceiros envolvidos (e sua maior ou menor proximidade com a coligação), bem como a intensidade da coligação e consequências decorrentes da execução da coligação implementada.

Especificamente sobre o objetivo da coligação, Marino ponderou que “o ‘fim último’ deve objetivar-se, passando a integrar o conteúdo do contrato ou o ‘campo contratual (*champ contractuel*)’”. O autor sugere critérios para distinguir fim do contrato dos meros motivos: (i) não basta que determinado interesse de uma das partes seja conhecido pela contraparte; (ii) o interesse, além de conhecido, deve ser levado em conta para celebração do negócio; e (iii) o interesse deve ter sua satisfação prometida, expressa ou tacitamente. A incorporação dos interesses ao conteúdo do contrato, por meio de um acordo expresso ou tácito, permitiria, assim, distinguir o fim concreto (causa concreta) do mero motivo, colaborando decisivamente para a composição do próprio sinalagma⁷⁸.

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 677.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 678.

⁷⁸ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 158-159.

Em concreto, ao lado da boa-fé, que atua especialmente na relação entre partes, a função social, que possui forte atuação externa⁷⁹, pode justificar a constituição de normas vinculativas⁸⁰. Essa não se dá de forma primária, mas permite a integração e a extensão de normas sistêmicas coerentes com o fim contratual eleito pelas partes⁸¹.

Nessa mesma linha, Cláudio Luiz Bueno de Godoy admite que a função social enseja uma eficácia positiva, inclusive perante terceiros. O autor chega ao ponto de justificar a imposição de obrigações, tais como o dever de contratar e a manutenção de contratos já firmados⁸².

Após analisar decisões judiciais dos tribunais brasileiros, Tomasevicius identificou que “a função social do contrato tem sido aplicada não apenas na modificação dos termos do contrato, mas também na sua execução, com o intuito de atenuar seus efeitos do cumprimento rigoroso das cláusulas contratuais”⁸³. O autor enumerou alguns dos deveres positivos e negativos que a função social pode implicar:

⁷⁹ “A fattispecie de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a fattispecie nas relações contratuais internas (i.e. entre as partes do contrato)”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679. p. 678).

⁸⁰ A função social do contrato refere-se apenas à produção dos efeitos perante terceiros ou entre terceiros e as partes, porque problemas entre as partes deveriam ser solucionados pelo princípio da boa-fé. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 48, 137).

⁸¹ “Daí a conclusão de que os princípios da função social do contrato, e da boa-fé objetiva, preconizados pelo novo Código Civil dentro da sistemática das cláusulas gerais, não devem ser vistos como fontes normativas primárias, salvo apenas quando atuam em caráter integrativo, impondo deveres acessórios, a par das obrigações convencionadas pelas partes. Não se prestam, por isso, a permitir que o juiz interfira na economia do contrato, para implantar uma nova equação econômica diversa da que foi negociada pelo acordo de vontades, a não ser em situações tipificadas pelo legislador (como, v.g., a da lesão e da onerosidade excessiva superveniente), e desde que haja vontade revisional adequadamente manifestada, nos termos do direito positivo. No comum dos casos, as referidas cláusulas gerais são vistas apenas como representativas de valores a serem empregados em operações de interpretação da vontade negocial emitida pelos contratantes.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 133).

Vale destacar ainda outra classificação, a qual aponta que a função social do contrato produziria eficácia interna, ao atuar sobre normas jurídicas, dando concretude ou interpretando-as, e eficácia externa, ao bloquear determinados efeitos produzidos pelo contrato, na imposição de atendimento a certos interesses, ainda que contra a vontade de uma das partes, como nos caso em que envolvam moradia, educação, pelo fato de o Estado ter escolhido interesses contratuais em razão de sua importância para o bem comum. O contrato que não cumpre sua função social pode ser anulado no todo ou em parte pelas regras existentes sobre nulidade e anulabilidade, ou pode ser anulado pela própria aplicação da norma referente à função social do contrato, como espécie de “nulidade virtual. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014. p. 65).

⁸² “Vislumbra-se mesmo uma eficácia positiva no princípio da função social quando se tomam hipóteses de obrigatória contratação ou, ainda, de manutenção de serviços contratados não obstante diante de causa que, normalmente, determinaria sua resolução. [...] A eficácia social do contrato faz projetar seus efeitos diante de terceiros, de novo a realçar a operatividade e a concretude que o princípio em tela vem a ostentar”. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156).

⁸³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014. p. 70.

- (1) dever de respeitar a sua finalidade como meio de satisfação das necessidades das partes;
- (2) dever de não prejudicar terceiros com os efeitos produzidos pelo contrato;
- (3) dever de produzir vantagens à sociedade; e
- (4) dever de terceiros respeitarem o contrato como instituição, abstendo-se de interferir em seus efeitos ou de concorrer para seu inadimplemento⁸⁴.

Os modernos atributos da função social do contrato, em consequência, permitem ao operador do Direito responder problemas novos e sem respostas claras na legislação em vigor. Ainda, possibilita atribuir juridicidade às soluções invocadas. Entretanto, sua aplicação não pode servir para prolação de decisões arbitrárias ou julgamentos que desvirtuem a própria coligação e a essência do programa acordado pelas partes.

Se é verdade que a parte contratante não pode se valer de omissões ou da complexidade contratual para obter vantagem abusiva às custas do funcionamento do próprio sistema contratual, é também verdade que eventuais correções não podem atrair o pêndulo para o lado oposto. Não se pode, sob o pretexto de aplicar a “função social”, desconfigurar o programa econômico e negocial previamente estabelecido. A função social do contrato não se confunde com assistência social ou distribuição equitativa de recursos⁸⁵.

Humberto Theodoro Júnior defende enfaticamente que o juiz não pode transformar o contrato em algo diferente daquilo que as partes acordaram, desvirtuando sua função natural e econômica⁸⁶. O autor preceitua que

nessa perspectiva, pode-se afirmar que a função social não se apresenta como meta do contrato, mas como limite da liberdade do contratante de promover a circulação dos bens patrimoniais (Código Civil art. 421). Mas como um limite que interfere

⁸⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014. p. 57.

⁸⁵ “A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de “assistência social”. [...] O instituto é econômico e fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei. Reconhece-se, modernamente – repita-se – que a liberdade de contratar deve-se comportar dentro da função social do contrato. Mas, que função social maior pode ter o contrato senão aquela que justifica sua existência: servir à circulação de riquezas, proporcionando segurança ao tráfego do mercado”. Primeiro, portanto, tem de reconhecer-se a função natural e específica do instituto jurídico dentro da vida social; depois é que se pode pensar em limites dessa natural e necessária função”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 120).

⁸⁶ “O contrato pode ser invalidado por ofensa aos limites da função social. Não pode, entretanto, ser transformado pela sentença, contra os termos da avença e ao arrepio da vontade negocial, em instrumento de assistência social. Impossível é determinar, que se preste gratuitamente o que se ajustou oneroso. Nem tampouco se admite exigir, pelo mesmo preço, prestação maior ou diversa da que se contratou. Isto equivaleria a um confisco dos valores econômicos a que o contratante tem direito, segundo a ordem econômica tutelada pelo sistema constitucional vigente”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 121).

profundamente no conteúdo do negócio, pelo papel importante que o contrato tem de desempenhar na sociedade⁸⁷.

Positivando e confirmando essa corrente doutrinária, a Lei nº 13.874/2019 (Lei de Direitos de Liberdade Econômica), modificou substancialmente o antigo artigo 421 do Código Civil de 2002 para deixar claro, em seu parágrafo único, que “prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Diante disso, Rennan Thamay, Vanderlei Garcia Junior, Paulo Victor Oliveira Queiroz e Giselly Prado Silva opinam que:

buscou a LLE referendar, nas relações civis, a liberdade máxima e a mínima intervenção do Estado (dirigismo contratual), substituindo a “liberdade de contratar” (assim entendida como a possibilidade de se escolher como quem contratar, de maneira ilimitada), instituindo a “liberdade contratual” (escolha do conteúdo dos contratos), esta última exercida e limitada pela função social do contrato, prevalecendo nas relações privadas o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão dos contratos. Concretiza, no Código Civil, o princípio da livre iniciativa e seus princípios do art. 2^o⁸⁸.

Leonardo de Faria Beraldo, por seu turno, confirmou que, pelo parágrafo único, houve um reforço “do que deveria ser – e não vem sendo –”, mas não reconhece na modificação implementada uma novidade jurídica propriamente dita⁸⁹. Em sentido parecido, Gerson Luiz Carlos Branco, Marina Fink e Kelvin Maggi consideram que, em que pese a redação do artigo 421 tenha sido modificada, isso não influenciará seu conteúdo, “pois a interpretação jurisprudencial nunca levou em consideração “em razão” suprimida pelo novo texto legal⁹⁰.”

Em suma, tendo as partes contratantes optado por assumir riscos, o Estado não pode interferir para modificar totalmente a matriz desenhada por elas. Pode e deve, contudo, agir

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 122.

⁸⁸ GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; SILVA, Giselly Prado; THAMAY, Rennan. **A função social do contrato**: atualizado de acordo com a lei de liberdade econômica (Lei nº 13.874/2019) e o regime jurídico emergencial de direito privado (Lei nº 14.010/2020). São Paulo: Almedina, 2021. p. 62.

⁸⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. Os 18 anos da função social do contrato. *In*: BARBOSA, Henrique. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Coords.). **A evolução do Direito Empresarial**: os 18 anos do Código Civil – Obrigações e Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 307-350. p. 314.

⁹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, FINK, Marina, MAGGI, Kelvin. A cláusula geral da função social dos contratos. *In*: PIZA, Paulo Luiz de Toledo; TZIRULNIK, Ernesto (Coords.). **Direito do Seguro Contemporâneo**. São Paulo: Roncarati, 2021. p. 87-106. p. 93.

para corrigir eventuais abusos, identificáveis à luz das características do próprio negócio que se pretende intervir⁹¹.

Nessa tarefa, é fundamental entender os fundamentos econômicos subjacentes, mapear e considerar as relações jurídicas e suas naturezas, o comportamento das partes, bem como as expectativas criadas. Tudo isso para permitir que o fim da contratação e o sinalagma sistêmico sejam preservados.

A função social do contrato, enfim, deve ser usada com parcimônia, evitando-se paternalismos. Deve assegurar a cooperação, corrigindo excepcionalmente falhas do mercado quando essas impedem que os contratos cumpram sua finalidade econômico-jurídica⁹².

4.4 A BOA FÉ OBJETIVA COMO MODIFICADORA E GERADORA DE DEVERES CONTRATUAIS

O princípio da boa-fé objetiva traz a ideia de solidarismo previsto pela Constituição Federal de 1988 (artigos 3º, I, e 170, *caput*). De acordo com o Código Civil de 2002, notadamente seu artigo 422, a boa-fé condiz com a ideia de um *standard*, um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração, que se espera e se exige dos contratantes.

Antes mesmo de ser positivada, a boa-fé já estava presente e deu, em certa medida, origem à responsabilidade pré-contratual, segundo a qual a parte deve agir de forma leal, sem causar danos à contraparte. Deve informá-la, ainda, sobre os elementos do negócio, sem causar-lhe riscos que poderia evitar, bem como não criando expectativas de que o negócio se realizaria e posteriormente (e injustificadamente) frustrar tal expectativa⁹³.

A expansão da conceituação e da aplicação do princípio da boa-fé objetiva se deu como uma exigência da eticização das relações jurídicas. Sua maior aplicação na seara do direito das obrigações decorre do pressuposto de que a relação contratual é uma relação jurídica complexa

⁹¹ “Sendo o contrato um instituto antes de tudo econômico, a limitação de seu emprego a uma função social não pode ser feita de maneira a inutilizar ou reduzir o papel que cumpre desempenhar no mercado. A análise da função social, in casu, só será legítima se procedida de maneira interdisciplinar, nunca de forma puramente jurídica, sob pena de, a pretexto de tutelar interesses de partes supostamente frágeis, chegar-se a resultados coletivos muito mais nocivos e intensos, no âmbito econômico, do que os benefícios individualmente proporcionados a quem se endereçou, de forma inadequada, a apelidada tutela social do contrato”. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos, FINK, Marina, MAGGI, Kelvin. A cláusula geral da função social dos contratos. In: PIZA, Paulo Luiz de Toledo; TZIRULNIK, Ernesto (Coords.). **Direito do Seguro Contemporâneo**. São Paulo: Roncarati, 2021. p. 87-106. p. 103).

⁹² BRANCO, Gerson Luiz Carlos, FINK, Marina, MAGGI, Kelvin. A cláusula geral da função social dos contratos. In: PIZA, Paulo Luiz de Toledo; TZIRULNIK, Ernesto (Coords.). **Direito do Seguro Contemporâneo**. São Paulo: Roncarati, 2021. p. 87-106. p. 104-105.

⁹³ Conforme anotações do autor em aula do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

e dinâmica, em que as partes não se vinculam apenas à prestação principal, mas também a deveres instrumentais capazes de garantir sua melhor consecução e adimplemento⁹⁴.

A boa-fé objetiva tem por papel, ainda, assegurar às partes contratações mais justas e solidárias. Impõe, assim, aos contraentes (i) o dever de informar, desde a fase pré-contratual, para que o contrato seja transparente; (ii) dever de lealdade, evitando – principalmente em relação à parte mais forte – que haja abuso contra o hipossuficiente; (iii) dever de coerência, rejeitando limitações de responsabilidade que firam a natureza ou causa objetiva do contrato; (iv) dever de assistência, segundo o qual a parte deve aconselhar a contraparte, possibilitando-lhe maior proveito do contrato; e (v) dever de ingerência, advertindo a contraparte sobre algum erro na execução ou sobre seu inadimplemento, evitando maiores prejuízos⁹⁵.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁶, há três funções básicas para a boa-fé objetiva: (i) interpretativa, (ii) supletiva; e (iii) corretiva (ou de controle). A primeira implica a busca não da vontade de (cada) uma das partes, mas do consenso entre ambas, aquilo que tenha sido intenção comum, objetivada no ajuste (a vontade contratual). Para tanto, o intérprete deve se valer de elementos do próprio contrato (*e.g.*, lugar de celebração, qualificação das partes) ou extracontratuais (*e.g.*, comportamento das partes). Trata-se de interpretação autêntica.

Desde o Código Civil de 1916, já havia previsão de que o intérprete deveria se preocupar mais com a intenção das partes (*i.e.*, vontade real) do que com as declarações de vontade propriamente ditas (sentido literal). Por outro lado, há também a interpretação voltada à busca do sentido em si das cláusulas contratuais, ditadas por preceitos interpretativos, tais como a boa-fé objetiva, a conservação do contrato e do equilíbrio da prestação e contraprestação: interpretação objetiva.

Além de ajudar na interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva cria deveres acessórios, laterais ou secundários (instrumentais), independentemente da vontade. De acordo com Clóvis do Couto e Silva, “a prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade”⁹⁷. Ainda segundo o autor, outros deveres surgem

desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal⁹⁸.

⁹⁴ Conforme anotações do autor em aula do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

⁹⁵ Conforme anotações do autor em aula do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

⁹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Boa fé objetiva nos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615-624.

⁹⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

⁹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

Por fim, o autor destaca que os deveres laterais são dependentes da prestação principal e, por isso, não são autonomamente exigíveis⁹⁹.

Antunes Varela também separa os deveres principais (ou típicos) dos secundários (ou acidentais). Os primeiros definem o núcleo, o tipo da relação, enquanto os segundos servem tanto para preparar/assegurar o cumprimento da prestação principal, como também das complementares (*e.g.*, dever indenizatório resultante do cumprimento defeituoso da prestação principal)¹⁰⁰.

No entendimento de Judith Martins-Costa, os deveres secundários (ou laterais) incidem mesmo sem previsão contratual, na medida em que decorrem da função supletiva da boa-fé objetiva. Isto é, os contratos não podem mais ser vistos apenas sob o aspecto da prestação principal que os caracteriza¹⁰¹.

São exemplos de deveres laterais: (i) o dever de cuidado; (ii) o dever de segurança; (iii) dever de aviso; (iv) o dever de informação; (v) o dever de cooperação¹⁰². Ainda que não expresso no artigo 422 do Código Civil de 2002, tanto a boa-fé objetiva, como os deveres secundários por ela “criados” nascem antes e perduram até depois do contrato.

Por outro lado, em sua função corretiva, a boa-fé objetiva serve ao controle das chamadas cláusulas abusivas. Já na supletiva, assume papel de instrumentalidade e se une ao princípio da função social do contrato, limitando direitos subjetivos e garantindo que a relação contratual se desenvolva de modo a prestigiar os valores que dão conteúdo à sua função social. Seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte ou se valha do seu próprio inadimplemento (vedação ao *venire contra factum proprium*). Não se veda a contradição propriamente dita, mas a quebra da justificada confiança que a conduta anterior criou¹⁰³.

Menezes Cordeiro, ao tratar do papel da boa-fé na proteção de terceiros, ponderou que “dentro destes parâmetros, pode enunciar-se o sentido da eficácia protectora de terceiros: certos contratos compreenderiam entre os seus efeitos, determinados deveres a cumprir perante

⁹⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 35.

¹⁰⁰ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

¹⁰² Conforme anotações do autor em aula do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

¹⁰³ Conforme anotações do autor em aula do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

peças à sua celebração”. Nessa linha protetiva da boa-fé, o mesmo autor defende a proteção da posição jurídica daquele que confiou no contratante e sua luta contra o formalismo¹⁰⁴.

Por sua vez, Leonardo destaca que “em especial a cláusula geral da boa-fé objetiva justifica o surgimento, nos contratos conexos, de deveres para contratuais ou sistemáticos voltados a ordenar os diversos contratos para ao alcance dos objetivos próprios ao sistema”¹⁰⁵. Em suma, a boa-fé objetiva poderia agir internamente sobre as relações jurídicas que estruturam os arranjos de pagamento para modificar a estrutura dos deveres principais e criar deveres acessórios. O dever de proteção do patrimônio de terceiros é um desses.

A aplicação da boa-fé objetiva, contudo, assim como no caso da função social do contrato, não pode se dar ao absoluto arbítrio do juiz. Para Antonio Junqueira de Azevedo, em sua aplicação é preciso buscar *standards* (padrões). No direito norte-americano, por exemplo, admite-se a contratualização desses *standards*, ditando válida e eficazmente quais tipos de deveres laterais as partes estarão sujeitas; já no direito holandês, alude-se ao “espírito” do próprio direito do país e conforme o interesse das partes, combinado com o interesse coletivo¹⁰⁶.

Nesse mesmo sentido de propor diretrizes para aplicação da boa-fé objetiva, Menezes Cordeiro preceitua não ser possível, em termos abstratos, determinar áreas impunes à boa-fé. Ela seria suscetível de colorir toda zona de permissibilidade, atuando consoante as circunstâncias ou não. A boa-fé reduziria “a margem de discricionariedade da atuação privada, em função de objetivos externos”. É instrumento para evitar comportamentos prejudiciais estranhos à produção dos efeitos jurídicos visados. Concretamente, a parte mais forte não pode abusar de sua posição jurídica para infligir contrato desfavorável à contraparte¹⁰⁷.

Pentead, por seu turno, para que o papel da boa-fé sobre terceiro não se estenda demasiadamente, preceitua que

seria necessária uma proximidade do terceiro com o objeto do contrato, ou seja, que, de algum modo, o vínculo obrigacional interfira sobre seu comportamento, positiva ou negativamente. Ordinariamente, tal interferência será verificada *ex post*, quando

¹⁰⁴ “A proteção da confiança opera mercê de preceitos específicos ou, em termos gerais, através da boa fé, reunidos certos requisitos; o seu regime tende para a preservação da posição do confiante.” [...] “No conteúdo material da boa fé surge, como segundo princípio, o da materialidade da regulação jurídica, historicamente detectável na luta contra o formalismo”. (CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1953. p. 621, 1.299).

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 26.

¹⁰⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Boa fé objetiva nos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615-624. p. 616.

¹⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1953. p. 649, 660.

da verificação de uma situação conflitiva. De qualquer forma, uma primeira restrição conceitual que se poderia fazer é afirmar que o terceiro protegido ou onerado deve apresentar alguma relação com uma das partes na fase de cumprimento do contrato, ou seja, no desenrolar do vínculo obrigacional rumo ao adimplemento. A hipótese de violação ao dever de terceiro, portanto, guarda relação com a noção de cumprimento do contrato¹⁰⁸.

Em conclusão, a boa-fé objetiva constitui fundamento para o surgimento de deveres contratuais. Contudo, esses deveres não são ilimitados e arbitrários. Devem observar *standards*.

4.5 O GERENCIAMENTO DE RISCO NO DIREITO PRIVADO E SEU IMPACTO SOBRE O REGIME DE RESPONSABILIDADE

Conforme explicado por Wanderley Fernandes, citando Frank H. Knight, risco não é o mesmo que incerteza. Risco é a incerteza mensurável: “[é] exatamente de acordo com esse modelo quantitativo que os agentes econômicos procuram gerenciar o risco, ou seja, quantificá-lo e mitigá-lo com base nas informações disponíveis no momento da decisão”¹⁰⁹. O risco e comportamento esperado das partes podem ser examinados a partir de dois enfoques: o econômico e o legal. Segundo Fernandes,

no Direito aplicamos a medida do homem prudente ou bom pai de família que, racionalmente, persegue o melhor para si e para os seus. Na economia, toma-se como pressuposto o agente racional que busca sua satisfação medida pelo lucro. [...] Em termos contratuais, sendo o risco mensurável, as partes poderão distribuí-lo e alocá-lo segundo alguns critérios objetivos e subjetivos, de acordo com o maior apetite ao risco das partes contratantes¹¹⁰.

Em contratações coligadas, os riscos podem ser concentrados em um ou poucos participantes ou distribuídos entre todos. A depender da eficiência ou ineficiência dessa alocação, o sistema contratual e negocial implementado pela coligação poderá gerar segurança a todos os integrantes ou desequilíbrios.

A boa ou ótima alocação passa pela objetivação do risco do sistema contratual implementado e pelos componentes desse risco. Do ponto de vista econômico, deve-se ter em vista três aspectos fundamentais: (i) quanto mais informação tiverem, melhor os agentes

¹⁰⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 183.

¹⁰⁹ KNIGHT, Frank H. Risk, uncertainty and profit. p. 233 *apud* FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

¹¹⁰ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

econômicos poderão antever e distribuir os potenciais riscos; (ii) no mundo real, será impossível assegurar que a vítima de um dano causado será totalmente ressarcida; e (iii) prejuízos decorrentes de um risco concretizado ou estatisticamente esperado se refletirão no preço e na competitividade do negócio desenvolvido¹¹¹.

Pela lógica da eficiência sistêmica-econômica, os instituidores de um sistema contratual-negocial serão guiados, nas palavras de Wanderley Fernandes, “pela racionalidade de compartilhamento ou alocação de riscos para aquele que se encontre em melhores condições de mitigar ou excluir os efeitos nefastos de um evento futuro”¹¹². Essa possibilidade de alocação de risco, mediante antecipação de potenciais danos e compartilhamento de perdas, induz à formação de contratações coligadas mais ou menos complexas.

Assim, um único agente poderia concentrar todas as atividades de um negócio, mas enfrentar dificuldades para antecipar todos os riscos possíveis, mensurá-los e distribuí-los. Ocorrendo o dano, teria de absorvê-lo integralmente. Por outro lado, optando por uma contratação coligada, valendo-se de conhecimentos mais profundos de seus associados, a previsão de potenciais riscos seria mais bem estimada e, em caso de concretização, as perdas poderiam ser mais bem distribuídas. Isso resultaria na fixação de preço mais competitivo e num sistema contratual mais eficiente.

A responsabilização em questão poderá se dar objetivamente, ou seja, a parte que detiver o melhor conhecimento sobre determinado aspecto do negócio responderá pelos danos decorrentes de falhas relacionadas a esse aspecto. Contudo, em prol da consecução do negócio, também poderá se dar subjetivamente. Em razão do porte econômico das partes, ou do maior ou menor apetite para o risco, uma delas poderá assumir maior parcela de risco, ainda que outra(s) parte(s) possua(m) melhor conhecimento sobre determinado aspecto do negócio¹¹³.

De acordo com Fernando Araujo,

[u]ma aplicação direta da ‘Regra de Learned Hand’ no seio dos contratos conduz diretamente à conclusão de que é possível promover dentro do contrato de partilha eficiente de risco, fazendo-o recair mais pesadamente sobre a parte com maior aptidão para suportá-lo, o ‘superior risk bearer’. E não temos sequer de nos cingir aos riscos, pois a análise econômica dos contratos costuma recomendar que os deveres sejam cometidos principalmente à parte capaz de desincumbir com menor custo, e os direitos e as oportunidades sejam conferidos prioritariamente à parte susceptível de explorá-

¹¹¹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

¹¹² FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

¹¹³ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-58.

las com maior eficiência – por forma a originar uma ‘precaution cost liability’ diretamente incentivada da precaução eficiente¹¹⁴.

Juridicamente, a concretização de um risco, causador de prejuízo à terceiro, demanda resposta acerca de sua compensação. A regra geral indica que aquele que cometeu diretamente o ato lesivo deverá reparar a vítima do dano. No entanto, dada a complexidade das contratações atualmente entabuladas e das atividades desenvolvidas, essa regra geral, fundada na culpa, muitas vezes não resulta em solução adequada diante do dano causado. Por isso, novas teorias e tentativas de responsabilização vêm sendo desenvolvidas pelos operadores do direito. A responsabilização pela execução de uma atividade é a principal delas.

E essa responsabilização, grosso modo, poderia ser encarada sob dois ângulos: extracontratual ou contratual. Sob o primeiro, a conduta danosa causada pelo exercício da atividade configuraria um delito, ensejando, em caso de dano, o dever de reparar a vítima. Já sob o segundo, em razão das características da atividade exercida, essa implicaria assunção de deveres contratuais implícitos, de segurança e garantia de reparação da vítima.

Os arranjos de pagamento, em maior ou menor medida, podem preencher todos esses pressupostos e requisitos, pois há: pluralidade de contratos; forte tendência à dependência e relações de coordenação e cooperação; uma causa funcional-econômica subjacente que leva à formação de um sistema; finalidade comum, que induz a um olhar sistemático do arranjo de pagamento; e a conduta de um participante pode afetar a relação entabulada por outros.

Em suma, do ponto de vista econômico, o risco influi na formação do preço. Já sob a ótica jurídica, influi na atribuição de responsabilidade.

Nesse contexto, a alocação e gerenciamento de riscos no âmbito do Direito Privado, e em especial do Direito dos Contratos, mostra-se essencial, seja para determinar se a distribuição dos riscos se deu de forma economicamente eficiente, seja para indicar se as precauções coletivamente esperadas foram implementadas e se, em caso de concretização do dano, há resposta adequada. Tal pode ser realizado por meio de diversos instrumentos e institutos.

No campo contratual, por exemplo, os contratantes podem se valer das cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidades. Esses instrumentos devem buscar ou possuir como funções, segundo Robert Cooter e Thomas Ulen,

¹¹⁴ ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 874-875.

permitir às pessoas converter jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes; encorajar a divulgação eficiente de informações dentro da relação contratual; e assegurar um comprometimento ótimo em adimplir¹¹⁵.

Tais funções, como identificado por Wanderley Fernandes, estão intrinsecamente relacionadas à boa-fé objetiva (dever de cooperar e informar) e à função social do contrato, que é assegurar a tutela do crédito. Em que pese existir entendimento contrário, nas contratações complexas entre partes paritárias, a doutrina vem admitindo que tais alocações de risco e gerenciadas podem ser impostas ainda que suscitada responsabilização extracontratual¹¹⁶.

A legislação e regulamentos que regem os arranjos de pagamento, cientes das complexas contratações que os envolvem, promovem e incentivam a implementação de mecanismos para o gerenciamento dos riscos e, conseqüentemente, atribuição de responsabilidades. A Resolução nº 150/2021 do BACEN, por exemplo, determina que o instituidor do arranjo deve estabelecer procedimentos para o gerenciamento de riscos envolvendo especialmente a liquidação das transações realizadas.

A realização de testes, auditorias e monitoramento pelo instituidor de pagamentos, embora desejável, não é obrigatório. A não obrigatoriedade desses mecanismos de controle e maior liberdade aos instituidores dos arranjos é importante para garantir e evitar que procedimentos custosos e muitas vezes burocráticos engessem relações e atividades que demandam dinamismo e inovação.

Dentro desse microssistema, um mecanismo de gerenciamento de riscos se destaca: o sistema de repasse e blindagem dos recursos gerados a partir da instituição e funcionamento do arranjo de pagamento. Esses recursos devem ser mantidos em contas específicas, segregados do patrimônio dos participantes do arranjo. Conforme explicado por Maria Beatriz Pellegrino,

[o] repasse consiste na transferência direta de recursos depositados em contas de pagamento de uma instituição de pagamento para as demais instituições habilitadas a receber tais recursos de acordo com as regras do arranjo de pagamento pós-pago sob o qual as transações de pagamento que resultaram no depósito dos recursos foram autorizadas. Pelo repasse, o emissor do instrumento de pagamento pós-pago, sem prejuízo de estar sujeito a processos de liquidação e/ou falência regulados pela legislação brasileira, transfere os fundos depositados em suas contas de pagamento

¹¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 213 e 247.

¹¹⁶ Wanderley Fernandes conclui que “percorrido o caminho pelo qual procuramos evidenciar que é possível a estipulação de cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade em matéria extracontratual, ao mesmo tempo que é possível a cumulação de responsabilidades, torna-se forçoso reconhecermos que, havendo o concurso de responsabilidade contratual e extracontratual, afastar a responsabilidade, seja qual for o seu fundamento (contratual ou extracontratual)” (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185).

pós-pagas para as instituições de pagamento que operam como credenciadoras de acordo com as regras do respectivo arranjo de pagamentos¹¹⁷.

Outros mecanismos poderiam ser exigidos dentro desse microssistema, tais como reserva de recursos líquidos dos próprios participantes, linhas de liquidez e garantias individuais. No entanto, diante dos substanciais valores transacionados e estruturas enxutas dos participantes, esses normalmente se mostram muito onerosos, afetando a competitividade e a própria viabilidade do arranjo de pagamento. Em outras palavras, o custo de transação poderia se mostrar muito elevado.

Maria Beatriz Pellegrino, citando Larenz, indica três motivos pelos quais pode existir um patrimônio separado:

Em primeiro lugar para satisfazer, de modo preferencial ou exclusivo, um grupo de credores. Como consequência, a administração desse patrimônio é separada dos demais bens do indivíduo. Em outros casos, a separação do patrimônio assegura uma destinação específica a um conjunto de relações jurídicas, ou então, garante a conservação para um sucessor. Essa é a mesma natureza do regime de segregação dos recursos depositados em contas de pagamento, já que os recursos têm finalidade própria determinada pelos arranjos aos quais se vinculam¹¹⁸.

Implementado sistema de gerenciamento de risco adequado no âmbito de um arranjo, tal não poderá ser ignorado para atribuição de responsabilidade entre as partes integrantes. Não serão adequados, contudo, os sistemas de gerenciamento que destoarem da natureza da contratação em que se inserem e não observarem deveres acessórios impostos pela boa-fé e, se aplicável, pela função social da coligação.

4.6 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Há negócios jurídicos que admitem maior ou menor intervenção estatal. Contratos regidos pelo CDC ou de adesão demandam maior intermediação; já contratos paritários, livremente negociados, são menos propensos à ingerência do governo.

¹¹⁷ PELLEGRINO, Maria Beatriz. Gerenciamento de riscos de liquidação nos arranjos de pagamento. *In*: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno. **Banking 4.0**: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020. p. 151-164.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. Derecho Civil – Parte General. p. 124-125 *apud* PELLEGRINO, Maria Beatriz. Gerenciamento de riscos de liquidação nos arranjos de pagamento. *In*: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno. **Banking 4.0**: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020. p. 151-164. p. 158.

Segundo Wanderley Fernandes, “não é possível aplicarmos ao contrato livremente pactuado entre dois empresários os mesmos critérios e conceitos do direito do consumidor”¹¹⁹. Referido autor, citando Paula Forgioni, pondera que “no processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou consumerismo”¹²⁰. Nos contratos empresariais,

a interpretação do contrato precisa atentar para o contexto e as partes envolvidas na relação. [...]. O Judiciário não deve adotar atitude paternalista para a correção de erros cometidos pelos empresários, pois estratégias equivocadas fazem parte do jogo do mercado, que premia a eficiência daqueles que erram menos e mantêm o sistema concorrencial¹²¹.

Nos termos do artigo 113 do Código Civil (2002), “os negócios jurídicos deverão ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. As alterações trazidas pela Lei 13.874/2019 determinam que

Art. 113, §1º: A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Já o artigo 421-A, III do Código Civil (2002) impõe que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”.

No campo da interpretação de contratações complexas, é igualmente essencial que o princípio da transparência seja observado. As cláusulas que regem o negócio devem ser, na medida do possível, claras e objetivas. Constatada a obscuridade, eventual interpretação deverá beneficiar aquele que, no momento da contratação, reunia melhores condições de redigir a(s) cláusula(s) problemática(s).

Ainda, as regras comuns de interpretação oferecem importantes ferramentas para delimitação das obrigações oriundas dessas contratações. São elas: a busca pela conservação dos contratos, a análise sistemática do negócio ou negócios jurídicos e o *in dubio pro debitoris*. Francisco Amaral, ao tratar da interpretação jurídica no Código Civil, pontua que

¹¹⁹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 338.

¹²⁰ FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. p. 134 *apud* FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 338.

¹²¹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 341.

[h]oje o conceito e processo de interpretação são objeto de revisão profunda, impondo-se outro paradigma, coerente com as mudanças que a sociedade pós-industrial produz e o novo paradigma da complexidade exige. E o novo Código, enriquecendo na sua estrutura por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que lhe dão o caráter de um sistema aberto, pode contribuir para consolidação desse novo modelo, mais condizente com o espírito de renovação metodológica que perpassa pelo direito contemporâneo. Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída. [...]

Verifica-se, assim, verdadeira mudança da perspectiva tradicional, que partia do sistema jurídico, por meio do raciocínio da subsunção, para o problema a resolver ou a própria decisão a construir. [...] Hoje considera-se já a interpretação jurídica como operação intelectual única e integral. Não mais a interpretação da lei, mas sim um ato de realização do direito, reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema¹²².

Substitui-se a *ratio legis* pela *ratio iuris*. Ao tratar especificamente da interpretação dos contratos conexos, Francisco Rosito propõe que tal atividade ocorra em dois planos: (i) o subjetivo, que passa pela análise da vontade das partes; e (ii) o objetivo, que passa pela análise da finalidade econômica supracontratual. No primeiro plano, observando-se os preceitos do art. 112 do Código Civil, busca-se identificar quais são os efeitos desejados pelos contratantes, considerando-os em conjunto e não individualmente. Já no segundo, procura-se interpretação conforme a operação econômica desejada pelo conjunto de contratos coligados. Há um deslocamento daquilo que as partes individualmente desejaram para a identificação da causa sistêmica justificadora daquela contratação complexa¹²³.

Esse descolamento ou maior importância do plano objetivo induz, conforme o autor, à busca pela causa sistemática e “obrigações e deveres colaterais sistemáticos, em virtude dos quais os contratantes têm deveres e obrigações frente aos demais integrantes ou terceiros, que têm sua origem no sistema”¹²⁴. Em termos práticos, Francisco Rosito propõe que

- a) os contratos individuais sejam interpretados um em função do outro, atribuindo-lhes o sentido apropriado do conjunto da operação¹²⁵;

¹²² AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 5, p. 11-28, jan./abr. 2014. p. 16.

¹²³ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051. p. 1034-1038.

¹²⁴ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051. p. 1037-1038.

¹²⁵ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051. p. 1038.

- b) a finalidade econômica supracontratual seja preservada¹²⁶; e
- c) o interesse do sistema seja privilegiado em detrimento do individual, levando-se em conta os deveres de colaboração, de coordenação e a busca pelo equilíbrio¹²⁷.

Em linha com a metodologia de interpretação proposta por Francisco Rosito, Gerson Luiz Carlos Branco, ao examinar especificamente o arranjo de pagamento via cartão de crédito, preceitua que

[a] figura jurídica do cartão de crédito não é um contrato, mas um sistema contratual, existente sempre que a unidade presente entre os contratos seja tão intensa a ponto de seus efeitos terem alguma relação de dependência, mas seus pressupostos de validade serem autônomos. Tal proposição visa analisar juridicamente uma operação que economicamente é unitária, mas que tradicionalmente é tratada de forma seccionada no seu aspecto jurídico¹²⁸.

Confirmando essa interpretação supracontratual, Antonio Junqueira de Azevedo expõe que “somente o fim concreto dá o entendimento das cláusulas negociais e esclarece, nos casos de negócios interligados, o sentido de cada um”¹²⁹. E, objetivando indicar subsídios mais específicos para o intérprete, Marino elenca quatro circunstâncias interpretativas relevantes:

- (i) o tempo e o lugar (não só da conclusão do contrato, mas também de sua execução);
 - (ii) a qualidade das partes envolvidas e a eventual relação existente entre elas;
 - (iii) o comportamento dos contratantes nas tratativas posterior à conclusão do contrato; e
 - (iv) as qualidades do bem que é objeto da prestação.
- Na interpretação conjunta dos contratos coligados, cumpre atentar a todas as circunstâncias da operação ou das operações econômicas almejadas pelas partes¹³⁰.

¹²⁶ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051. p. 1044.

¹²⁷ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051. p.1046.

¹²⁸ BRANCO, Gerson. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.175.

¹²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. 1986. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986. p. 225.

¹³⁰ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149.

O autor esclareceu também que, antes de buscar outras fontes, tais como leis supletivas, deve-se expandir o conteúdo do próprio contrato¹³¹. De fato, a teor do que determina o artigo 112 do Código Civil (2002), todas as circunstâncias contratuais relevantes deverão ser consideradas no processo interpretativo.

Portanto, especialmente nas contratações coligadas, a interpretação do negócio jurídico e, conseqüentemente, a compreensão e a delimitação das obrigações a ela inerentes ou dela decorrentes se guiam e são ditadas pelo fim da coligação¹³². Como preceitua Humberto Theodoro Júnior, no processo interpretativo moderno e de identificação das normas processuais, por força do princípio do solidarismo, privilegia-se o conjunto e não as posições individuais de cada parte envolvida¹³³.

¹³¹ “A interpretação objetiva corresponde à tentativa de desenvolver ao máximo as potencialidades do conteúdo do contrato, antes de recorrer a eventuais outras fontes, tais como leis supletivas. No direito brasileiro tais critérios objetivos encontram-se dispostos no art. 113 do Código Civil, que prevê a interpretação do negócio jurídico ‘conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150).

¹³² “O fim do contrato – entendido como o resultado concreto que o contrato atingiria se todos os seus efeitos se produzissem – desempenha importante função interpretativa. Com efeito, o conteúdo do contrato não é mera soma de cláusulas. A construção do conteúdo pressupõe conexão entre cláusulas, eliminação de elementos supérfluos e ordenação de elementos selecionados. Daí que o conteúdo surja como “conjunto coerente e ordenado” desses elementos. [...] A concepção do conteúdo contratual como conjunto coeso leva a considerar a existência de uma “racionalidade intrínseca” ao contrato, isto é, de uma “economia do contrato”. Uma das finalidades dessa noção é, precisamente, servir de “diretiva interpretativa”, a fim de colmatar as lacunas de conteúdo expresso. Em tal processo de construção do conteúdo contratual, importa considerar o fim do contrato [...]. Também aqui se põe, conseqüentemente, o papel hermenêutico do fim do contrato. Na coligação contratual voluntária, o simples fato de as partes terem desejado vincular determinados contratos demonstra que procuraram alcançar determinado resultado concreto, distinto do resultado típico de cada um dos contratos coligados”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157).

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 135.

5 DEVERES SISTÊMICOS ENTRE PARTICIPANTES DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS

A constituição de um arranjo de pagamento sujeita seus participantes à deveres sistêmicos, que possuem fundamento e natureza contratuais. Esses deveres, contudo, são limitados e regidos por princípios específicos.

5.1 FUNDAMENTO E NATUREZA CONTRATUAL DOS DEVERES SISTÊMICOS ENTRE PARTICIPANTES DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS

A identificação do fundamento e natureza contratual dos deveres sistêmicos nos arranjos de pagamentos passa pela análise da obrigação como processo, do seu espectro de aplicação e dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. Esses são abordados a seguir.

5.1.1 Obrigação como processo nos arranjos de pagamento

Conforme estudado e sistematizado por Couto e Silva, a obrigação não é algo estanque que se constitui unicamente mediante declaração de vontade entre partes pré-determinadas e imutáveis. Em realidade, ela é um processo segmentado em duas fases: finalidade e adimplemento. Ela nasce, desenvolve-se e tende ao adimplemento¹³⁴.

A finalidade é determinante para a concepção da própria obrigação, sendo que “a atração do dever pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional”¹³⁵. Esse processo obrigacional é

¹³⁴ “O processo obrigacional supõe, portando, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Nas obrigações que não se endereçam à transmissão de propriedade, o adimplemento é realizado no plano do direito obrigacional. As obrigações resultantes do contrato de trabalho ou da cessão de créditos são adimplidas nessa dimensão, embora nem sempre o ato de adimplemento tenha a mesma categoria” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 44).

¹³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 44.

diretamente influenciado e condicionado a princípios, dentre os quais se destacam o da autonomia da vontade e boa-fé^{136 137}.

Deveres podem surgir durante o desenvolvimento rumo ao adimplemento, influenciados pelos acontecimentos concretos do negócio originalmente entabulado. As fontes desses deveres podem ser as mais diversas, sendo que, modernamente, tem-se recepcionado como fontes normativas os diferentes “fatos sociais”¹³⁸. Essa divisão em planos e fontes de deveres, do que pode se extrair das obras de Couto e Silva e Penteado, facilita a percepção da processualidade da obrigação e, conseqüentemente, a incorporação do terceiro à relação obrigacional – em que pese não ter participado da contratação originária, quando da declaração de vontade inicial¹³⁹.

O arranjo de pagamento, como preconizado por Couto e Silva, operacionaliza-se nos planos de nascimento e desenvolvimento. A instituidora do arranjo forma e cria um programa inicial. Os demais participantes se acoplam a ele, visando o pagamento das aquisições realizadas pelos consumidores ao final.

Todos, durante o desenvolvimento, devem agir e esperar que o arranjo prospere e viabilize o maior número de transações possíveis. Nesse processo, emergem interesses de cada uma das partes que demandam proteção e impõem condutas, sob pena de inviabilizar a continuidade do próprio arranjo e, conseqüentemente, a consecução de sua finalidade.

¹³⁶ “Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”. (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 21-23).

¹³⁷ “A visão da relação infra-eficacial mostra a complexidade do fenômeno obrigacional, que é um todo de ordem, um organismo que gera efeitos os mais diversos e inusitados, porque é uma série de atos que se orientam a um fim unificante. Este desmembramento do fenômeno obrigacional em etapas complexas, mas unificadas pelo fim, abre novamente a discussão para o que se tem denominado de concepção da obrigação como processo, que se encontra no Brasil solido apoio na obra de C. do Couto e Silva.”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 224)

¹³⁸ “O ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo. No capítulo anterior procuramos mostrar como existem, atualmente, certos interesses que se constituíram em fontes não enumeradas pela doutrina tradicional. Alguns deles são decorrência de novos fatos sociais, cuja existência chamou atenção ao problema da crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações. Mais importante, porém, que esses loci, cuja força instrumental de formar novas instituição não pode ainda ser objeto de exata previsão, é o novo conceito de sistema jurídico hoje imperante. O que se denomina crise das fontes não é tanto o resultado da observação de que novos fatos sociais merecem tratamento inamoldável aos postulados até há pouco vigorantes na ciência do direito, mas, sobretudo, a certeza de que o raciocínio jurídico não se deve orientar puramente pelo método dedutivo, nem deve deixar à margem certos fatos que, não faz muito, eram considerados de exclusiva competência de outras ciências, como, e.g. da sociologia. [...] Em verdade outros fatores passam a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 65).

¹³⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 243.

5.1.2 Espectro de aplicação dos deveres sistêmicos

A concepção de parte contratual, à primeira vista, poderia representar óbice à ação direta ou constituição de deveres entre pessoas que não declararam vontade quando da formação originária do negócio jurídico ou contratação. Ocorre que essa visão estrita do contrato e daqueles que por ele podem ser afetados não se apresenta como óbice real ou intransponível.

Isso porque, como avaliado no tópico 4.2, há o conceito de relação contratual no contexto do negócio jurídico, para além do conceito de partes. Assim, há sujeitos que podem, no curso do desenvolvimento da obrigação ou contratação, integrar essa relação, independentemente de terem declarado sua vontade¹⁴⁰. Ou seja: a declaração de vontade ou qualificação como parte originária da contratação não são impeditivos absolutos ao nascimento de deveres sistêmicos e efeitos entre terceiro(s) parte(s) cocontratante(s)¹⁴¹. Nas palavras de Penteado,

a relação contratual, um dos efeitos mais marcantes do contrato, na presença de outros fatos jurídicos em sentido amplo, pode extravasar das partes contratantes e abraçar outros sujeitos de direito [...]. Daí poder se falar da criação de uma relação jurídica contratual sem declaração de vontade, não só do terceiro, o que já se admite na figura da estipulação a favor de terceiro, mas prescindindo mesmo de declaração de vontade do obrigado¹⁴².

¹⁴⁰ “Firmada a existência da relação jurídica, embora ela seja causada pelo contrato, ganha certa autonomia e independência em relação a ela, passando a produzir certos efeitos por si mesmos, quer pela potência ativa de que é dotada pela declaração, quer pelo que as regras jurídicas determinem, quer, finalmente, pelo que outras relações jurídicas com as quais contacte propicie. Passa a haver mais que dois momentos distintos (existência e validade, de um lado; e eficácia, do outro). A bem da verdade, passam a ser detectáveis duas realidades distintas.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 211).

¹⁴¹ Citando Mireille Bacache-Gibeili, Marino explica que “diante disso, buscou ela reconstruir a noção de grupo de contratos a fim de atender a um efeito jurídico específico, a saber, o surgimento de ações contratuais diretas entre membros do grupo que não são partes do mesmo contrato. Isso porque, em sua ótica, cada efeito jurídico dos grupos de contratos deve ser estudado separadamente, pois conduz ao surgimento de uma figura de grupos específica. [...] Deste modo, a noção de ‘partes contratantes’ deve abranger as ‘partes co-contratantes’, isto é, partes tanto no procedimento como na norma contratual, e as ‘simples partes contratantes’, partes em relação à norma contratual, porém excluídas do procedimento de formação do contrato. A parte de um grupo contratual não é, pois, terceiro em relação àquele com o qual não celebrou o contrato. De sua qualidade de ‘simples parte contratante’ em relação a esse contrato é que advém a possibilidade de ajuizar ação direta. Nas palavras da autora: ‘A noção de grupo de contratos é uma noção jurídica, pois produz consequências jurídicas. Ela permite atribuir a um de seus membros uma dupla qualidade, acrescentando, àquela de co-contratante a um dos contratos do grupo, a de simples parte contratante ao outro contrato do grupo’. (BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. p. 262 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos ligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87).

¹⁴² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 212.

Mesmo porque, no campo das obrigações e especificamente dos Contratos, já se admite e se identifica relação intra-eficacial¹⁴³ entre os diferentes sujeitos, sejam eles partes declarantes da vontade originária, sejam terceiros parte. E essa eficácia prescinde da declaração de vontade e presença de todos os afetados no momento da formação originária. Em suma, há parte do contrato e há parte da relação contratual, sendo que ambas podem ser titulares de direitos e deveres contratuais (efeito normativo).

Os arranjos de pagamento, notadamente o de cartões, pela sua forma de funcionamento (coordenada e sistemática), diversidade de partes, participantes e contratos, como visto no tópico 4.1, são propensos ao surgimento de relações contratuais ou mesmo supra contratuais com intra-eficácia. Dessa forma, caracteriza-se um conjunto articulado de contratos ou, em outros termos, uma contratação base. Alterações no curso dos negócios podem influir nessa contratação, constituindo fatores de extensão de eficácia.

Sob a concepção clássica de parte do contrato, pode-se insistir que o credenciador e os estabelecimentos comerciais seriam, em realidade, terceiros. Assim, o contrato ou os interesses de um não poderiam influir no do outro.

Esse fundamento, contudo, pressuporia a aplicação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que, como avaliado no item 3.3, não é absoluto e vem sendo mitigado. A simples invocação a esse princípio, conforme argumentado, não seria capaz de explicar ou justificar, por si só, eventual exoneração de responsabilidade¹⁴⁴.

Ademais, no caso específico em estudo, o credenciador e o estabelecimento comercial não podem ser qualificados como mero terceiros. Fossem terceiros desse tipo (*penitus*

¹⁴³ “Para ser intra-eficacial, isto é, se dar por efeito de relação contratual, a relação jurídica entre o terceiro e o contrato, quando este for beneficiário da atribuição ou onerado por um dos seus efeitos: i) não depende de declaração de vontade entre os termos que a constituem, ou seja, independe do querer das partes, sendo automaticamente produzida no interior do mundo do direito, como efeito normativo; ii) depende da existência e da eficácia de um contrato, que funde a relação jurídica para com o terceiro e que será a relação jurídica base ou fundante; iii) alterações nesta relação base que podem interferir na estrutura do dever perante o terceiro, quando fundadas na economia do contrato podem influir na relação intra-eficacial (por exemplo, para efeitos de resolução, rescisão e rescisão) e iv) depende do fator de extensão de eficácia que, pode ser ato ilícito, comportamento concludente, ato fato jurídico, proximidade com a prestação, de acordo com os pressupostos de imputação normativa de cada categoria. Disto decorre que, sendo nulo ou inexistente o contrato-base, não se forma a relação e, portanto, é inadmissível a pretensão do terceiro. Se for anulável, forma-se e só deixa de produzir seus efeitos com a desconsideração operada pela ação anulatória, com o efeito próprio da mesma (ex nunc). Ineficácias parciais que digam respeito ao item iii), como a exceção de contrato não cumprido, podem influir na relação entre as partes e o terceiro, tornando-a inapta a permitir o juízo de procedência do pedido do terceiro” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 223).

¹⁴⁴ “Muitas vezes, os efeitos reflexos ocorrem sem que os contratantes os desejem ou os tenham previsto, porém suas consequências sobre o terceiro apresentam-se de modo inevitável, revelando que sua relatividade será mais ampla que o próprio desejo dos declarantes” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004).

extraneous), realmente o princípio da relatividade dos efeitos contratuais poderia incidir com maior propriedade.

Entretanto, no contexto do arranjo de pagamento, o credenciador e o estabelecimento comercial, a despeito de não serem partes de um dos contratos que formam o sistema de cartão de crédito, inegavelmente possuem muitos pontos de aproximação. Afinal, integram esse sistema, esperam que o arranjo funcione eficientemente e almejam e atuam para fim único: a efetivação dos pagamentos realizados e o aumento do número de transações.

Nesse contexto, o credenciador e o subcredenciador, na concepção de Penteadó, Konder e Marino, conforme tópico 4.2, seriam coparticipantes, terceiros parte ou terceiros interessados da coligação e do sistema supracontratual. Não seriam terceiros totalmente alheios e sem qualquer aproximação.

Ao se aproximarem e participarem do sistema de cartão, o credenciador e o subcredenciador assumem posições jurídicas específicas que – desde que verificadas todas as demais circunstâncias em concreto – lhe intituam a, por um lado, demandarem proteção a seus interesses e, por outro, observarem deveres¹⁴⁵. Analisando o caso em que beneficiário de plano de saúde acionou associação por meio da qual referido plano foi contratado (a despeito de relação contratual direta entre o beneficiário e a referida associação), Penteadó extraiu relevante critério:

a possibilidade de interconexão normativa entre relações jurídicas contratuais orientadas no sentido de se proteger terceiros, de um lado, e imputar responsabilidade de outro. Desse modo, a menor abrangência que existe no momento da contratação, para a atuação do princípio da liberdade contratual, leva, na distinção entre contrato e relação contratual, a verificar uma preponderância à atuação da segunda. Ou seja, no caso concreto, entre o seguro e a relação securitária, opta-se por dar mais relevo a esta do que à declaração, com vistas a uma específica maneira de se oferecer a tutela. Assim, o terceiro beneficiário é protegido se atuou com lealdade em relações anteriores, ainda que da mesma natureza, por conta da profunda padronização que existe em mercados desse tipo¹⁴⁶.

Penteadó identifica essas posições e possibilidade de acionamento direto nos casos de contratos de administração ou gestão de negócios. Mais uma vez, a despeito de vínculo direto,

¹⁴⁵ “Na verdade, reconhecida a possibilidade de ação direta, garante-se, através do contrato, certos fins institucionais da comunidade política, como a segurança (direito fundamental capitulado no art. 5º da CF) e a ordem do mercado. Tutelar o terceiro, desta forma, é dar eficácia horizontal, na relação entre particulares, a direito fundamental. Há uma certa ordenação definida para a relação jurídica que transcende o voluntarismo sobre o qual se pautou, durante décadas o direito privado, ao mesmo tempo em que se preserva a eficácia vinculativa do ato jurídico” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 275).

¹⁴⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 82.

o terceiro pode exigir proteção de seu patrimônio, valendo-se, inclusive, de medidas cautelares¹⁴⁷.

A rigor, no ordenamento jurídico atual, o fato de o terceiro não figurar como parte originária de um negócio jurídico não o priva de proteção e tutela de seus interesses. Do que se extrai da obra de Penteado e das decisões sobre seguro automobilístico, saúde e contratos de administração, essa tutela dependeria de uma “relação jurídica base” com potencial de irradiar efeitos¹⁴⁸. Nas palavras do autor,

[t]odo efeito perante terceiro que não seja decorrente de declaração e, portanto, de vontade, depende de uma relação jurídica desta natureza [relação jurídica intra-eficaz] para se configurar. [...] Já as relações jurídicas intra-eficaz não passam pelo plano da existência. Prescindem de negócio jurídico para sua formação, embora em certas situações possam se lastrear, indiretamente, em um negócio. As relações jurídicas intra-eficazes se dão apenas e tão somente no plano da eficácia, no mundo do direito, portanto, como efeito de relação jurídica base, que por decorrência de lei ou de outras relações jurídicas, enseja o seu surgimento. [...] As relações jurídicas intra-eficazes dependem tão somente, para sua formação, da existência e eficácia de uma relação jurídica prévia, chamada relação jurídica base¹⁴⁹.

Em outros termos, a mera mitigação conceitual do princípio dos efeitos do contrato e reconhecimento do ordenamento de que terceiros merecem proteção tampouco justificariam, por si sós, a responsabilização do credenciador perante os estabelecimentos comerciais. É preciso que haja, concretamente, uma relação jurídica base que irradie efeitos sobre terceiros e que seja capaz de, na presença de terceiros parte, os legitimar como titulares de direitos e deveres nessa relação¹⁵⁰.

¹⁴⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 85.

¹⁴⁸ “A oponibilidade parte de um pressuposto, que é a relação jurídica contratual constituída, a que o ordenamento jurídico, por conta da força de determinados institutos, acrescenta uma determinada eficácia própria. Portanto, é preciso mais uma vez notar uma recorrência que é, para o efeito contratual perante terceiro, uma relação contratual eficaz a que se acrescente uma outra relação jurídica a dotar o efeito contratual da extensão perante terceiro” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 175).

¹⁴⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 219, 221.

¹⁵⁰ “Simultaneamente, a consciência da independência destes deveres em relação ao nível da prestação (a Leistungsebene) possibilitou ainda um alargamento quanto aos seus sujeitos activos ou passivos. Assim, reconheceram-se como titulares activos dos deveres de proteção certos terceiros em atenção à sua exposição (fáctica ou típica) aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais advenientes da execução de um determinado contrato, os quais o devedor deveria prevenir. O Contrato com eficácia de proteção para terceiros exprime precisamente este desenvolvimento: certos negócios envolveriam determinados terceiros sob o seu manto protector, conferindo-lhes um direito indenizatório, não por violação de algum dever de prestar (pois estes só existem, regra geral, entre as partes), mas por desrespeito de um específico dever de salvaguardar a sua integridade pessoal ou patrimonial” (FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 43).

No caso dos arranjos de pagamento, a que tudo indica, essa relação jurídica base seria o sistema contratual decorrente e formatado a partir da coligação dos vários contratos. Tal é trabalhado no tópico 5.1.3.

5.1.3 A relação jurídica base resultante da coligação contratual: fonte primária dos deveres sistêmicos

Entende-se neste trabalho que o arranjo de pagamento em questão se enquadra nos conceitos de coligação ou de contratos conexos em sentido estrito propostos por Marino e Konder, mapeados no item 4.1 e lembrados a seguir. Há claramente uma operação econômica unificada. Há relação de dependência recíproca, na medida que, por um lado, o credenciador depende dos estabelecimentos comerciais para que os cartões de crédito sejam usados e, por outro, os estabelecimentos comerciais dependem dos sistemas, materiais, controles e licenças do credenciador para poderem oferecer conveniente meio de pagamento (*i.e.*, cartões) aos usuários finais.

Ainda, há um fim comum mais amplo do que o de cada um dos contratos individualmente considerados, o que induz a um olhar sistemático do arranjo de pagamento. Ambos desejam que cartões sejam utilizados, aumentando o número de vendas de forma eficiente, assim como querem que o arranjo de pagamento prospere. Já os contratos individuais, em regra, objetivarão questões específicas desse arranjo global (como licenças, acesso ao sistema, preço, prazos, acesso a materiais publicitários).

No caso dos arranjos de pagamento, os contratos são plurais, mas permeados por articulado e estável nexos econômico funcional. Há forte tendência à dependência e a relações de coordenação e cooperação, e a conduta de um participante pode afetar a relação entabulada por outros.

Mesmos alguns dos indícios propostos por Leonardo estão presentes. Muitas vezes há atuação empresarial conjunta para maximizar o uso do meio de pagamento (*i.e.*, cartão de determinada bandeira). A remuneração do estabelecimento comercial pode ser afetada pelas cláusulas do contrato entre o credenciador e subcredenciador (*e.g.*, retenções). Há garantias que, do mesmo modo, podem gerar efeitos em todo arranjo (*e.g.*, fundo de reserva, limites de operações etc.).

A coligação, uma vez configurada, como detalhado no item 4.1, possui consequências importantes. Ela abre espaço para o surgimento de deveres sistêmicos e interfere nos contratos individuais que a compõem, por meio da incidência – controlada e não arbitrária – dos

princípios da boa-fé objetiva e função social. A coligação talvez seja um dos grandes exemplos da atualidade daquilo que Couto e Silva qualificou como “novos fatos sociais” ou “outros fatores” que agem no plano do nascimento e desenvolvimento das obrigações¹⁵¹.

Acerca dessa aptidão expansiva da fonte contratual sobre a comunidade que o circunda, Penteado ponderou que

[p]ara além da declaração negocial, vê-se no contrato uma instituição social de certo fim próprio, que viabiliza a proteção do terceiro. Mesmo contra a vontade das partes, os direitos de outros membros da comunidade política, relativos ao contrato, são percebidos e tutelados tal e qual se fossem direitos contratuais. O contrato passa a ter, deste modo, uma função expandida, de ser o centro de base para a imputação de posições jurídicas no patrimônio de terceiros. [...] A garantia patrimonial do contrato teria o condão de, dentro do ordenamento jurídico, assegurar interesses de terceiros¹⁵².

Em outros termos, a contratação coligada que caracteriza o arranjo de pagamento via cartão serviria de referencial e permitiria ao operador/intérprete perceber os interesses comuns e a interligação entre o credenciador e o estabelecimento comercial, a despeito da declaração de vontade prévia e expressa no sentido de se vincularem diretamente. Ela atua como fonte primária de deveres sistêmicos¹⁵³, não necessariamente coincidentes com aqueles expressamente queridos pelas partes de cada um dos contratos que a compõem¹⁵⁴. Como fonte,

¹⁵¹ “O ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo. No capítulo anterior procuramos mostrar como existem, atualmente, certos interesses que se constituíram em fontes não enumeradas pela doutrina tradicional. Alguns deles são decorrência de novos fatos sociais, cuja existência chamou atenção ao problema da crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações. Mais importante, porém, que esses loci, cuja força instrumental de formar novas instituições não pode ainda ser objeto de exata previsão, é o novo conceito de sistema jurídico hoje imperante. O que se denomina crise das fontes não é tanto o resultado da observação de que novos fatos sociais merecem tratamento inamoldável aos postulados até há pouco vigorantes na ciência do direito, mas, sobretudo, a certeza de que o raciocínio jurídico não se deve orientar puramente pelo método dedutivo, nem deve deixar à margem certos fatos que, não faz muito, eram considerados de exclusiva competência de outras ciências, como, e.g. da sociologia. [...] Em verdade outros fatores passam a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 65).

¹⁵² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 265-266.

¹⁵³ “Por fim, o conceito de negócio jurídico abrange todas as categorias de atos de autonomia, inclusive aquelas em que não se manifesta a liberdade fática de estabelecer cláusulas.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 73).

¹⁵⁴ “Além disso, a necessidade de verificação concreta dos casos mostra bem o campo em que situamos, sendo o contrato, apenas e tão-somente, um ponto de referência normativo. É a partir dele que se imputa, à parte, a obrigação de reparar, mas por causa de um delito. Ou seja, mais uma vez parece estar verificada a assertiva de que o efeito contratual perante o terceiro depende menos da vontade ou de categorias criadas do que da coligação da relação obrigacional a outra relação jurídica, situando-se, este grupo de casos num campo de terceiro gênero entre a responsabilidade contratual a delitual”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 196).

a contratação coligada deve permitir a visualização dos interesses passíveis de tutela, da finalidade sistêmica e da razoável e proporcional expectativa de proteção dos coparticipantes.

No arranjo em análise, ao que tudo indica, há processo de formação e desenvolvimento de obrigação contratual. As bandeiras e credenciadores instituem e desenham o arranjo de pagamento em seu formato originário. Porém, num segundo momento, esse arranjo passa a atrair e interagir com diversos outros sujeitos, incorporando novos contratos individuais.

O arranjo original instituído pelas bandeiras e pelo credenciador não é totalmente imune a essa superveniente incorporação. Há uma via de mão de dupla, uma retroalimentação. O arranjo que as partes fundadoras originalmente instituíram pode sofrer influência das circunstâncias e da dinâmica funcional, aferível somente quando diante de sua operacionalização e interação com diferentes sujeitos. O resultado da soma do arranjo original às relações contratuais incorporadas durante seu desenvolvimento, bem como às circunstâncias concretas de cada caso, molda a relação contratual base, da qual serão extraídos os deveres sistêmicos com efeitos paracontratuais¹⁵⁵.

Efetivamente, a contratação coligada induz à formação de novas relações contratuais entre figurantes do arranjo, com possibilidade de uso de ações diretas. Conforme exposto por Marino, o conceito das ações diretas é bastante difundido no direito francês¹⁵⁶. No Brasil, essa oponibilidade com características contratuais não é repelida pelo ordenamento. Ao contrário, foi, em certa medida, recepcionada pela jurisprudência, especialmente nos casos envolvendo seguros e contratos de administração.

Marino, sob a ótica do direito brasileiro, reconheceu a oponibilidade em coligação com partes distintas, desde que observados alguns requisitos. Primeiro, a existência de “atuação

¹⁵⁵ “Se determinado contratante deixa de se relacionar apenas com a contraparte para manter, ainda que indiretamente, um contato com os demais integrantes de outros contratos conexos, os deveres laterais serão estabelecidos para além das paredes de cada uma das relações jurídicas contratuais. É neste sentido que se pode defender a existência de efeitos paracontratuais aos contratos conexos em sentido estrito, em virtude de “um dever geral de proteção em favor do sistema explicitado nos diversos deveres laterais provenientes dos objetivos de ordem sistemática”. Estes efeitos paracontratuais são diversos. Reconhece-se, por exemplo, como possível a imputação do dever de indenizar a alguém que, ao atuar em conexão contratual, causa danos às partes integrantes dos demais contratos conexos” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022. p. 26).

¹⁵⁶ “Por fim, Teyssie aponta a criação de relações contratuais novas entre figurantes do grupo que não possuem relação contratual direta. Tal nascimento de relações contratuais é revelado por meio das ações diretas (actions directes) entre membros do grupo e da admissibilidade de ações fundadas em responsabilidade contratual. No tocante às ações diretas, refere-se a ações de garantia (actions directes en garantie) e de pagamento (actions directes en paiement), surgidas a partir de uma ‘jurisprudência audaciosa’, à qual fez coro uma ‘doutrina modernista’” (TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. p. 237/239 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80).

concertada”, que pode se dar de várias formas: “parcerias com exclusividade, atuação na mesa sede [e] participação ativa na estruturação de operação”. Segundo e terceiro, o “interesse comum dos agentes” direcionado a, por meio de “esforço comum”, obter novos clientes e aumentar a competitividade e o lucro de cada um deles¹⁵⁷.

Os cocontratantes devem se guiar pelo fim comum, econômica e juridicamente relevante. O fim comum concreto é a pedra de toque para configuração dessa oponibilidade:

passou a compor o sinalagma contratual e a integrar o conteúdo dos contratos. Este fim comum traduz-se na coligação entre os contratos, cujo efeito – verdadeira criação de posições jurídicas, sob esta ótica – é tornar o inadimplemento de B oponível a C, e vice-versa¹⁵⁸.

Konder, do mesmo modo, ressalta a importância desse fim comum ou finalidade global para “autorizar que alguém que não tenha sido parte de um contrato possa interpelar seu devedor nos termos daquele contrato por conta de ser parte de um outro contrato”¹⁵⁹. Em especial, surgem deveres de fiscalização¹⁶⁰, cooperação, mitigação de danos e proteção do patrimônio dos coparticipantes, para assegurar o atingimento do fim da coligação e o adimplemento das obrigações dela decorrentes. O poder econômico das partes, capacidade de coordenação, maior ou menor acesso às informações e/ou maior ou menor capacidade de prevenir danos também contam para a delimitação desses deveres¹⁶¹.

Em conclusão, a relação jurídica base resultante da coligação contratual caracteriza fator de extensão de eficácia e propicia o surgimento de deveres sistêmicos. A criação desses deveres, na prática, depende das circunstâncias de cada arranjo e do processo de concretização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. No atual ordenamento jurídico brasileiro,

¹⁵⁷ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 206.

¹⁵⁸ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 206-207.

¹⁵⁹ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183.

¹⁶⁰ “Consequência importante, ainda no campo da aludida “complexificação”, diz respeito ao eventual surgimento de uma obrigação de fiscalização (obligation de surveillance) em relação aos co-contratantes e também aos “terceiros” do grupo. Na cadeia contratual por difração, essa obrigação de vigilância caberá ao contratante intermediário, sendo excluída da hipótese de intervenção na cadeia a título gratuito ou subcontratados forem escolhidos pelo primeiro contratante da cadeia. Nos conjuntos contratuais, a aludida obrigação caberá ao promotor do conjunto, que poderá ser demandado por membros do grupo prejudicados pelo inadimplemento do dever do promotor” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79-80).

¹⁶¹ “Fundar o direito contratual na parêmia *pacta sunt servanda* não é razão suficiente da tutela, por várias razões. Aqui, porque a liberdade do segurado e mesmo do terceiro, no caso concreto, é quase nula, não apenas pela celebração massiva e adesiva dos contratos, mas também pela assimetria de poder econômico e de informação de mercado para poder atuar com liberdade responsável” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 278).

são esses dois princípios, previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil (2002), que permitem atribuir fundamento normativo e justificar dogmaticamente a responsabilização contratual entre cocontratantes da coligação, sem vínculo direto formado pela declaração de vontade expressa¹⁶². Os conceitos clássicos de terceiro, parte contratual e princípio da relatividade dos efeitos do contrato, por outro lado, não impõem mais óbices intransponíveis ao surgimento de obrigações entre pessoas não direta e originalmente vinculadas pelo contrato.

5.1.4 Concretização dos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva nos arranjos de pagamento

Os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva nos arranjos de pagamento (detalhados nos itens 4.2 e 4.3), ao se concretizarem, acabam por atuar na própria estrutura dos negócios que formam a coligação, integrando-os e incorporando conteúdo normativo para proteger juridicamente interesses¹⁶³. Ao examinar as obrigações como processo, Couto e Silva já destacava esse mecanismo de nascimento de deveres: “há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses”¹⁶⁴.

Complementando essa ideia à luz da função social, Penteado pondera que “o contrato, a partir deste tratamento que recebe pela jurisprudência brasileira, passa a ter, por natureza, um destino outro que não precisa ser previsto pelos contratantes e que pode ser alcançado ainda contra a vontade deles pela cogência da função social do contrato”¹⁶⁵. Assim, é trabalhado nesta

¹⁶² Marino, citando D’Angelo, esclarece que “dentre as técnicas e princípios que permitem fundar a relevância normativa da operação econômica (atribuindo-lhe função de fonte de regulação contratual independente do conteúdo contratual expresso), o autor refere, notadamente, a causa concreta e boa-fé. No que toca à primeira, afirma que “a causa, enquanto função econômica-individual, não é outra coisa senão o espelho da operação econômica, a fórmula jurídica que a designa”. A boa-fé, a seu turno, mormente em função integrativa, constituiria o instrumento pelo qual a operação econômica seria erigida em fonte de regulação contratual. Isso porque a aplicação do princípio da boa-fé levaria em conta, normalmente, o equilíbrio econômico da relação, tal como deduzido da consideração global do concreto arranjo de interesses” (D’ANGELO, Andrea. *Contratto e operazione economica*. p. 59-60 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25).

¹⁶³ “Nos efeitos perante terceiros, a integração tem de ser feita pelo sistema, por conta de normas específicas não atinentes, necessária e indefectivelmente, ao tipo contratual de que se trate”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 244). “Aqui é importante mostrar a eticidade trazida pela boa-fé como assumida pelo CC. Partindo do contrato, conjuga-se a boa-fé para estender efeitos secundário a terceiros. Ela permitiria invocar o contrato como fonte de obrigação para o terceiro”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 189).

¹⁶⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

¹⁶⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 277.

subseção como os princípios da função social e boa-fé objetiva se desenvolvem nas contratações sistêmicas.

5.1.4.1 A função social da contratação sistêmica

Para aferição da concretização da função social no arranjo de pagamentos, usa-se aqui os critérios sugeridos por Marin¹⁶⁶. Em primeiro lugar, o credenciador sabe que o subcredenciador firmará contrato com os estabelecimentos comerciais, promovendo o arranjo do credenciador, e, especialmente, prometendo repassar aos estabelecimentos os valores das compras daqueles consumidores que optarem pelo arranjo.

Em segundo, ao nomear o subcredenciador para explorar determinada localidade, promovendo o arranjo, o credenciador levou em conta os interesses dos estabelecimentos comerciais daquele local. Não faria sentido o arranjo se os estabelecimentos comerciais não tivessem interesse em receber o valor das compras via aquele.

Em terceiro lugar, é razoável concluir que muitos estabelecimentos comerciais não concordariam em utilizar meio de pagamento promovido por subcredenciador, não estivesse esse associado a arranjo conhecido. Antes de confiar no subcredenciador, os estabelecimentos comerciais confiam no arranjo de pagamentos, normalmente ostentando bandeira conhecida. Em especial, confiam que a satisfação de seus créditos pelo uso do arranjo está sendo igualmente garantida, ante a solidez e a reputação do sistema ao qual se unirão.

Assim, os interesses desses estabelecimentos nesse contexto de confiança e exposição de seu patrimônio são dignos de tutela e alinhados ao propósito comum do próprio arranjo, que pretende viabilizar pagamentos de maneira eficaz. Logo, a falha de pagamento por parte do subcredenciador implica também violação a interesses institucionais, à medida que coloca em risco a estabilidade do meio de pagamento utilizado pela comunidade de consumidores e estabelecimentos comerciais de determinada região. Essa garantia de estabilidade é maior do que o mero interesse individual de um estabelecimento comercial que, isoladamente, pretende receber por determinada compra.

A busca pela estabilidade do arranjo de pagamento e funcionamento de todo ciclo de repasses, culminando no pagamento efetivo por determinado produto ou serviço, permite visualizar a coligação em que bandeira, credenciador, subcredenciador e estabelecimentos

¹⁶⁶ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159.

comerciais se envolveram e formaram uma estrutura unitária e funcional¹⁶⁷, com papel integrativo e corretivo em que os diversos interesses precisam ser considerados e harmonizados¹⁶⁸.

O efeito dessa concretização da função social é justamente, nas palavras de Marinho, “a oponibilidade do inadimplemento de um contrato em relação ao terceiro interessado, que participa de contrato coligado ao primeiro, configura efeito do contrato inadimplido perante o terceiro interessado”¹⁶⁹.

5.1.4.2 A boa-fé na contratação sistêmica

Como abordado no item 4.4, o princípio da boa-fé objetiva impõe aos cocontratantes coerência e proibição de comportamentos contraditórios, contribuindo para a extração do significado dos negócios jurídicos e atuando em sua estrutura. Assim, auxilia na consecução de seu fim concreto e, conseqüentemente, na implementação de sua função social.

Nas palavras de Couto e Silva, “o princípio da boa-fé contribuiu para determinar o que e o como da prestação, e ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”¹⁷⁰. Marino, por sua vez, aponta critérios para uso da boa-fé nas contratações coligadas, tais como:

- 1) prestação da parte do contrato coligado se tenha tornado inútil ao credor, por conta do inadimplemento do terceiro;
- 2) necessário haver entre o terceiro e parte do contrato coligado em relação a quem o descumprimento é oposto, comunhão de interesses, ou que, de outro modo, a parte que opõe o inadimplemento tenha a expectativa legítima de que as prestações das contrapartes se vinculam de tal modo que nenhuma delas poderia exigir a contraprestação sem que a outra também adimplisse. [...] [E]m um caso ou no outro, será necessário interpretar os contratos de acordo com a boa-fé e os usos (art. 113 do Código Civil), considerando, ademais, o fim dos contratos e o fim da coligação, o tipo

¹⁶⁷ “O fim do contrato unifica a relação contratual *in concreto*, tornando-a “uma estrutura unitária e funcional”. É essa a precisa observação de Mota Pinto, para quem “o fim contratual provoca uma síntese das várias partes componentes da relação obrigacional complexa numa “unidade mais elevada”, constituindo a relação contratual um “todo unitário”” (grifos originais) (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual. p. 75 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132).

¹⁶⁸ “No direito contemporâneo fica cada vez mais clara a ideia de que existem contratos de organização. Nestes contratos, o negócio jurídico cede a um fenômeno mais importante do ponto de vista prático e também jurídico que é a presença de uma estrutura de harmonização de interesses”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.74).

¹⁶⁹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

¹⁷⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

e o subtipo dos contratos envolvidos, a qualificação das partes, o comportamento anterior e posterior à conclusão dos contratos e o de seus contextos¹⁷¹.

Nos arranjos de pagamento via cartões, o credenciador está em posição privilegiada em relação ao subcredenciador e a estabelecimentos comerciais. Isso porque, na medida que possui visão global do arranjo, detém poderes de controle, supervisão e coordenação igualmente mais amplos.

Ainda, o nexos funcional existente no arranjo em questão forma unidade, pois se mostra e é percebido pelos estabelecimentos comerciais, econômica e juridicamente, como um corpo único. Estabelecimentos comerciais, a rigor, não visualizam os diferentes contratos e relações jurídicas entre cocontratantes do arranjo.

O credenciador tampouco prioriza essa separação, dado que o objetivo principal é promover e expandir o arranjo de pagamentos, e não explicar os detalhes das diversas estruturas jurídicas que o compõem. Certamente, se priorizasse essas questões estruturais e impusesse inúmeras e complexas ressalvas, o subcredenciador enfrentaria dificuldades para promover o arranjo perante os estabelecimentos comerciais locais, por se tratar de mercado altamente competitivo.

Conforme já abordado neste trabalho, todos possuem interesses comuns, uma vez que pretendem oferecer meio de pagamento eficiente aos usuários finais, atraindo-os e maximizando vendas e, conseqüentemente, receitas do próprio arranjo. Assim, na hipótese de falha de pagamento pelo subcredenciador, a coligação se torna disfuncional, frustrando expectativa legítima do estabelecimento comercial, essa fomentada pelo credenciador.

Nesse contexto, o princípio ou cláusula da boa-fé objetiva se materializa¹⁷², impondo dever de proteção às expectativas criadas (tutela da confiança) e ao patrimônio dos estabelecimentos comerciais (proteção do patrimônio). No universo dos arranjos de pagamento, essa proteção significa assegurar que os fluxos de pagamentos e repasses ocorrerão tal como esperado e previsto no programa contratual.

Como mencionado no item 4.4 e estudado por Penteado, esse dever de proteção com base na boa-fé e utilização de ações diretas vem sendo admitido pela jurisprudência em diferentes negócios. No Recurso Especial nº 106.485/AM, por exemplo, o STJ julgou que o

¹⁷¹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.

¹⁷² “Tem-se entendido que, nas hipóteses em que um contratante acaba por lesar terceiro, aquele que tomou o contrato pode ser obrigado perante o terceiro, dentro de um contexto de expansão dos deveres de cuidado e de proteção relacionados à boa-fé objetiva.”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 117).

terceiro em contrato de empreitada firmado entre construtora e o Estado seria parte legítima para propor ação diretamente contra o último por dano causado pela construtora, pois o Estado teria violado a proteção que se esperava na fase de cumprimento da obrigação. A existência de cláusula imputando integral responsabilidade à construtora foi ignorada¹⁷³.

Em outro exemplo dessa concretização, supermercados que oferecem estacionamento aos seus clientes são responsabilizados em caso de furto de veículos por terceiros com base na boa-fé. Entende-se que há violação à confiança de que o carro estará seguro.

5.1.5 A violação contratual oriunda da falha de pagamento e o processo obrigacional

Os cocontratantes, em especial o credenciador, devem agir de modo que o arranjo de pagamento funcione conforme o programa apresentado, notadamente, os fluxos de repasses de recursos, não se tornando instrumento para proliferação de prejuízos. Mais especificamente, o credenciador deve agir de modo a assegurar que as obrigações inerentes ao arranjo caminhem ao adimplemento. O estabelecimento comercial, nesse sentido, não é mero terceiro em relação ao credenciador; ao contrário: é titular de legítimos interesses, relevantes juridicamente e passíveis de proteção.

Com efeito, a falha de pagamento, com interrupção desse fluxo de repasses, desafia as estruturas e função da contratação coligada, representada pelos arranjos de pagamento via cartão. Deflagra, assim, processo obrigacional, em que a cláusula da boa-fé objetiva e a função social do contrato se preenchem e passam a incidir concretamente. Logo, a falha de pagamento configura violação a dever contratual, decorrente do arranjo de pagamento, que independe da vontade originária do credenciador¹⁷⁴.

Conforme Karl Renner fala aos operadores do direito,

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 106.485/AM. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO CAUSADO A TERCEIRO POR EMPREITEIRA DE OBRA PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE CULPA *JURE ET DE JURE*. É *jure et de jure* a presunção de culpa do Estado por atos da empreiteira que para ele executa obra pública, por isso mesmo é que se deve ver nos próprios atos ilícitos praticados pelo preposto a prova suficiente da culpa do preponente. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recorrente: JORGE DA LUZ MACHADO FREIRE. Recorrido: CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A e ESTADO DO AMAZONAS. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, 13 de junho de 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 set. 2000.

¹⁷⁴ “O reconhecimento dos deveres de proteção pela doutrina e pela jurisprudência como elementos da relação contratual complexa traduz de certo modo uma ligação com o contrato celebrado. Por isso, sua violação representa, numa opinião muito generalizada, um ilícito contratual na forma de violação contratual”. (FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 43).

será nossa tarefa demonstrar que o desenvolvimento histórico do direito e o aumento dos direitos individuais e a sua queda, decorre do desenvolvimento dissociado de instituições jurídicas e econômicas, bem como de que a mudança nas funções sociais das instituições jurídicas toma lugar em uma esfera fora do alcance das normas e que eventualmente necessita de uma transformação das normas jurídicas¹⁷⁵.

Com base em tudo isso, esta pesquisa sustenta juridicamente que, sendo o arranjo de pagamento via cartão uma coligação contratual, os coparticipantes ou terceiros-parte possuem deveres recíprocos entre si, de natureza contratual. Podem, ainda, vir a ser legítimos titulares de ações diretas um contra os outros, com fundamento em violação contratual.

5.2 AVALIAÇÃO DE LIMITES IMPOSTOS AO PROCESSO OBRIGACIONAL SUPRACONTRATUAL NOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS

Os arranjos de pagamentos, sob as premissas analisadas ao longo deste estudo, induzem à formação de deveres aos cocontratantes, a despeito da declaração de vontade expressa. Contudo, essa formação não é ilimitada. A concretização dos princípios ou preenchimento da cláusula da boa-fé objetiva e da função social do contrato exigem juízo de proporcionalidade e razoabilidade¹⁷⁶, sob pena de desbordarem para o arbítrio descontrolado e o assistencialismo social. Segundo Penteado,

a proporcionalidade exige, quando da verificação dos efeitos protetivos a terceiro, uma visão do equilíbrio do contrato, notadamente do equilíbrio entre prestação e contraprestação adequados, para não se ampliar excessivamente o custo da prestação. [...] Já a razoabilidade exigida no tema demanda a invocação de algum instituto, desde os conhecidos para a proteção do terceiro, quer outras construções que se prestem a isso, como as categoriais do direito obrigacional geral, tal qual a novação, por exemplo. Invocar instituto conhecido a que se possa reconduzir a figura permite, quer extrajudicialmente, quer judicialmente, que o debate jurídico mantenha-se dentro de um contexto de racionalidade¹⁷⁷.

Nas palavras de Godoy,

¹⁷⁵ RENNERT, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1949. p. 52.

¹⁷⁶ “Quando de procura a composição adequada dos princípios tem sido voz corrente a preocupação com a possibilidade de equilíbrio e a manutenção da razoabilidade. Esta estaria garantida no sistema de direito nas hipóteses em que se fizesse atenção ao princípio da proporcionalidade. Ele é a condição de aplicação equilibrada do princípio da relatividade com a função social do contrato e também é o que permite, quando se fizer o estudo das figuras processuais, sopesar as analogias que importam para efeito do estudo” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 247).

¹⁷⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 250.

a aplicação das cláusulas gerais não significa uma subjetivação de critérios do julgador, implicando, antes, o reenvio a dados do sistema, ou a ele reconduzíveis, que dão um conteúdo objetivo às cláusulas gerais, de toda sorte muito diferente de um pretense arbitrio legado à jurisdição¹⁷⁸.

E, especificamente em relação aos limites da aplicação da função social do contrato, como abordado no item 4.3, o juiz não pode desvirtuar a função natural e econômica do contrato, transformando o contrato em algo diferente, sob o pretexto de estar garantindo uma suposta “função social”.

Com relação à boa-fé objetiva, do mesmo modo, conforme defendido por Junqueira de Azevedo e Menezes Cordeiro, sua concretização deve buscar *standards*, diretrizes concretas¹⁷⁹. Considerando essas diretrizes, o princípio da boa-fé deverá incidir em concreto sobre os fatos, extraindo-se daí seu significado¹⁸⁰. A título de exemplo, a existência de coligação e a proximidade do terceiro ao contrato – notadamente, na fase de cumprimento desse – funcionariam como *standards*.

Desse modo, para evitar arbitrariedade, é mandatório que se busquem diretrizes concretas, considerando a existência de coligação, suas circunstâncias, seu fim concreto, prestações e contraprestações. Deve existir, ainda, algum sentido entre as prestações dos contratos que formam a coligação e o dever que se pretende impor¹⁸¹. A coligação não deve se tornar inútil ao cocontratante¹⁸². Não basta aludir aos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002 abstratamente e, em seguida, impor qualquer dever não declarado pelos cocontratantes.

À primeira vista, as obrigações de pagar existentes em cada contrato do arranjo de pagamento e o fluxo de repasses, sistematicamente visualizável, são semelhantes. Além disso, as expectativas criadas e a comunhão de interesses e fim concreto nesses arranjos, somado ao

¹⁷⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 187.

¹⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Boa fé objetiva nos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615-624. p. 620.

CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1953. p. 649.

¹⁸⁰ “A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé, por igual, verificável apenas in concreto, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 35).

¹⁸¹ Konder admite a existência de ação direta entre co-contratantes de contratos conexos. Contudo, propõe que haja certa homologia entre os contratos, como a identidade de natureza das obrigações e do bem objeto dos contratos (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 260).

¹⁸² “A determinação do alcance do inadimplemento dependerá, então, da avaliação dos seus efeitos em relação a cada um dos contratos e, principalmente, frente à realização do fim concreto das partes e ao equilíbrio entre as prestações dos diversos contratos. Para tanto, será decisivo o interesse do credor da prestação, a qual, poderá ter-se tornado inútil (argumento ex art. 395, parágrafo único do Código Civil). O critério da utilidade é, portanto, essencial. No campo da coligação, trata-se de saber se o inadimplemento da prestação tornou a operação inútil para o seu credor” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199).

poder de controle e coordenação do credenciador, afastam o perigo de imposição arbitrária do dever específico ao credenciador, para assegurar esse fluxo até o final da cadeia.

Contudo, eventual expansão dessa obrigação, incorporando outras garantias além do fluxo completo de pagamentos, pode implicar em desvirtuamento do programa supracontratual e prática de assistencialismo social. Portanto, potencial imputação de responsabilidade contratual ao credenciador para assegurar proteção ao patrimônio do estabelecimento comercial, em razão de falha de pagamento pelo subcredenciador, não é automática.

No campo das limitações à imposição de deveres entre cocontratantes do arranjo de pagamento de cartões, importa também considerar os mecanismos de gerenciamento e distribuição de riscos aos seus integrantes ao longo do processo de atribuição e mensuração da responsabilidade contratual. Segundo Marino,

sob a ótica da distribuição de riscos, tratar-se-á de apurar por qual das partes do contrato foi assumido o risco do inadimplemento do 'terceiro'. Será relevante que, de algum modo, possa considerar-se que o inadimplemento do 'terceiro' pertencia à esfera de controle da parte a quem se opõe o descumprimento. Novamente, avulta o papel da boa-fé enquanto instrumento de controle da compatibilidade entre as circunstâncias e o programa contratual¹⁸³.

Sobre a responsabilização contratual entre partes não vinculadas diretamente, sob a ótica da prévia imputação de riscos, Penteado pondera que,

[q]uando uma tutela a terceiro, de modo contratual, ou seja, fora do campo da responsabilidade civil que pressupõe o dano, gerar um custo para uma das partes, por exemplo, um critério interessante a ser atendido é se este custo já estava, direta ou indiretamente previsto na repartição de riscos no contrato. O essencial não seria o modo, mas previsão antecipada. Quando o contratante é profissional, notadamente empresário, o risco da autonomia privada permitiria uma causa de imputação da obrigação no seu patrimônio. Existem previsões necessárias e previsões possíveis. Conforme a natureza, da prestação envolvida, caso o problema gerado ao terceiro seja referente ao seu mau desempenho, ou seja, inadimplemento-mora, ainda que o credor não tome atitude alguma, o terceiro prejudicado pode se valer da questão para pretender tutelar sua posição jurídica¹⁸⁴.

A sustentação de eventual matriz de risco, entretanto, dependerá de sua consistência. Uma matriz potestativamente elaborada, não compartilhada, desconhecida de parte dos cocontratantes, pretendendo conceder salvo-conduto e exoneração integral a contratantes privilegiados, não será efetiva e pouco ou nada contribuirá para a delimitação dos deveres

¹⁸³ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.

¹⁸⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 271-272.

oriundos da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Isso porque dificilmente poderá ser considerada em caso de conflito.

Uma matriz útil à delimitação desses deveres deve, como visto no item 4.5, observar a medida do “homem prudente”. Logo, deve considerar as assimetrias informacionais, atribuir os riscos de forma eficiente (imputação de responsabilidade à parte em melhor condição para prevenir o risco) e considerar posições subjetivas (*i.e.*, portes econômicos, maior ou menor propensão aos riscos do arranjo, partes em melhor posição para se desincumbir com menor custo etc.).

A total exoneração do credenciador em caso de falha de pagamento do subcredenciador, em razão de sua posição no arranjo, mesmo pelo enfoque do gerenciamento do risco, dificilmente prevaleceria ou seria justificável. Contudo, a modulação dessa responsabilidade poderia ser eficazmente arguida estabelecendo limites financeiros e temporais para a garantia do repasse, por exemplo.

6 POSSÍVEIS CONCLUSÕES NO CONTEXTO DOS ARRANJOS DE PAGAMENTOS VIA CARTÕES

Como visto, a falha de pagamento demanda resposta concreta do Poder Judiciário. Essa solução, como explicado na seção 6.1, pode ser obtida a partir de uma abordagem contratual do problema, com o uso de teste de aplicação para análise da configuração ou não de dever sistêmico (seção 6.2) e adoção de determinadas cautelas e condutas aos participantes dos arranjos de pagamento via cartões de crédito (seção 6.3).

6.1 ABORDAGEM CONTRATUAL PARA O PROBLEMA DECORRENTE DA FALHA DE PAGAMENTO NO ARRANJO DE PAGAMENTOS VIA CARTÕES

As soluções eleitas pelo Poder Judiciário para reparação do dano causado em razão da falha de pagamento do subcredenciador, com base na teoria do risco, CDC ou princípio da relatividade dos efeitos contratuais, possuem fragilidades conceituais importantes. A simples invocação desses institutos, seguida de uma decisão condenatória do credenciador ou mesmo prolação de sentença de improcedência, deixa muitas perguntas em aberto.

Os arranjos de pagamento possuem, inegavelmente, um forte apelo contratual – até porque se formam a partir da soma e articulação de diversos contratos. Nesse ambiente, a consideração de resposta igualmente contratual ao problema da falha de pagamento não seria desproporcional. Ao contrário, no limite, poderia até mesmo ser qualificada como natural, intuitiva e esperada. Como visto ao longo deste trabalho, a mobilização e diálogo entre o moderno instituto da coligação contratual, os já reconhecidos efeitos contratuais perante terceiros e os métodos de concretização dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato oferecem rico arcabouço dogmático. O Poder Judiciário poderia, portanto, valer-se desse caminho contratual para solucionar o problema objeto deste trabalho.

Poder-se-ia, é verdade, argumentar que a responsabilidade extracontratual já resolveria o problema, de modo que não haveria necessidade de empreender complexa identificação de deveres contratuais não vinculados diretamente à declaração expressa de vontade para, desse modo, invocar-se a responsabilização contratual. No entanto, em que pese a possibilidade de construção no sentido da responsabilização extracontratual, o fundamento contratual possui vantagens relevantes, que justificam o interesse na utilização desse meio.

Isso porque o lesado não precisará se aprofundar nas difíceis discussões envolvendo culpa do demandado; bastará demonstrar a existência de violação a dever contratual e, assim,

pleitear a reparação. Além disso, o prazo prescricional por violação a dever contratual é maior do que o prazo para exigir reparação civil extracontratual.

De todo modo, atualmente, a compreensão da responsabilidade civil pende e estimula soluções que assegurem a reparação de dano à vítima. Conseqüentemente, a possibilidade de utilizar o caminho extracontratual não excluiria o uso da alternativa contratual. Esses meios de obtenção da reparação de dano injusto não seriam excludentes, mas sim, alternativos. Cabe ao lesado, na busca pela reparação do dano, escolher o caminho que melhor entender para a satisfação de sua pretensão.

Porém, se é verdade que o lesado dispõe da via contratual para obter a reparação pretendida, é também verdade – e efeito inevitável – que o demandado poderá, em sua defesa, valer-se de objeções de natureza contratual. Por exemplo, poderá arguir a exceção do contrato não cumprido, caso o lesado não tenha honrado obrigação contratual que lhe competia. Isso porque, como destacado por Penteado¹⁸⁵, existem posições jurídicas ativas e passivas na relação contratual.

6.2 SUGESTÃO DE TESTE DE APLICAÇÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se mobilizar e identificar pontos de diálogo entre o instituto da coligação contratual, efeitos sobre terceiro, função social do contrato, boa-fé objetiva e gerenciamento de riscos. A partir dessa busca, desenha-se um teste com propósito específico e prático: permitir àqueles que pretenderem se envolver ou aproximar de arranjo de pagamento – notadamente credenciadores, subcredenciadores e estabelecimentos comerciais¹⁸⁶ – avaliar se existem ou potencialmente existirão fundamentos para a responsabilização contratual de parte contratante perante coparticipante (terceiro parte) pelo inadimplemento da contraparte, a despeito de inexistir vínculo contratual direto expresso. Para isso, propõe-se sete etapas básicas (não exaustivas):

¹⁸⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 214-215.

¹⁸⁶ O teste de aplicação em questão foi desenhado tendo especialmente para as relações contratuais mantidas entre credenciadores, subcredenciadores e estabelecimentos comerciais, bem como pensando na liquidação das transações financeiras tipicamente esperadas no arranjo de pagamento. Contudo, em que pese não tenha sido feito especificamente para imputação ou rejeição de outras obrigações e relações contratuais, poderá ser útil também para solucionar outros conflitos decorrentes da instituição e desenvolvimento dos arranjos de pagamentos, mediante adaptações e aprimoramentos.

- a) identificar se há pluralidade de contratos, nexos funcional entre esses, unidade econômica e um fim comum. Ou seja, se há coligação contratual e, portanto, campo fértil para a formação de relação jurídica base, intra-eficaz;
- b) identificar se há terceiros prejudicados, determinando o grau de aproximação desses ao arranjo. São interessados, cocontratantes, terceiros-parte ou estranhos?;
- c) identificar se:
 - o potencial demandado sabia ou conhecia os principais termos do contrato firmado entre a contraparte e o terceiro-parte prejudicado, especialmente o fluxo de repasses dos pagamentos prometidos;
 - eventual falha nesse fluxo de repasses seria capaz de colocar em risco a estabilidade do arranjo de pagamentos, ainda que localmente.
- d) identificar se a prestação essencial, prometida ao terceiro-parte, tornar-se-á inútil e se o comportamento do potencial demandado gerou razoáveis expectativas aos terceiros-parte;
- e) identificar se o arranjo de pagamento foi promovido de forma unitária quando da aproximação pelo terceiro-parte, bem como a maior ou menor capacidade de coordenação e supervisão dos participantes; e
- f) identificar eventual matriz de risco, determinando se essa é coerente com o nível de informação e capacidade dos participantes dos arranjos.

A depender das respostas aos itens acima, haverá constituição, ou não, de dever sistêmico. E, em caso positivo, será possível saber até que ela se deu.

De forma mais simplificada, diante da falha de pagamento e arranjo contratual, para imputação, ou não, de responsabilidade ao credenciador, o magistrado poderá avaliar se: (i) há contrato entre o credenciador e subcredenciador e entre subcredenciador e estabelecimentos comerciais, sem os quais o arranjo de pagamento não se operacionalizaria nem atingiria seu fim último (ou seja, viabilizar a aquisição de produtos pelo usuário final junto aos estabelecimentos comerciais); (ii) os estabelecimentos comerciais venderam seus produtos via arranjo de pagamentos promovido por subcredenciador, mas não receberam o valor devido; (iii) a falha de

pagamento do subcredenciador prejudicou coletividade de estabelecimentos comerciais em determinada região; e (iv) o estabelecimento não obteve melhor condição comercial para manter, nem se comprometeu a manter o credenciador indene, a despeito dos atos praticados pelo subcredenciador. Sendo positiva a resposta a todas as quatro questões, por tudo até aqui exposto, poder-se-ia imputar responsabilidade contratual ao credenciador pela falha de pagamento do subcredenciador.

A reforçar essa tentativa de teste de aplicação, cabe citar estudo de caso conduzido por Alan Schwartz e Robert E. Scott nos Estados Unidos¹⁸⁷, envolvendo os efeitos sobre terceiros e *contractual networks*. Nele, os autores destacam a relevância e utilidade da busca por parâmetros de aplicação. Nesse sentido, observaram que, naquele país, os tribunais tendem a conceder o *status* de beneficiário ou, em outros termos, a tutela de terceiro-parte “quando os membros do contrato parecem estar suficientemente bem informados sobre a classe de beneficiários a qual o membro pertence para precificar o seu desempenho e quando essa parte [terceiro] valoriza altamente o desempenho do membro promitente”¹⁸⁸ (tradução nossa).

Observaram, ainda, que “reclamações de terceiros membros de uma rede de negócios contra outros membros têm maior probabilidade de sucesso do que reclamações feitas por terceiros que não estão em uma rede”¹⁸⁹. Isso porque “tribunais são mais inclinados a negar pedidos de não membros. [...] Quando há um reconhecimento de interesses comuns e alta probabilidade de associação futura, as partes têm mais chances de cooperar para ganhos mútuos, assim como são mais propensas a pedir a ajuda das cortes para punir desertores”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ É verdade que o direito e cortes norte-americanos operam de forma diversa do direito e cortes brasileiros. Ainda assim, esse estudo oferece conclusões úteis, pois os arranjos de pagamento daqui se inspiram quase que totalmente no modelo norte-americano. Ademais, segundo se extrai do texto, o problema dos efeitos sobre terceiros e as contratações coligadas impõem desafios semelhantes aos operadores americanos. (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Third-party beneficiaries and contractual networks. *Journal of Legal Analysis*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 325-361, 2015. p. 355.).

¹⁸⁸ No original: “when the contract members appear sufficiently well informed about the beneficiary class to which the member belongs to price a contract member’s performance [and] when that party [third party] values the promisor member’s performance highly” (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Third-party beneficiaries and contractual networks. *Journal of Legal Analysis*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 325-361, 2015. p. 355).

¹⁸⁹ No original: “claims by third party members of a business network against other members are more likely to succeed than claims brought by third parties who are not in a network” (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Third-party beneficiaries and contractual networks. *Journal of Legal Analysis*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 325-361, 2015. p. 356).

¹⁹⁰ No original: “court[s] are inclined to deny nonmember claims. [...] [W]hen there is recognition of common interests and high probability of future association, parties are more likely to cooperate for mutual gain and are also more willing to enlist the aid of courts in punishing defectors” (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Third-party beneficiaries and contractual networks. *Journal of Legal Analysis*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 325-361, 2015. p. 356).

6.3 CAUTELAS E CONDUTAS DIANTE DOS ARRANJOS DE PAGAMENTO VIA CARTÕES

Na resolução de conflitos decorrentes de falhas de pagamento, por tudo que se apurou ao longo deste trabalho, acredita-se que o remédio contratual precisaria ser seriamente considerado pelos tribunais. Deve haver aferição em concreto dos requisitos e pressupostos da coligação contratual, assim como o efeito sobre terceiros e a aplicação da função social do contrato e boa-fé objetiva, além das matrizes de riscos eventualmente pré-estabelecidas.

Nesse processo de concretização normativa, deve-se, entretanto, tomar cuidado para não desvirtuar o fim da própria coligação e desbordar para o assistencialismo judicial. A invocação superficial de outros institutos como a teoria do risco e o CDC deveria ser evitada, sob pena de sua banalização e resposta artificial a problema multifacetado, ligado às complexas realidades contratuais e negociais de hoje em dia.

Na posição de credenciador, quando da decisão de contratar um subcredenciador para a promoção de arranjo em localidade específica, possivelmente será mais prudente reconhecer que as atitudes do subcredenciador poderão induzir à responsabilidade. Assim, valendo-se de sua posição privilegiada dentro do arranjo, recomenda-se ao credenciador:

- a) atuar para que a matriz de risco seja previamente discutida, reconhecendo possíveis responsabilidades, mas estabelecendo limites para as mesmas – tal trará maior previsibilidade em caso de falha de pagamento, por exemplo. A matriz de risco precisará ser minimamente coerente com a posição e porte das partes, sob pena de não prevalecer em caso de conflito;
- b) ser transparente, informando estabelecimentos comerciais para que esses compreendam as consequências de se aproximarem desse arranjo, notadamente, os limites de responsabilidade;
- c) idealmente, estabelecer de maneira expressa o fim do arranjo de pagamento, compartilhando-o ostensivamente por toda cadeia. Isso contribuirá, em cenário de funcionamento anormal, para a concretização controlada e limitada da função social da contratação e da boa-fé objetiva, à medida que o lesado não poderá manejar pretensões que extrapolem e desvirtuem esse fim;

- d) implantação de mecanismos de controle e mitigação de danos, como, por exemplo, fundos de reserva, limites de operação (*e.g.*, regras para antecipação de recebíveis), retenções, autorizações para realização de pagamentos diretos; e
- e) no limite, a depender dos custos de transação, optar por estabelecer contrato apartado, no qual todos os participantes da coligação (e não apenas os mais privilegiados) adeririam, estabelecendo nexos intercontratual e a matriz básica de risco/responsabilidades¹⁹¹.

Sob a ótica do estabelecimento comercial, recomenda-se: (i) informar-se previamente sobre o funcionamento do arranjo de pagamentos e seus participantes; (ii) solicitar a matriz de risco do arranjo de pagamento; e, especialmente, (iii) conhecer os mecanismos de mitigação de danos e canais de comunicação. Ao primeiro sinal de problema, seria recomendável notificar formalmente os instituidores do arranjo.

¹⁹¹ “Muitas vezes, as partes tomam o cuidado de celebrar contrato à parte, cujo objeto é justamente disciplinar o nexos intercontratual. Essa espécie de ‘metalinguagem contratual’ poderá, então, configurar verdadeiro ‘contrato-quadro de ligação’, como preconiza Marmayou”. (MARMAYOU, Jean-Michel. *L’unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*. p. 457 *apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157).

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 5, p. 11-28, jan./abr. 2014.
- ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ATIYAH, Patrick. **The rise and fall of freedom in contract**. Oxford: Clarendon, 1979.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. 1986. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Boa fé objetiva nos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615-624.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- BERALDO, Leonardo de Faria. Os 18 anos da função social do contrato. *In*: BARBOSA, Henrique. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Coords.). **A evolução do Direito Empresarial: os 18 anos do Código Civil – Obrigações e Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p.307-350.
- BERGSTEIN, Laís. Conexidade Contratual, Redes de Contratos e Contratos Coligados. **Revista de Direito do Consumidor**, [s. l.], v. 109, p. 159-183, jan./fev. 2017.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos, FINK, Marina, MAGGI, Kelvin. A cláusula geral da função social dos contratos. *In*: PIZA, Paulo Luiz de Toledo; TZIRULNIK, Ernesto (Coords.). **Direito do Seguro Contemporâneo**. São Paulo: Roncarati, 2021. p. 87-106.
- BRANCO, Gerson. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRANCO, Gerson. A função social do contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira

da (Coords.). **A evolução do Direito Empresarial: os 18 anos do Código Civil – Obrigações e Contratos.** São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 281-305.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial nº 541.867/BA. COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. [...]. Recorrente: AMERICAN EXPRESS DO BRASIL S/A TURISMO. Recorrido: CENTRAL DAS TINTAS LTDA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator para Acórdão: Ministro Barros Monteiro, 10 de novembro de 2004. **Diário de Justiça**, [Brasília], p. 227, 16 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 735.249/SC. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E REPARAÇÃO DE DANOS. AQUISIÇÃO DE CONCHA BRITADORA. HIPOSSUFICIÊNCIA E DESPROPORÇÃO DE FORÇAS ENTRE AS PARTES. [...]. Agravante: COPEX IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. Agravados: COMERCIAL DE EXPLOSIVOS DAVI LTDA e ETZOLD E COMPANHIA LTDA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], n. 1904, 04 fev. 2016. Disponível em: <https://is.gd/BDp4Nu>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 444.716/BA. [...] A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente [...]. Recorrente: ITAU SEGUROS S/A. Recorrido: JOÃO PEDRO SOARES DE CARVALHO. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, 11 de maio de 2004. **Diário de Justiça**, [Brasília], p. 300, 31 maio 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 253.506/PR. [...] o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). Contudo, tem admitido o abrandamento da regra quando ficar demonstrada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, autorizando, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC (teoria finalista mitigada) [...]. Agravante: J MALUCELLI SEGURADORA S/A. Agravado: MARCELO FOCHI MACHADO. Relator: Ministro Marco Buzzi, 23 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], 29 out. 2018. Disponível em: <https://is.gd/KcFF77>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.787.192/BA. [...] INCIDÊNCIA DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. HIPOSSUFICIÊNCIA EVIDENCIADA. [...]. Agravante: SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL. Agravados: MACTER LOCAÇÃO DE MAQUINAS EQUIPAMENTOS EIRELI e LUIZ CARLOS LIMA MENDES. Relator: Ministro Raul Araújo, 24 maio 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, [Brasília], 30 jun. 2021. Disponível em: <https://is.gd/w2qfNO>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 106.485/AM. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO CAUSADO A TERCEIRO POR EMPREITEIRA DE OBRA PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE CULPA *JURE ET DE JURE*. É *jure et de jure* a presunção de culpa do Estado por atos da empreiteira que para ele executa

obra pública, por isso mesmo é que se deve ver nos próprios atos ilícitos praticados pelo preposto a prova suficiente da culpa do preponente. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recorrente: JORGE DA LUZ MACHADO FREIRE. Recorrido: CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A e ESTADO DO AMAZONAS. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, 13 de junho de 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 set. 2000.

CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 5, v. 20, p. 125-150, out./dez. 2004.

CAVALCANTI, Luis Felipe; SANTOS, Edson Luiz dos. **Payments 4.0**: as forças que estão transformando o mercado brasileiro. São Paulo: Linotipo Digital, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1953.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org). **Obrigações**: Estudos sob a perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, set./dez. 1998. p. 175-186.

D'ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; PAIXÃO, Ricardo F; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados. **GV Executivo**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 25-29, fev./abr. 2006. Finanças. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/gvexec.v5n1.2006.34365>. Acesso em: 31 maio 2022.

ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 132, p. 111-128, out./dez. 2003.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; SILVA, Giselly Prado; THAMAY, Rennan. **A função social do contrato**: atualizado de acordo com a lei de liberdade econômica (Lei nº 13.874/2019) e o regime jurídico emergencial de direito privado (Lei nº 14.010/2020). São Paulo: Almedina, 2021.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *In*: ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas no novo Código Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. v. 2. p. 133-159.

HOCK, Dee. **Nascimento da Era Caórdica**. São Paulo: Cultrix, 2000.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**: grupos y redes de contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Granada: Comares, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos**: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1315-1330.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 94, n. 832, p. 100-111, fev. 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A súmula n. 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coords.). **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 436-449.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. No prelo. Disponível em: https://www.academia.edu/12625973/Os_contratos_coligados. Acesso em: 20 maio 2022.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 457-496.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coords). **Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceiros. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 896, p. 35-60, jun. 2010.

MONTEIRO, Juliana Calçada; NAKAHARA, Patricia. Subcredenciador: participante autônomo do arranjo de pagamento. *In*: COHEN, Gabriel (Coord.). **Direito dos Meios de Pagamento: natureza jurídica e reflexões sobre a Lei nº 12.865/2013**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 185-205.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou Pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário ou litisconsórcio facultativo. Comunhão de interesses, conexão de causas e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 817, p. 753-762, nov. 2003.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 1254903-2. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.RELAÇÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO CREDENCIADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO (AGRAVANTE), A CREDENCIADA, FUNCIONANDO COMO INTERMEDIÁRIA FACILITADORA (INTERESSADA) E OS

AUTORES, ORA AGRAVADOS. CONTRATO CELEBRADO ENTRE OS AUTORES E A INTERESSADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPASSE DE VALORES RELATIVOS À TRANSAÇÕES EFETUADAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A AGRAVANTE E OS AGRAVADOS. [...]. Agravante: Redecard S.A. Agravados: Adelia Maria Dutra e outros. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins, 11 de maio de 2016. **Jusbrasil**, [Salvador], 20 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/340633002>. Acesso em: 01 set. 2022.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PELLEGRINO, Maria Beatriz. Gerenciamento de riscos de liquidação nos arranjos de pagamento. *In*: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno. **Banking 4.0: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020. p. 151-164.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1949.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro / Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, n. 145, p. 85-106, jan./mar., 2007.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1019-1051.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655-679.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (13ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0003875-13.2011.8.26.0577. AÇÃO DE COBRANÇA. Ausência de repasse de transações comerciais através de cartões de crédito e débito pelo sistema Visa conta corrente da autora [...]. Apelante: CIELO S/A. Apelado: AGEL INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA. Relator: Desembargador Francisco Giaquinto, 14 de janeiro de 2015. **Jusbrasil**, [Salvador], 14 jan. 2015. Disponível em: <https://is.gd/MQQUDr>. Acesso em: 10 maio 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (15ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 1102210-16.2017.8.26.0100. [...] Suspensão de repasse aos estabelecimentos comerciais

autores de valores de vendas realizadas com cartão de crédito e débito – Fato incontroverso – Réis, responsáveis por tal repasse, que mantêm parceria comercial – Responsabilidade solidária reconhecida, com a consequente legitimidade passiva da credenciadora [...].
 Apelante: GLOBAL PAYMENTS - SERVIÇOS DE PAGAMENTOS S.A. Apelados: DIRECT FACIL ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ME e outros. Relator: Desembargador Vicentini Barroso, 16 de agosto de 2018. **Jusbrasil**, [Salvador], 16 ago. 2018. Disponível em: <https://is.gd/Rs8xEb>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (16ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 1045311-41.2017.8.26.0506. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA [...].
 Apelante: BRB BANCO DE BRASILIA S/A. Apelados: AUTO POSTO DE SERVIÇOS AGPM LTDA e outros. Relator: Desembargador Simões Vergueiro, 07 maio 2019. **Jusbrasil**, [Salvador], 07 maio 2019. Disponível em: <https://is.gd/JS2unX>. Acesso em: 10 maio 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (37ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 2210878-73.2017.8.26.0000. [...] Empresas requeridas que atuam em cadeia, sendo a Direct Fácil a intermediadora de informações, enquanto que a Global Payments, assim como o Banco de Brasília, exercem os papéis de adquirentes e credenciadores do fluxo de dinheiro e informações das operações [...]. Agravante: GLOBAL PAYMENTS – SERVIÇOS DE PAGAMENTOS S.A. Agravado: BICUDO CENTER CAR VEICULOS LTDA. Relator: Desembargador Sergio Gomes, 06 de fevereiro de 2018. **Jusbrasil**, [Salvador], 07 fev. 2018. Disponível em: <https://is.gd/8nUdwN>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 91, p. 141-159, 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Third-party beneficiaries and contractual networks. **Journal of Legal Analysis**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 325-361, 2015.

TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 13, n. 50, p. 93-134, abr./jun. 2012.

TEUBNER, Gunther. **Network as connected contracts**. Tradução Michelle Everson. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238724211_Networks_as_Connected_Contracts/link/5a47ca19a6fdcce1971c7ad0/download. Acesso em: 31 maio 2022.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2009.

WEINGARTEN, Celia. Leasing: LEY 25.248 – Contratos conexados y reparación de daños. **Revista de direito do consumidor**, [s. l.], n. 44, p. 9-19, out/dez. 2002.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008.