

**Maria Eduarda Echeverria Magacho**

**Responsabilidade do terceiro interferente  
na relação pré-contratual**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada como  
requisito parcial para obtenção do  
grau de Mestre em Direito Civil  
Contemporâneo e Prática Jurídica da  
PUC-Rio.

Orientadora: Prof. Aline Terra

Rio de Janeiro,  
agosto de 2022

**Maria Eduarda Echeverria Magacho**

**RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO INTERFERENTE NA  
RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

**Prof. Aline Terra**

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Carlos Nelson Konder**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Renata Steiner**

Departamento de Direito – FGV-SP

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

### **Maria Eduarda Echeverria Magacho**

Graduou-se em Direito pela PUC-Rio em 2015. Cursou pós-graduação em Direito Privado pela PUC-Rio em 2018. Advogada.

#### Ficha Catalográfica

Magacho, Maria Eduarda Echeverria

Responsabilidade do terceiro interferente na relação pré-contratual / Maria Eduarda Echeverria Magacho; orientadora: Aline Terra. – 2022.

107 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Responsabilidade civil. 3. Pré-contratual. 4. Ruptura tratativas. 5. Terceiro interferente. 6. Terceiro cúmplice. I. Terra, Aline. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

À minha mãe e à minha irmã, que sempre estiveram presentes nos momentos mais importantes da minha vida e me forneceram todo o suporte necessário para que eu pudesse trilhar meu caminho profissional.

## AGRADECIMENTOS

À Professora Aline Terra, notável jurista que encanta a todos com sua capacidade intelectual e com o brilhantismo com que conduz as aulas e os debates. Tive o privilégio de ser por ela orientada no mestrado e sou grata por seus valiosos ensinamentos.

Com grande admiração, agradeço também aos demais professores do mestrado de quem tive imensa satisfação de ser aluna: Maria Celina Bodin de Moraes, Carlos Nelson Konder, Ana Luiza Nevares, Caitlin Sampaio Mulholland, Marcelo Calixto, Roberta Mauro, Ronaldo Cramer, Thamis Dalsenter Viveiro de Castro.

Gostaria de mencionar, também, com deferência, a professora Renata Steiner, que gentilmente aceitou participar das minhas bancas de qualificação e defesa da dissertação.

Aos queridos amigos da turma do mestrado de Direito Civil da Puc-Rio do ano de 2020, Ana Luiza Fernandes, Bruna Kamarov, Carolina de Marsillac, Cristiano Schiller, Daniel Viégas, Daniela Domingues, Diego Monteiro Baptista, Isabel Dunshee, Felipe Kadlec, Guilherme Macedo, Leonardo Ribeiro da Luz, Manoela Medeiros Sales, Maria Gentil, Paulo Mostardeiro, Pedro Alberto Schiller de Faria, Pedro de Abreu Campos, Pedro Ramallete e Pedro Sack, agradeço pelos seminários preparados por cada um de vocês com tanta dedicação, enriquecendo nossas aulas e debates.

Agradeço também aos advogados da minha equipe direta de trabalho – Iara Conrado, Carolina Gomes, Igor Pinheiro e Ana Thereza Maranhão –, que sempre atuaram com parceria e excelência, permitindo-me concluir este projeto.

Agradeço, finalmente, à minha família e aos poucos e bons amigos do peito, pilares da minha vida, que me apoiam de diferentes formas para que eu siga em busca de novas lições e com vontade de conhecimento.

## Resumo

Magacho, Maria Eduarda. **Responsabilidade do terceiro interferente na relação pré-contratual**. Rio de Janeiro, 2022. 107p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação tem como objeto a análise das nuances envolvendo a responsabilização do terceiro que instiga a ruptura de tratativas de contrato do qual não faria parte. No ordenamento jurídico brasileiro, já se encontram consolidadas as teorias da responsabilidade pré-contratual e da doutrina do terceiro cúmplice, porém, ainda é escasso o material que analise a junção dos dois institutos.

A aplicação desses dois institutos é vista com cautela, evitando-se interferências exacerbadas em atos de autonomia e na livre-concorrência. Contudo, isso não pode isentar o terceiro de responder pelo ato ilícito que praticou, representando um salvo-conduto para interferir indevidamente nas relações alheias.

A primeira parte do trabalho aborda o conceito e os aspectos envolvidos na responsabilidade civil pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas e na doutrina do terceiro cúmplice. Por sua vez, o último capítulo se destina ao cotejo entre os dois institutos, demonstrando-se as semelhanças entre eles e de que forma as diferenças podem ser superadas para se permitir a responsabilização do terceiro que interfere na fase pré-contratual.

A partir desse cotejo, entende-se haver campo bem delimitado para a aplicação da doutrina do terceiro cúmplice na fase pré-contratual, caso os requisitos abordados neste estudo sejam preenchidos.

## Palavras-chave:

Responsabilidade civil. Pré-contratual. Ruptura tratativas. Terceiro interferente. Terceiro cúmplice.

## Abstract

Magacho, Maria Eduarda. **Liability of the third party in the pre-contractual phase**. Rio de Janeiro, 2022. 107p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The objective of this master thesis is to analyze the nuances involving the liability of the third party that instigates the break of negotiations regarding a contract in which he would not be a party. In Brazilian legal system, the theories of pre-contractual liability and complicit third party are already consolidated, however, the material that analyzes the junction of the two institutes is still scarce.

The application of these two institutes is seen with caution, avoiding exacerbated interference in acts of autonomy and free competition. However, this cannot exempt the third party from being liable for the illicit act he practiced, representing a safe-conduct for him to improperly interfere in other relationship.

The first part of this master thesis addresses the concept and aspects involved in the pre-contractual civil liability for break of negotiations and in the study of the complicit third party. In turn, the last chapter is dedicated to the comparison between the two institutes, analyzing the similarities between them and in which way the differences may be overcome to allow the liability of the third party that interferes in the pre-contractual phase.

From this comparison, there are grounds to support the application of the theory of the complicit third party in the pre-contractual phase, if the requirements analyzed in this study are met.

## Keywords:

Civil liability. Pre-contractual. Break of negotiations. Interfering third party. Complicit third party.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO I: RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DAS TRATATIVAS .....	15
1.1. O período pré-contratual.....	15
1.1.1. Delimitação do objeto de estudo: ruptura injustificada das tratativas.....	15
1.1.2. Formação do contrato .....	16
1.1.2.1. Etapas preparatórias à formação dos contratos.....	17
1.2. Natureza Jurídica .....	22
1.2.1. Extracontratual .....	23
1.2.2. Contratual.....	24
1.2.3. Terceira via .....	25
1.3. Princípio da boa-fé objetiva.....	26
1.4. Pressupostos para a aferição de responsabilidade pré-contratual.....	31
1.5. Efeitos da responsabilidade pré-contratual perante a parte desistente .....	34
1.5.1. Interesses negativo e positivo .....	34
1.5.2. Casuística e quantum indenizatório.....	36
CAPÍTULO II: A DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE.....	43
2.1. Terceiros e a nova realidade contratual .....	43
2.1.1. Princípios da relatividade e oponibilidade dos contratos.....	43
2.1.2. Alteração valorativa da análise contratual.....	44
2.1.3. Mitigação do conceito de terceiro.....	47
2.2. Oponibilidade dos contratos perante terceiros .....	51
2.3. Pressupostos para a responsabilização do terceiro que interfere na relação contratual .....	56
2.4. Efeitos da caracterização da responsabilidade do terceiro.....	61
2.4.1. Forma de responsabilização .....	61
2.4.2. Casuística e quantum indenizatório.....	66
CAPÍTULO III: RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO QUE INTERFERE NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL.....	71
3.1. A interferência do terceiro na relação pré-contratual .....	71
3.2. Possibilidade de aplicar a doutrina do terceiro cúmplice à fase pré-contratual.....	73
3.3. Pressupostos para a responsabilização do terceiro por ruptura de tratativas .....	78

3.4. Efeitos da responsabilidade pré-contratual perante o terceiro interferente .....	84
CONCLUSÃO .....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

## INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, já se encontra consolidada a teoria da responsabilidade pré-contratual, permitindo-se a responsabilização da parte que rompeu injustificadamente a fase de tratativas, após ter gerado a legítima expectativa na contraparte quando à celebração do negócio que vinha sendo negociado.

Outro instituto que também já está enraizado no ordenamento é a teoria do terceiro cúmplice, segundo a qual os efeitos dos contratos podem ser opostos a terceiros, para fins de inibição ou responsabilização pela prática de atos ilícitos contra a relação jurídica construída a partir daquele pacto, sempre que o terceiro interferir indevidamente para obstar o cumprimento da obrigação estipulada pelos contratantes.

Identificam-se diversos materiais sobre a aplicação de ambos os institutos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência – embora ainda demandem uma análise mais acurada em relação a alguns aspectos, especialmente no que tange à efetiva reparação da parte lesada. Contudo, ainda é escasso o material que analise a junção dos dois institutos, avaliando de que forma poderá haver a responsabilização do terceiro que instigou a ruptura de tratativas relativas à celebração de contrato do qual não faria parte.

A aplicação dos dois institutos é vista com cautela, evitando-se interferências exacerbadas em atos de autonomia e da livre-concorrência, o que desestimularia as operações econômicas e o fluxo de circulação de bens e mercadorias na sociedade. Essa análise deve ser ainda mais acurada na fase pré-contratual, em que o contrato sequer foi firmado. Porém, essa cautela não pode isentar o terceiro de responder pelo ato ilícito que praticou, representando um salvo-conduto para interferir indevidamente nas relações alheias.

A interferência do terceiro na fase pré-contratual é uma hipótese identificada no cotidiano, devendo receber o devido tratamento do ordenamento. Essa situação pode se tornar cada vez mais frequente, especialmente considerando o período atual, abarcado pela tecnologia, globalização e caracterizado pela multiplicação das atividades humanas, resultando na celebração de negócios jurídicos cada vez mais

complexos. Nesse contexto, abre-se espaço para o prolongamento da fase de tratativas e para o conhecimento de terceiros quanto à relação pré-contratual alheia.

Para ilustrar o tema, o terceiro pode interferir em uma relação pré-contratual visando angariar vantagens decorrentes do fato de que determinado contrato não será firmado. Isso ocorre normalmente em relações concorrenciais, no âmbito das quais o terceiro pretende evitar que o seu concorrente se alavanque no mercado, o que poderia lhe resultar em redução de lucros.

A título exemplificativo, tem-se a hipótese de um apresentador de programa de televisão que estava em negociações com a emissora “X” e, ciente do avançado estágio dessas negociações, a emissora “Y” apresenta uma oferta superior, impedindo o prosseguimento das referidas tratativas. Contudo, logo após a contratação, a emissora “Y” não oferece um programa compatível com a reputação do apresentador, revelando que o seu objetivo era apenas evitar que a emissora “X” disputasse pela concorrência. Ou seja, a intenção da emissora “Y” não era a de legitimamente oferecer um programa ao apresentador, mas sim evitar o aumento de audiência à emissora “X”.<sup>1</sup>

Há outras situações em que não se está propriamente diante de hipótese de *instigação* da ruptura do contrato por terceiro, mas a solução jurídica poderia ser análoga, especialmente diante da escassez de material sobre o tema. A título ilustrativo, pense-se no caso em que a condição para a celebração do contrato reside na implementação de alguma medida por parte do terceiro – tal como a apresentação de determinado documento, a liberação de algum gravame etc. –, porém, esse terceiro se recusa a adotar essa medida justamente porque não gostaria que aquele negócio seja firmado. Nessa situação, pode-se verificar uma atuação do terceiro para que a relação pré-contratual alheia não prossiga.

Este estudo se propõe então a analisar se o terceiro pode, de fato, responder em decorrência da ruptura de tratativas e quais seriam os pressupostos e a forma de responsabilização. Para tanto, faz-se necessário analisar os aspectos envolvidos nas teorias da responsabilidade pré-contratual e do terceiro cúmplice, verificando-se de que forma se comunicam e como poderiam coexistir.

---

<sup>1</sup> SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, p. 272.

O Capítulo 1 será dedicado a abordar a responsabilidade civil pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas, apresentando-se o seu conceito e as nuances envolvidas.

A primeira parte do referido capítulo se destinará a contextualizar a evolução da aplicação do instituto no Brasil e a analisar as etapas para a formação progressiva dos contratos, que são dinâmicas, com interpenetração entre elas e inúmeras formas de se materializarem. Judith Martins-Costa indica haver uma “*zona gris*” nesse vínculo negocial, sendo necessário apurar o nível do “*contato social*” desenvolvido pelas partes em cada etapa.<sup>2</sup> Assim, até mesmo a definição do conceito de tratativas não é tarefa simples.

Na sequência, será analisada a problemática envolvendo a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, havendo três relevantes correntes oscilando entre extracontratual, contratual ou uma terceira via. Essa definição não representa apenas uma questão meramente formal, sendo relevante para a definição do regramento aplicável, especialmente no que tange ao ônus probatório e ao prazo prescricional.

O Capítulo 1 também se destinará a abordar brevemente o princípio da boa-fé objetiva, indicando de que forma as suas diferentes funções se comunicam com o instituto da responsabilidade pré-contratual.

Passando-se para uma análise mais concreta, o Capítulo 1 abordará os pressupostos para a aferição da responsabilidade pré-contratual e de que forma pode haver a sua efetiva aplicação, ocasião em que será explicada a diferenciação entre interesses negativo e positivo. A última parte do capítulo apresentará alguns julgados relativos ao tema, que auxiliam na árdua tarefa de se verificarem parâmetros para a fixação de danos em decorrência da ruptura de tratativas.

Por sua vez, o Capítulo 2 abordará a teoria do terceiro cúmplice, igualmente apresentando o seu conceito e a problemática envolvida. A primeira parte do referido capítulo explicará de que forma a teoria ganhou espaço, ultrapassando a forte concepção liberal de que terceiros não poderiam sofrer os reflexos de um contrato que não firmaram. Serão também abordados os princípios da relatividade

---

<sup>2</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

e da oponibilidade dos contratos e verificado de que forma se comunicam com a ideia de que terceiros não devem interferir na relação contratual alheia.

Na sequência, será analisada a evolução histórica da doutrina do terceiro cúmplice em nosso ordenamento, apresentando os dispositivos esparsos que há séculos existem no ordenamento e o esforço doutrinário e jurisprudencial para a construção e consolidação do instituto.

Passando-se para um exame mais concreto, serão explicados os pressupostos para a responsabilização do terceiro que interfere na relação contratual, abordando-se de que forma ocorre a sua aplicação prática, inclusive com as nuances que surgem em decorrência do duplo regime de aplicação da responsabilidade. A última parte do capítulo também será destinada a analisar alguns julgados sobre o tema.

Já o Capítulo 3 fará o cotejo entre os dois capítulos anteriores, demonstrando-se as semelhanças entre os institutos e de que forma as diferenças podem ser superadas para se permitir a responsabilização do terceiro que interfere na fase pré-contratual. Embora seja escasso o material sobre o tema, o capítulo apresentará as referências esparsas que se identificam na doutrina e jurisprudência, inclusive no ordenamento estrangeiro a partir do *leading case* relativo ao caso *Pennzoil v. Texaco*.

Nessa parte, também será analisada a aplicação de princípios comuns aos dois institutos, o que favorece a sua conjugação. A diferenciação entre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual igualmente será abordada nessa parte inicial, explicando-se de que forma os diferentes cenários se comunicam com a doutrina do terceiro cúmplice.

Na sequência, serão abordados os pressupostos para a responsabilização do terceiro por ruptura de tratativas, que se caracterizam pela junção dos requisitos próprios identificados na responsabilidade pré-contratual e na doutrina do terceiro cúmplice. Como na hipótese em estudo ainda inexistente contrato firmado, há alguns pontos relativos aos institutos que precisam ser adaptados para permitir a sua efetiva comunhão.

A última parte do Capítulo 3 responderá então à indagação sobre como aplicar a responsabilização do terceiro que interfere na fase pré-contratual. A junção entre os dois institutos resulta em obstáculos práticos decorrentes dos diferentes

regimes de responsabilização, porém, buscar-se-á solucionar esses empasses, apresentando-se possíveis soluções para permitir a reparação da parte lesada.

Para se alcançar a efetiva responsabilização, também é importante avaliar outras questões práticas, tais como os regramentos aplicáveis relativos ao ônus probatório e ao prazo prescricional, que serão igualmente explorados na parte final do Capítulo 3.

Assim como se fez para os primeiros capítulos, o Capítulo 3 será encerrado com a análise de julgados, igualmente na tentativa de apresentar elementos que permitam concluir como a questão vem sendo aplicada pelos Tribunais.

# CAPÍTULO I: RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DAS TRATATIVAS

## 1.1. O período pré-contratual

### 1.1.1. Delimitação do objeto de estudo: ruptura injustificada das tratativas

A construção da responsabilidade civil na fase pré-contratual tem origem na obra de Rudolf von Jhering, publicada em 1861 na Alemanha.<sup>3</sup> A doutrina é fundada na *culpa in contrahendo*, reconhecendo-se o dever de indenizar decorrente da frustração na celebração do contrato por culpa de uma das partes.<sup>4</sup>

Com a multiplicação e ampliação das atividades humanas, o tema ganhou relevo. Os negócios jurídicos passaram a ser cada vez mais complexos e dinâmicos, de modo que as partes não se contentam mais em firmar contratos oriundos de institutos jurídicos estáticos e pré-definidos, buscando sempre uma opção que atenda aos interesses específicos envolvidos no caso concreto.

Nesse contexto, ampliaram-se as hipóteses de possível incidência da responsabilidade civil pré-contratual e, com isso, o tema recebeu a atenção de estudiosos. A teoria de Jhering foi então transmudada, de modo que a perspectiva para a aplicação do instituto migrou da culpa do agente, para a proteção da contraparte diante da ruptura injustificada das tratativas.<sup>5</sup>

No Brasil, a primeira obra de grande aprofundamento sobre a matéria, de autoria de Antônio Chaves, foi publicada em 1959 e iniciou a sua corrente de aceitação no país. De forma pioneira, o autor questiona se poderá alguém ser civilmente responsabilizado pelo fato de recusar contratar, indicando que a resposta seria afirmativa.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 18.

<sup>4</sup> A construção de Jhering era originalmente voltada para a responsabilidade daquele que causasse a invalidade de um contrato, porém, diversas reflexões foram extraídas de seus ensinamentos até se alcançar a responsabilidade pré-contratual.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 15.

Parte da doutrina brasileira passou a acompanhá-lo,<sup>7</sup> reconhecendo que a autonomia privada não pode ser interpretada de forma absoluta, devendo ser coadunada com outros elementos que são jurídica e socialmente relevantes, tal como o princípio da boa-fé objetiva, que impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da mútua cooperação, com vistas a alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.<sup>8</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade pré-contratual passou a ser fundamentada no artigo 422, segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Apesar de o dispositivo não ser claro sobre abarcar a fase pré-contratual, Judith Martins-Costa já esclareceu que abrange a fase em que nasce a conclusão do contrato, ou seja, a fase das tratativas.<sup>9</sup>

O tema evoluiu e, atualmente, há diversas hipóteses relacionadas à responsabilidade pré-contratual. Este capítulo se aterá à ruptura injustificada de tratativas e às diversas nuances a serem apuradas para a aplicação da responsabilidade civil.

A questão será abordada também sob a ótica dos diferentes graus de intensidade das negociações, havendo situações em que as tratativas já podem pairar sob uma cinzenta dicotomia entre relação pré-contratual e contratual.

### 1.1.2. Formação do contrato

O contrato se classifica como um negócio jurídico, bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado à autorregulamentação de interesses.<sup>10</sup> Tal instrumento pode ser firmado de forma imediata ou ser precedido de tratativas mais ou menos demoradas.

---

<sup>7</sup> Por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 72) e Orlando Gomes (*Responsabilidade pré-contratual*, in: *Parecer inéditos*, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, sem data, p. 182).

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2012, p. 16-17.

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 6.

As etapas preliminares de tratativas têm sido cada vez mais frequentes, considerando que a dinamicidade da era atual conduz ao aumento da complexidade e dos valores envolvidos nos negócios jurídicos. Com isso, a celebração dos contratos é usualmente antecedida de estudos para a compreensão de aspectos técnicos envolvidos, de *due diligence* para avaliação dos dados fáticos e jurídicos e de tratativas para a delimitação dos detalhes da operação.

Nesse cenário, identifica-se uma formação progressiva do contrato, cujo conteúdo é paulatinamente estabelecido ao longo das negociações preliminares.<sup>11</sup> A celebração do contrato não é vista como um ato estático e único, sendo fruto do comportamento e da intenção que as partes manifestam desde os primeiros contatos.

A formação progressiva do contrato se inicia então com a fase das tratativas ou negociações preliminares, podendo resultar na formalização de algum instrumento preparatório, até alcançar a apresentação da oferta e da respectiva aceitação.

Porém, essas fases também não são estáticas, podendo haver interpenetração entre elas e inúmeras formas de se materializarem.<sup>12</sup> Não rara, por exemplo, é a hipótese em que a manifestação exarada pela parte nas etapas prévias já contém verdadeiro caráter de oferta e/ou aceitação.

Judith Martins-Costa indica haver uma “*zona gris*” nesse vínculo negocial, sendo necessário apurar o nível do “*contato social*” desenvolvido pelas partes em cada etapa.<sup>13</sup>

#### **1.1.2.1. Etapas preparatórias à formação dos contratos**

A fase das tratativas é caracterizada pelo contato das partes para verificarem as respectivas conveniências na celebração de um futuro e eventual negócio

---

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo, Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: Notas para uma sistematização. In: *Direito, Cultura Método*, Org. Giovana Benetti e outros, Rio de Janeiro: GTZ Editora, 2019, p. 598.

<sup>12</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: Interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 99.

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

jurídico, debaterem o seu conteúdo, alinharem expectativas e harmonizarem a conciliação de interesses recíprocos.<sup>14</sup>

Importante deixar claro que, nessa fase, a intenção é de negociar e não propriamente de firmar o contrato definitivo, já que este pode acabar não sendo firmado a partir de desalinhamentos entre as partes ou descobertas de questões que esvaziam o interesse da parte.

Karina Nunes Fritz pontua que as tratativas se iniciam com o consentimento das partes quanto ao início do diálogo acerca de uma possível oferta ou convite, o que pode ocorrer mediante qualquer exteriorização do pensamento, podendo ser oral, por escrito, por meio eletrônico ou por comportamento concludente.<sup>15</sup>

É preferível – e até mais frequente – que o consentimento seja formalizado por escrito, como pela troca de e-mails em que as partes manifestam um interesse mútuo em iniciar o contato social. Porém, conforme pontuado acima, esse consentimento também pode ser extraído a partir de comentários orais – feitos em uma reunião, por exemplo –, o que poderá ser comprovado por meio de prova testemunhal ou depoimento pessoal.

Considerando que a etapa de tratativas pode gerar para uma das partes perdas e danos, é necessário que a comprovação do consentimento se pautar, ao menos, no comportamento concludente exarado pela parte, e não em uma expectativa hipotética depositada pela contraparte.

Embora a fase das tratativas não gere o dever de firmar o negócio jurídico, seu conteúdo e suas circunstâncias são extremamente relevantes para demonstrar que a expectativa depositada na contraparte quanto à futura contratação pautou-se por critérios objetivos e, portanto, era legítima.

De forma precedente à celebração de eventual contrato definitivo, as partes possuem a faculdade de preparar documentos que formalizem os termos discutidos durante as negociações. A depender das circunstâncias envolvidas, tais instrumentos podem representar um grau de interação maior do que as simples tratativas, mas, na maior parte das vezes, não vinculam à celebração do contrato.

---

<sup>14</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

<sup>15</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, p. 20.

Dentre tais documentos, a minuta é frequentemente utilizada, pela qual as partes e seus advogados redigem os termos do possível contrato a ser firmado. A doutrina indica que, em princípio, a minuta não resulta na celebração do negócio, já que inexistente expresso consentimento quanto à conclusão da avença.<sup>16</sup>

Isto é, as partes podem preparar a minuta justamente para avaliar se concordam com as disposições que regerão aquela relação, e pode haver discordância quanto a algum elemento essencial. De todo modo, o envio da minuta pela parte pode ser utilizado como fundamento, ao menos, para comprovar o seu consentimento quanto à fase das tratativas e, a depender da situação concreta, poderá ser suscitada como prova para o pleito de reparação de danos.

As partes também podem firmar acordos preliminares para esclarecer alguns pontos acerca das tratativas, registrar os avanços ocorridos ou se comprometer com o sigilo da operação. Tais documentos se caracterizam, por exemplo, pelas cartas de intenção, acordos de não divulgação e de confidencialidade, memorandos de entendimentos, contratos-tipos e figuras afins. Em princípio, esses documentos também não têm o condão de resultar na celebração do contrato definitivo, mas, a depender de seu conteúdo, podem acabar se caracterizando como contratos preliminares.<sup>17</sup>

Assim, a despeito da forma e da nomenclatura que cada instrumento ostente, será necessário avaliar o seu conteúdo para verificar se o seu objetivo foi apenas o de sedimentar aspectos da operação – mantendo-se na fase das negociações – ou o de se comprometer com a celebração do contrato definitivo – passando para o campo do contrato preliminar.

O contrato preliminar está definido nos artigos 462 a 466 do Código Civil e é firmado quando as partes ainda não definiram todos os elementos que devem constar do definitivo ou quando pretendem adotar algumas etapas preparatórias, mas, em qualquer cenário, já planejam formar um vínculo mais forte e seguro de que o negócio jurídico será firmado da forma que começaram a delimitar.

Na primeira hipótese, o intervalo entre o contrato preliminar e o definitivo pode ser essencial para as partes amadurecerem toda a disciplina que deve constar

---

<sup>16</sup> MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*, São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 125.

<sup>17</sup> MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*, São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 125-126.

do instrumento final, seja porque ainda não analisaram todas as informações necessárias ou porque não lhes convêm definir todos os aspectos naquele momento. Já no que tange às etapas preparatórias, pode ser interessante ou necessário que algumas questões procedimentais sejam tomadas no hiato entre o preliminar e o definitivo.<sup>18</sup>

O contrato preliminar não se encontra no campo das tratativas, de modo que o Código Civil prevê que as partes poderão exigir a celebração do contrato definitivo no prazo acordado ou quando concluídas as etapas previstas nesse instrumento prévio (artigos 463 e 466).<sup>19</sup> Portanto, está-se diante de execução específica para a conclusão do negócio<sup>20</sup> e não apenas de eventuais perdas e danos.<sup>21</sup>

Na mesma linha, a opção de compra e o pacto de preferência também se situam para além da fase das negociações, consistindo em promessas irrevogáveis do proponente no sentido de que, uma vez concretizado determinado evento, o destinatário poderá declarar a sua pretensão em exercer o direito potestativo de concluir o negócio definitivo. A opção de compra e o pacto de preferência se

---

<sup>18</sup> “[As partes] podem concluir o contrato preliminar para atingirem os seguintes objetivos: (a) obterem a documentação necessária para a celebração do contrato definitivo (como certidões, procurações, licenças administrativas, etc.); (b) fracionarem o preço, que é pago antecipadamente em parcelas e, depois, eventualmente, complementado por ocasião do contrato definitivo; (c) obterem financiamento, no intervalo entre um contrato e outro; (d) concluírem a construção do objeto do contrato, como, por exemplo, nas promessas de compra e venda relativas a unidades imobiliárias ainda em construção; (e) obterem a coisa objeto do contrato definitivo, que está indisponível, mas cuja entrega é essencial no caso de contratos reais; e (f) postergarem o pagamento de eventual tributo só incidente quando da celebração do negócio definitivo” (BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, pp. 40-41. Nessa passagem, a autora invoca os ensinamentos de António Menezes Cordeiro, extraídos da seguinte obra: *Tratado de direito civil português*. Ed. Coimbra: Almedina, v. II, t. II, 2010, pp. 303-304).

<sup>19</sup> CC, Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

CC, Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

<sup>20</sup> O artigo 464 do Código Civil estabelece que “esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Esta medida é instrumentalizada por meio de ação de conhecimento prevista no artigo 501 do Código de Processo Civil, cujo objeto é a emissão de declaração de vontade substitutiva do devedor pelo juiz.

<sup>21</sup> A doutrina esclarece que, se for a intenção do credor, a preferência sempre será pela execução específica, porém, configurado “o inadimplemento absoluto do contrato preliminar, com o desaparecimento do interesse na celebração do contrato definitivo, abre-se ao credor vítima o direito de resolver o contrato, impondo-se ao devedor inadimplente a obrigação de indenizar as perdas e danos” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 102).

encontram até mesmo em estágio posterior ao do contrato preliminar, representando verdadeiro contrato definitivo, ficando o seu aperfeiçoamento condicionado apenas ao referido exercício.<sup>22</sup>

Por sua vez, a proposta à celebração do negócio jurídico se insere em um avançado estágio visando à formalização do contrato.<sup>23</sup> Trata-se de declaração unilateral que já contém todos os elementos essenciais do contrato e, se assim não for, deve ser entendida como convite à proposta, ainda situado no campo das tratativas.<sup>24</sup>

De acordo com o artigo 427 do Código Civil, “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Ou seja, uma vez apresentada a proposta sem qualquer ressalva, não caberá falar em direito de arrependimento.

O oblato também pode apresentar uma contraproposta, sugerindo novos termos para o contrato. Nessa hipótese, a proposta original perde o seu caráter vinculante, de modo que o outrora proponente passa a figurar na posição de oblato, cabendo a ele decidir se o negócio deve ser firmado.<sup>25</sup>

O contrato pode se considerar plenamente formado após a aceitação da outra parte quanto à proposta/contraproposta, salvo se haja alguma peculiaridade no caso que exija postura diversa. A aceitação pode se identificar de forma tácita se a parte praticar ato característico quanto ao início daquele negócio entabulado, tal como, por exemplo, a entrega do bem acordado.<sup>26</sup>

Caso uma das partes apresente resistência à celebração do contrato, a contraparte poderá se valer de hipótese análoga à estudada para o contrato preliminar, propondo ação de conhecimento com vistas à execução específica do teor prometido e/ou aceito.

Enfim, considerando o dinamismo com que uma relação pode se desenvolver até a assinatura do contrato definitivo, será importante analisar as

---

<sup>22</sup> MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*, São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 135.

<sup>23</sup> Artigos 427 a 435, inseridos no Código Civil, na Seção “Da Formação dos Contratos”.

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 91.

<sup>25</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: Interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 100.

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 94.

circunstâncias e o estágio dos contatos entre as partes para fins de aplicação da solução jurídica adequada ao caso concreto.

## 1.2. Natureza Jurídica

Discute-se qual seria a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, havendo três relevantes correntes oscilando entre extracontratual, contratual ou uma terceira via. Essa definição não representa apenas uma questão meramente formal, sendo relevante para a definição do regramento aplicável, das regras referentes ao ônus probatório e do prazo prescricional.<sup>27</sup>

Estando-se diante de responsabilidade extracontratual, aplicam-se as disposições dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.<sup>28</sup> Por sua vez, se aplicável a responsabilidade contratual, o regramento seguiria o artigo 389 do Código Civil.<sup>29</sup>

A partir da leitura dos referidos dispositivos legais, pode-se identificar que o ônus probatório é mais intenso para o credor na responsabilidade extracontratual, afinal, será necessário comprovar a culpa do agente. Caso se esteja no âmbito contratual, bastaria comprovar o inadimplemento da obrigação pactuada, de modo que a carga probatória seria mais acentuada para o devedor, que deverá comprovar um motivo justo para o descumprimento.<sup>30</sup>

Por sua vez, em matéria de prescrição, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça entende que se aplica à responsabilidade extracontratual o prazo de três anos previsto no artigo 206, §3º, inciso V do Código

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual*: Interesse negativo e interesse positivo, São Paulo: Almedina, 2017, p. 130.

<sup>28</sup> CC, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

CC, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>29</sup> CC, Art. 389. não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>30</sup> CPC, Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Civil<sup>31</sup>, enquanto à responsabilidade contratual aplica-se o prazo geral de dez anos previsto no artigo 205 do mesmo diploma legal.<sup>32-33</sup>

Como se vê, a aplicação do regramento da responsabilidade contratual parece mais vantajoso ao credor, que busca o cumprimento daquilo que já foi pactuado pela contraparte.

### 1.2.1. Extracontratual

Os adeptos da natureza extracontratual defendem que, como a própria nomenclatura do instituto sugere, a responsabilidade pré-contratual se identifica em um momento anterior à formação do negócio jurídico, de modo que não se pode cogitar da aplicação do regramento da responsabilidade contratual.

A doutrina indica que a responsabilidade pré-contratual não poderia ser equiparada à contratual, sob pena de subverter a regra geral da autonomia privada na escolha em contratar, sendo necessário comprovar que a parte desistente praticou ato ilícito e não apenas que desistiu das negociações.<sup>34</sup>

Ciente da complexidade das questões envolvendo a fase pré-contratual, Judith Martins-Costa divide a responsabilidade extracontratual em três diferentes categorias, incluindo a responsabilidade pré-negocial na última delas:

Podemos, pois, pensar na responsabilidade extracontratual como gênero do qual são espécies (i) a responsabilidade aquiliana, ou delitual, fundada numa culpa ou delito civil; (ii) a responsabilidade objetiva extracontratual, nos casos indicados na lei, ou evidenciados, por construção jurisprudencial, na forma do parágrafo único do art. 927; e (iii) a responsabilidade pré-negocial, caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-negociais).<sup>35</sup>

<sup>31</sup> CC, Art. 206, §3º, V: Prescreve: [...] Em três anos: [...] a pretensão de reparação civil.

<sup>32</sup> CC, Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

<sup>33</sup> STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 2.8.2018 e STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.281.594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, DJe 23.5.2019. Vale notar que, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça chegou a aplicar o prazo trienal em ação envolvendo descumprimento contratual (Recurso Especial nº 1.281.594/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, DJe 28.11.2016), porém, tal entendimento logo foi superado.

<sup>34</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 148 e seguintes.

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

Percebe-se que a corrente majoritária defende a natureza jurídica extracontratual e também há julgados da jurisprudência nesse sentido.<sup>36</sup> Porém, conforme demonstrado na Seção 1 acima, a fase pré-contratual pode estar em etapa tão avançada que, na verdade, já se caracteriza como verdadeira relação contratual, o que resultaria no enquadramento da natureza jurídica correspondente.

### 1.2.2. Contratual

Por sua vez, os defensores da natureza jurídica contratual apontam para a existência de interdependência entre as várias fases de formação do contrato, havendo obrigações que já se iniciam na fase pré-contratual e outras que permanecem vigentes até mesmo após o encerramento da relação jurídica, na etapa pós-contratual.<sup>37</sup>

Nesse sentido, defendem que a responsabilidade pré-contratual tem origem no princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil, que está inserido no Capítulo V do referido diploma legal, destinado aos “Contratos em Geral”. Assim, caso a natureza jurídica não fosse contratual, deveria então haver previsão própria no capítulo relativo aos atos ilícitos em geral.

Adotando-se exatamente esse argumento da disposição do artigo 422 no Código Civil, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça indicou, em 2014, que “a responsabilidade civil decorrente de ruptura de tratativas tem natureza contratual”.<sup>38</sup> Vale notar, porém, que há acórdãos para ambos os lados, como visto no subcapítulo destinado à natureza extracontratual.

Autores pontuam, ainda, que o vínculo obrigacional entre as partes em tratativas se aproximaria mais do momento em que o negócio jurídico já existe do que da etapa em que o contato negocial ainda é inexistente. Por isso, diante da

---

<sup>36</sup> “O renomado mestre, em parecer transcrito no voto proferido pelo ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do Recurso Especial nº 49.564, ainda esclarece: ‘Como visto, o direito brasileiro encontra-se entre as legislações que não a consignaram explicitamente, devendo, pois, acompanhá-las na fundamentação da responsabilidade pré-contratual. Tal é a razão do entendimento de que entre nós a responsabilidade pré-contratual se rege pelas regras da responsabilidade extracontratual. Apoia-se, portanto, no art. 159 do Código Civil toda pretensão de quem seja prejudicado pela ruptura de tratativas para a conclusão de um contrato’ (STJ, 3ª Turma, REsp 1.051.065/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27.02.2013).

<sup>37</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssima do. *A obrigação como processo*, São Paulo: FGV Editora, 2013, p. 20.

<sup>38</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.367.955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24.3.2014.

indefinição sobre o tema, indicam que faria mais sentido aproximar a fase de tratativas da própria etapa contratual do que da extracontratual.<sup>39</sup>

### 1.2.3. Terceira via

Uma corrente menos frequente entende, ainda, que não seria possível enquadrar a responsabilidade pré-contratual em nenhuma das duas modalidades previstas no ordenamento, considerando que não se trata de relação contratual propriamente dita, mas também que já há certo grau de interação entre as partes. Assim, autores como Regis Fichtner Pereira entendem que a natureza jurídica deveria ser considerada como uma terceira via:

É, no entanto, claramente identificável a existência de uma relação jurídica entre os contratantes durante o desenvolvimento das negociações contratuais. Essa relação jurídica não faz surgir uma obrigação no sentido de uma pessoa estar obrigada a prestar alguma coisa em favor da outra. Essa relação não surge, porém, como ocorre na responsabilidade aquiliana, somente com o consentimento do dano. Essa relação é preexistente a qualquer dano que um dos contratantes venha a causar a outrem.<sup>40</sup>

Essa corrente entende, então, que deveria ser adotada uma sistemática própria para a responsabilidade pré-contratual, com a criação de regras novas ou a escolha por um sistema híbrido, ora adotando-se normas de natureza contratual, ora de extracontratual.

Em 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça observou a existência dessa terceira via, indicando que a responsabilidade pré-contratual é regida pela confiança, sendo “autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual”.<sup>41</sup>

A opção por essa terceira via pode resultar em notória insegurança jurídica, tendo em vista que os negociantes jamais teriam certeza quanto ao regime jurídico que seria aplicável, estando sujeito ao subjetivismo do julgador e sequer poderiam gerir adequadamente os seus riscos contratuais.

---

<sup>39</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, p. 7.

<sup>40</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 276.

<sup>41</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1.309.972/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 8.6.2017.

Por isso, o mais recomendável seria optar por algum dos dois regimes de responsabilidade, verificando-se quais regras de cada um deles majoritariamente se aplicaria à fase pré-contratual.

### 1.3. Princípio da boa-fé objetiva

A autonomia privada garante ao particular o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas,<sup>42</sup> sendo regida pela autodeterminação, que confere poder ao indivíduo de gerir livremente a sua esfera de interesses.

Trata-se de relevante princípio para o direito privado, que traz como corolário a liberdade contratual, promovendo o intenso fluxo de operações ao permitir que particulares firmem negócios jurídicos que lhes sejam mais convenientes e rentáveis. A *contrario sensu*, as partes podem optar por não se vincularem a determinado contrato, desistindo de prosseguir com a sua celebração.

Contudo, com o tempo e especialmente diante da Constituição Federal de 1988, o princípio da autonomia foi remodelado, considerando que o juízo de merecimento de tutela passou a se pautar no corolário da dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição (artigo 1º, inciso III) como cláusula geral de tutela e promoção dos valores da pessoa humana.<sup>43</sup>

Com isso, os atos de autonomia privada também passaram a ser analisados à luz de um juízo de merecimento de tutela porque muitas vezes esta autonomia pode impactar na esfera de terceiros. O advento do Código Civil de 2002 deixou isso claro ao prever expressamente que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (artigo 421).

Nesse cenário, o regime da responsabilidade pré-contratual obteve relevo, já que a perspectiva da autonomia privada deixou de ser observada de forma isolada, passando a ser compatibilizada com outros princípios que atendam a interesses sociais, como a boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé tem desempenhado relevante papel como cânone limitador de atos ilegítimos oriundos da autonomia privada, tal como a ruptura injustificada de negociações preliminares.

---

<sup>42</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

<sup>43</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 116 e 120.

Tal princípio é referido em sua acepção objetiva, que impõe às partes um padrão de conduta visando à recíproca cooperação, diante de interesses comuns e para se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.<sup>44</sup> Portanto, este capítulo não se destina à análise da boa-fé subjetiva, que está atrelada a um estado de consciência do sujeito.

Consistindo em cláusula geral, a boa-fé objetiva assume diferentes funções na qualidade de i) criadora de deveres anexos (artigo 422 do Código Civil),<sup>45</sup> ii) restritiva do exercício abusivo de direitos (artigo 187 do Código Civil)<sup>46</sup> e iii) interpretativa (artigo 113 do Código Civil).<sup>47</sup> Passa-se então à análise de tais funções, cabendo ao intérprete aplicar a que melhor se amolda ao caso concreto.

No que tange à função criadora de deveres anexos, como visto na Seção 1, a responsabilidade civil pré-contratual recebe amparo principalmente do artigo 422 do Código Civil, segundo o qual a boa-fé deve reger a atuação dos contratantes até a conclusão do contrato, no que também se inclui a etapa prévia de sua formação.<sup>48</sup>

A partir do referido artigo 422, extrai-se o conceito de que a boa-fé consiste em fonte criadora de deveres anexos à obrigação principal, que devem ser observados pelas partes independentemente das previsões expressamente pactuadas. Trata-se dos deveres de lealdade, honestidade, transparência, informação e outros que sejam relevantes a partir das circunstâncias do caso concreto.<sup>49</sup>

Tais deveres anexos perpassam pela necessária comunicação de todas as informações relevantes para a formação do convencimento da contraparte sobre a convivência e oportunidade do negócio.<sup>50</sup> Não se exige que a parte apresente todas

---

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2012, p. 16-17.

<sup>45</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>46</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>47</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>48</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 46.

<sup>50</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, p. 13.

as informações que detém, mas sim que esclareça os seus reais objetivos e os prognósticos das tratativas.

A contraparte também tem o ônus de se auto-informar, obtendo informações relevantes para o contrato mediante pesquisas próprias, o que usualmente é realizado por meio da *due diligence*. Assim, os deveres anexos não estão atrelados a aspectos que a contraparte deveria – ou poderia – ter acesso.

Essa análise acerca do ônus de se auto-informar perpassa pela experiência e pelo conhecimento das partes envolvidas, avaliando-se se os sujeitos se encontram em situação de relativa paridade fática e técnica.<sup>51</sup> Dessa forma, tal dever será reduzido se uma parte for considerada hipossuficiente em relação à outra.

Obviamente, além de vedar uma postura omissiva, os deveres anexos impedem que as partes forneçam informações falsas ou se aproveitem das negociações para obterem dados relevantes visando a ancorar deslealmente o seu próprio negócio.

No pioneiro “caso do Tomate”, proferido na década de 90, Ruy Rosado de Aguiar Júnior fundamentou seu voto justamente com base na boa-fé objetiva e no dever anexo de lealdade,<sup>52</sup> confirmando que tal princípio vem, há muito, sendo reconhecido como fundamento para a responsabilidade pré-contratual.

Os deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva também se relacionam com o princípio da confiança, privilegiando-se o comportamento que se espera da outra parte, a partir de uma apuração objetiva.<sup>53</sup> Ou seja, protege-se a confiança/expectativa que foi legitimamente criada por uma parte à outra.

Esse princípio encontra amparo no artigo 112 do Código Civil, segundo o qual: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas

---

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar*: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

<sup>52</sup> No “caso do Tomate”, restou reconhecido que agricultores que recebiam sementes para a plantação de tomates deveriam ser indenizados em decorrência da desistência por parte da Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (CICA) em adquirir os respectivos frutos. O voto teceu os seguintes comentários sobre a boa-fé: “Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento jurídico [...], o dever de lealdade durante as tratativas e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença” (TJ/RS, 5ª Câmara Cível, AC nº 591028295, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 6.6.1991).

<sup>53</sup> MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*, São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 191.

consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Deve-se, portanto, realizar uma análise objetiva do comportamento das partes.

A segunda função da boa-fé objetiva é extraída do artigo 187 do Código Civil, que impede o exercício abusivo de um direito, caracterizado pela conduta que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Com relação às negociações preliminares, a parte possui um *direito* de escolher se pretende prosseguir com determinada contratação, porém, excede o seu propósito e atua de forma abusiva se rompe as tratativas após ter ensejado a legítima expectativa de que o negócio seria firmado.

O abuso do direito pode ser avaliado sob a ótica de quatro perspectiva distintas, notadamente o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

O *venire contra factum proprium* veda o comportamento contraditório do sujeito, reputando abusiva “a conduta do contratante que, depois de ter se comportado de determinada forma, criando na outra parte uma expectativa legítima, pretende adotar comportamento oposto, frustrando a confiança despertada”.<sup>54</sup> Trata-se de perfeita definição da responsabilidade pré-contratual por ruptura de tratativas.

*Supressio* e *surrectio* representam lados opostos de uma mesma moeda, oriundas da forma como a parte se comportou em determinado período. Mais concretamente, a *supressio* consiste na supressão de um direito em decorrência de seu reiterado não exercício, enquanto a *surrectio* representa a criação de um direito por conta de um comportamento tolerado pela parte.

A *supressio* pode se aplicar à responsabilidade pré-contratual em um caso, por exemplo, em que determinada parte se compromete a apontar obstáculos para a conclusão do negócio, porém, reiteradamente deixa de assim se manifestar, gerando no outro a expectativa de que o contrato será então firmado.<sup>55</sup>

Já a *surrectio* poderia se aproximar, na hipótese em estudo, do conceito do *venire contra factum proprium*. Afinal, a parte pode acabar tolerando a prática de

---

<sup>54</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 45.

<sup>55</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 132.

atos pela contraparte que demonstram a evolução da fase de tratativas até determinado ponto em que essa contraparte acredita que já está próxima da fase de celebração do negócio jurídico.

Por sua vez, o *tu quoque* veda que o agente pretenda se beneficiar de sua própria torpeza, ou seja, do próprio ato que transgrediu ou que criou. Cristiano Zanetti cita como exemplo a hipótese em que uma parte insiste para que as negociações não sejam encerradas em função de determinada divergência apontada como secundária e, posteriormente, essa mesma parte abandona os entendimentos, baseando-se no motivo que era tido como lateral.<sup>56</sup>

Nessa situação, a parte se aproveita indevidamente de uma situação por ela criada, isto é, da criação de divergência quanto a um aspecto secundário que poderia ser perfeitamente resolvido para, depois, manifestar desistência baseando-se justamente em divergências quanto a aspectos do negócio.

Assim, em conjunto com os deveres anexos de conduta, a repreensão quanto ao exercício abusivo do direito é outro relevante pilar para o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual.

Por fim, a terceira função possui caráter hermenêutico, privilegiando-se a interpretação dos negócios jurídicos segundo critérios de boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração, a teor do artigo 113 do Código Civil. Por se tratar de norma de conteúdo vago, a Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu alguns critérios para a sua aplicação.

Mais concretamente, foi acrescentado o §1º ao artigo 113 para indicar que deve ser atribuído o sentido que i) for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio, ii) corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio, iii) corresponder à boa-fé, iv) for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável e 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.

---

<sup>56</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 136.

A referida norma não se restringe aos contratos formados, também podendo se aplicar à fase das tratativas<sup>57</sup> e traz esclarecimentos importantes para corroborar o seu fundamento jurídico. Afinal, indica expressamente que o *comportamento* das partes deve ser levado em consideração, bem como que devem ser observadas as *informações* a que as partes tinham acesso.

Isto é, a parte não pode atuar como se estivesse comprometida com a celebração de determinado negócio jurídico, omitindo as suas verdadeiras intenções para, ao final, proclamar a ruptura das tratativas sem qualquer motivo relevante.

#### **1.4. Pressupostos para a aferição de responsabilidade pré-contratual**

A responsabilização da parte que rompe as tratativas pressupõe, além dos requisitos gerais de comprovação de culpa, dano e nexos causal, i) a existência de negociações, ii) a legítima expectativa quanto à celebração do contrato e iii) o rompimento injustificado das negociações.<sup>58</sup>

A existência de negociações foi abordada na Seção 1.1. acima, quando se explicaram as diferentes etapas para a formação do contrato. Em resumo, trata-se do consentimento manifestado de forma escrita ou oral quanto ao início do diálogo destinado à verificação de conveniência das partes na celebração de um futuro negócio jurídico.

A legítima expectativa na celebração e o rompimento injustificado possuem intrínseca relação e estão atrelados às funções da boa-fé objetiva analisadas na Seção 1.3 acima, onde já foram abordados alguns exemplos de condutas que podem ensejar a responsabilização pré-contratual. A presente Seção se destina a analisar o tema de forma mais detalhada e direcionada para os requisitos próprios.

Com efeito, a expectativa na celebração representa a confiança que uma parte legitimamente depositou quanto à conclusão do negócio jurídico, diante do comportamento, omissivo ou comissivo, adotado pela contraparte.

Para tanto, deve-se observar a qualidade das partes, isto é, as suas condições pessoais, tais como aspectos pessoais, sociais, econômicos, técnicos e

---

<sup>57</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: Interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 315.

<sup>58</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, p. 19.

informativos.<sup>59</sup> Conforme abordado na Seção 1.3, a parte que possui algum tipo de desnível em relação à outra estará propícia a confiar mais rapidamente na conclusão do negócio.

Situação diferente se dá entre relações paritárias envolvendo experientes *players* do mercado, que estão – ou deveriam estar – acostumados com os contratemplos identificados durante as negociações e com a necessidade de realizarem os estudos fáticos, jurídicos e técnicos prévios.

Esse ponto está atrelado ao ônus de se auto-informar, ou seja, de verificar o que estiver ao seu alcance envolvendo a operação. Tal dever, por certo, não contempla aspectos que apenas a outra parte detém domínio e que, de acordo com a boa-fé objetiva, deveriam ser disponibilizados à contraparte.

A esse respeito, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico”, tal exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte, “que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa”.<sup>60</sup>

A título ilustrativo, a parte deve informar claramente as reais possibilidades e intenções (fáticas, econômicas e jurídicas) de firmar o contrato; elucidar para a contraparte se também estiver negociando com terceiros; atualizar a contraparte acerca dos obstáculos enfrentados no curso das tratativas que podem impedir a celebração do contrato.

Outro ponto relevante que deve ser levado em consideração para aferição da legítima expectativa é o nível do progresso das conversações sobre os aspectos essenciais do negócio, “pois à medida em que as partes vão acordando sobre os pontos do futuro contrato, mais forte se torna para elas a certeza de que as negociações serão encerradas com sucesso”.<sup>61</sup>

Nesse contexto, um legítimo consentimento quanto ao início das tratativas pode ocorrer, por exemplo, quando as partes informam que estão depositando esforços e recursos naquela negociação, como para a contratação de peritos,

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 23.

<sup>60</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.862.508/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 18.12.2020.

<sup>61</sup> Ibid., p. 24.

consultores e advogados que analisarão a viabilidade de conclusão do negócio ou com custos de viagens para vistoria e auditoria no possível objeto da contratação.

Por sua vez, o requisito da ruptura injustificada se identifica quando a parte verifica todas essas evoluções e não alerta à contraparte acerca da possibilidade de o negócio não ser firmado.

Em atenção ao princípio da autonomia privada, deve ser preservada a liberdade da parte em optar por prosseguir ou não com determinado negócio, porém, a contraparte também precisa ser protegida em seu direito de não se envolver em negociações inúteis e dispendiosas.

Karina Fritz indica que a verificação da legitimidade do motivo de ruptura deve ser analisada caso a caso a partir de dois critérios: “primeiro, o motivo em si alegado e, segundo, a adequação do comportamento do autor da ruptura aos padrões de lealdade e honestidade”.<sup>62</sup> A autora prossegue exemplificando o que seriam motivos justos para a desistência da negociação, a ser comunicado prontamente à contraparte:

Doutrina e jurisprudência fornecem exemplos do que pode ser considerado motivo justo para o abandono das negociações. A *falta de acordo acerca de pontos do futuro contrato*, digam esses pontos respeito a elementos essenciais ou secundários do contrato planejado, sobre os quais as partes manifestaram a intenção de livremente decidir, justifica via de regra o abandono, bem como a *modificação superveniente das circunstâncias das negociações*, ou seja, a alteração da base negocial em tal medida que torna a continuação das conversações ônus excessivo para uma ou ambas as partes. Essas alterações podem se referir, por exemplo, a questões de natureza jurídica, técnica ou econômica, sobre pontos já fixados ou ainda não acordados, mas em função das quais a parte acaba concluindo pela inconveniência do negócio. Outro exemplo foi fornecido pelo Tribunal da cidade alemã de Rostock, em julgado de 2002: *suspeita de corrupção* configura motivo legítimo para o rompimento das negociações, afastando a responsabilidade pré-contratual por despesas realizadas durante as tratativas daquele que abandona as conversações em razão de suspeita de práticas ilegais pela contraparte. Outra causa legítima para o abandono das negociações é o *recebimento de melhor proposta por terceiro*. O dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva, como visto, não impede que negociações paralelas sejam travadas acerca de um mesmo objeto, desde que à contraparte seja dado conhecimento desse fato ou a parte atue com a máxima cautela, informando suas incertezas em relação à conclusão do contrato a fim de evitar que a outra crie falsas expectativas e realize despesas que de outra forma não faria, o que legitimaria o ressarcimento.

Portanto, trata-se de análise casuística, sendo certo que, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade pré-contratual

---

<sup>62</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.862.508/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 18.12.2020.

“não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material”.<sup>63</sup>

Se a apuração da expectativa legítima já é motivo de acirradas dúvidas, a apuração das perdas e danos na responsabilidade pré-contratual é temais ainda mais tormentoso, como se verá na Seção seguinte.

## **1.5. Efeitos da responsabilidade pré-contratual perante a parte desistente**

### **1.5.1. Interesses negativo e positivo**

Em matéria de responsabilidade civil, dúvida frequentemente suscitada é se a reparação deve se dar pelo interesse negativo, que significa a situação em que o credor estaria se inexistisse a tratativa com a contraparte – isto é, o retorno ao *status quo ante* –, ou pelo interesse positivo, conduzindo as partes a uma hipótese análoga à conclusão daquele contrato específico.

Em geral, entende-se que a responsabilização por ruptura de tratativas ocorre pelo interesse negativo, mediante a reparação dos danos emergentes relativos aos investimentos e prejuízos identificados durante as negociações,<sup>64</sup> bem como de lucros cessantes que poderiam ter sido obtidos com outras oportunidades concretas que o credor teria se beneficiado caso não estivesse empenhado naquele negócio específico.<sup>65</sup>

Vale notar, porém, que são indenizáveis apenas os danos identificados no espaço entre a criação da confiança e sua frustração.<sup>66</sup> Antes de surgir a legítima expectativa, os gastos são entendidos como ordinários, computados pela parte em

---

<sup>63</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.051.065/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27.2.2013.

<sup>64</sup> Cristiano Zanetti menciona os seguintes exemplos: “(i) despesas e custos estritamente relacionados com as negociações; (ii) gastos posteriores ou não economizados decorrentes da conduta desleal de um dos candidatos a contratante; (iii) eventuais diminuições de valor dos bens inutilmente empregados nas tratativas; (iv) eventuais despesas de reparação ou de substituição; (v) perdas decorrentes da transferência de bens, tempo e dinheiro que vinham sendo empregados em outra atividade” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 157).

<sup>65</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 21.

<sup>66</sup> STEINER, Renata C. *Reparação de danos: Interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 298.

seu risco do negócio, necessários ao convencimento da contraparte quanto à celebração do negócio. E, em qualquer cenário, não são indenizáveis as despesas consideradas anormais ou inúteis para aquele tipo de operação envolvida.

Apesar de o interesse negativo ser o mais comum em responsabilidade pré-contratual, não se descarta a possibilidade de a reparação ser identificada pelo interesse positivo diante de casos em que as tratativas já se encontram em fase tão avançada que podem até mesmo serem caracterizadas como relação contratual, e não mais pré-contratual.<sup>67</sup> Essa interpretação decorre também do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Nessa hipótese envolvendo o interesse positivo, pode haver a execução específica do conteúdo negocial que vinha sendo entabulado<sup>68</sup> ou, se convertido em perdas e danos, os valores a serem ressarcidos decorrerão do conteúdo contratual que deixou de ser realizado, de modo que os lucros cessantes serão apurados com base no que razoavelmente se deixou de lucrar com o contrato que não foi firmado.<sup>69</sup>

Toma-se como exemplo o emblemático “caso do Tomate”, já citado na Seção 1.3.2 acima.<sup>70</sup> Em acórdão da lavra de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, reconheceu-se que agricultores que recebiam sementes para a plantação de tomates deveriam ser indenizados em decorrência da desistência por parte da Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (CICA) em adquirir os respectivos frutos.

Naquele caso, a CICA foi condenada à compra da produção que não foi vendida pelos produtores, o que representa o interesse positivo. A entrega das sementes pela CICA para plantio pode ser interpretada como uma proposta irrevogável, considerando que essa sempre foi a prática adotada pela CICA antes da aquisição das produções de reiterados ciclos.

Independentemente do regime aplicável, o artigo 402 do Código Civil prevê que as perdas e danos contemplam o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, de modo que a parte lesada deverá produzir a respectiva prova do dano.

---

<sup>67</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op.cit., p. 21.

<sup>68</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: Interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 232.

<sup>69</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 21.

<sup>70</sup> TJ/RS, 5ª Câmara Cível, AC nº 591028295, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 6.6.1991.

No caso da ruptura de tratativas, essa comprovação se mostra mais difícil, já que ainda não há contrato em vigor. A próxima Seção cuidará então de analisar como a questão tem sido aplicada no caso concreto.

### 1.5.2. Casuística e quantum indenizatório

A análise de alguns julgados a respeito da responsabilidade pré-contratual auxilia na árdua tarefa de se verificarem parâmetros para a fixação de danos em decorrência da ruptura de tratativas. O que se verá, porém, é que a jurisprudência também não é capaz de estabelecer critérios objetivos e, muitas vezes, acaba afastando a reparação integral do dano especialmente por falta de prova quanto aos lucros cessantes.

O *primeiro caso* foi analisado em 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça, com amplo debate acerca da aplicação do interesse negativo ou positivo à responsabilidade pré-contratual e o seu alcance.<sup>71</sup>

No caso, uma empresa comercializadora de energia elétrica requereu a reparação de perdas e danos contra a respectiva empresa produtora, em decorrência da interrupção imotivada das negociações relativas à aquisição da energia. Para honrar com compromissos que havia assumido, a comercializadora teve que buscar energia por preço superior no mercado e, por meio da ação judicial, pretendeu o pagamento dessa diferença.

De forma unânime, a Terceira Turma reconheceu que o rompimento das tratativas se caracterizou como conduta antijurídica, pois ocorreu de forma imotivada após as partes já terem trocados minutas firmes a respeito do contrato definitivo.

Porém, a divergência pairou na fase de aplicação do *quantum* indenizatório. Por maioria de votos,<sup>72</sup> a Terceira Turma indicou que a pretensão da comercializadora estaria pautada no interesse positivo, pois pretenderia ter um custo exato ao que teria se o contrato definitivo tivesse sido firmado – representado pela diferença entre o valor pago e o valor que vinha sendo acordado com a produtora.

---

<sup>71</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.641.868/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 6.9.2018.

<sup>72</sup> Ministros Moura Ribeiro (Relator), Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Belizze.

Por esse motivo, muito embora tenha reconhecido a ilicitude da ruptura, o voto que prevaleceu pontuou que nada havia de ser reparado, pois não houve comprovação de danos sob o aspecto do interesse negativo, que representaria as despesas realizadas pela parte com o objetivo de concretizar o negócio jurídico ou em razão dessa mesma operação frustrada. Confirmam-se os seguintes trechos:

De fato, não parece razoável condenar a REDE a pagar indenização correspondente ao valor a maior que a ADM teve que desembolsar no mercado livre de energia elétrica em função do imotivado rompimento das negociações preliminares porque, dessa forma, se estaria concedendo à proponente posição equivalente àquela que obteria caso o contrato tivesse sido firmado e regularmente cumprido. Vejamos.

Nas razões do seu recurso especial, ADM alegou que as negociações preliminares entabuladas com a REDE previam um preço R\$ 1.438.534,98 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e oito centavos), menor do que aquele que veio a ser efetivamente pago, algum tempo depois, no momento da aquisição da energia elétrica de outra fornecedora.

Isso significa que, caso o contrato tivesse se concretizado e adimplidas as prestações, a ADM teria um patrimônio R\$ 1.438.534,98 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e oito centavos), maior do que aquele efetivamente verificado após adquirir a energia elétrica mais cara no mercado livre de energia.

No caso concreto, não se pode admitir que a indenização corresponda a vantagem patrimonial que a ADM deixou de auferir, porque, dessa forma, se estaria equiparando a responsabilidade civil pré-contratual, decorrente do rompimento imotivado das tratativas, com aquela que exsuriria do próprio inadimplemento do pacto que nunca se perfectibilizou. O limite da indenização é a extensão do dano. Somente em caso de inadimplemento contratual é possível exigir do inadimplente, a título de perdas e danos, a situação que teria sido alcançada com o cumprimento das prestações avençadas. Tratando-se de responsabilidade pré-contratual, a solução deve ser, necessariamente, diferente. [...]

A responsabilidade pré-contratual apenas pode cobrir as despesas efetivamente realizadas pela parte com o objetivo de concretizar o negócio jurídico ou em razão desse mesmo negócio frustrado.

Imagine-se, por exemplo, que a ADM tivesse sido obrigada a atualizar seu parque industrial ou instalações elétricas com o precípuo objetivo de utilizar a energia elétrica que seria adquirida da REDE. Nessa situação hipotética, os custos decorrentes dessa operação poderiam ser indenizados, porque diretamente implicados no restabelecimento das partes ao estado anterior.

A Ministra Nancy Andrigh e o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino divergiram desse entendimento, indicando que o interesse negativo contempla, além dos danos emergentes, os lucros cessantes, de modo que a comercializadora de energia poderia cobrar a diferença entre o valor despendido e a proposta inicial (no valor de R\$1.4 milhões).

Os referidos Ministros indicaram que tal pleito representou o efetivo prejuízo suportado, conduzindo a parte ao retorno ao *status quo ante*. Isto é, a parte não pleiteou o valor total do contrato que deixou de ser firmado (na quantia de

R\$4.7 milhões), tampouco o fornecimento de energia elétrica equivalente do valor total do pretendido contrato, de modo que não haveria a pretensão de obter vantagem com a execução do contrato frustrado. Confirmam-se os seguintes trechos do voto vencido, cuja conclusão parece mais acertada do que a do voto vencedor:

Para tanto, é de fundamental importância destacar que a distinção entre o “interesse positivo” e o “interesse negativo” não coincide com a distinção entre dano emergente e lucro cessante, afinal, em ambas as hipóteses, os prejuízos que fariam nascer o direito à indenização podem consistir, segundo Von Jhering, tanto em perdas positivas como na ausência de ganhos. [...]

Sob a ótica da recorrente, que nutria confiança na conclusão do contrato e na certeza de que pagaria o montante de R\$ 4.715.831,93 (quatro milhões, setecentos e quinze mil, oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos) pela compra, a ruptura ilegal e abrupta das tratativas obrigou-a a buscar no mercado livre outra comercializadora de energia elétrica para a realização da operação. Ocorre que o valor cobrado pela compra da mesma quantidade de energia elétrica superou em R\$ 1.438.534,98 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e oito centavos) o valor em que pagaria à recorrida caso o negócio fosse levado a termo.

Ora, o prejuízo – e não vantagem – é evidente. O prejuízo sofrido pela recorrente perfaz, exatamente, a diferença entre a proposta inicial apresentada pela REDE COMERCIALIZADORA DE ENERGIA S/A e o valor despendido pela nova compra.

Inviável admitir, sob este prisma, que a diferença do valor pago representaria o “interesse positivo” da recorrente na conclusão do negócio. Ao contrário, representa o prejuízo (e, portanto, “interesse negativo”) angariado pela recorrente dado o recuo da REDE na conclusão do negócio.

Ainda impende acrescentar que, sob a ótica da recorrida, pagar o valor de R\$ 1.438.534,98 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e oito centavos) não a coloca numa posição de execução do contrato, afinal, a execução do contrato, acaso formalizado, representaria fornecer a quantidade de energia elétrica equivalente a R\$4.715.831,93 (quatro milhões, setecentos e quinze mil, oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos).

Veja-se que a recorrente não pleiteia aqui o valor total do contrato que seria celebrado com a recorrida, tampouco o fornecimento de energia elétrica equivalente ao valor total do almejado contrato. Ao revés, pleiteia apenas a diferença que pagou a mais no mercado livre pela mesma quantidade de energia elétrica.

Assim, a reparação pleiteada pela recorrente, nos presentes autos, de fato, não corresponde a uma vantagem patrimonial que deixou de auferir e não a põe em posição equivalente àquela que obteria caso o contrato tivesse sido firmado e regularmente cumprido. Em verdade, a reparação pleiteada tem a finalidade de retorná-la ao status quo ante.

O *segundo caso* objeto de análise foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>73</sup> e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> TJ/SP, 32ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 9127294-72.2006.8.26.0000, Rel. Des. Walter Exner, DJe 26.5.2010.

<sup>74</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.367.955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24.3.2014.

Tratava-se de contrato de prestação de serviços para a realização de eventos, que acabou sendo cancelado pela contraparte.

No caso concreto, o Tribunal de Justiça entendeu que o cancelamento ocorreu de forma injustificada diante do conjunto de atos praticados, notadamente, as diversas reuniões e trocas de e-mails, a visita técnica realizada pela contraparte, a troca de memoriais descritivos e o dispêndio de despesas pela contraparte para a implementação do negócio.

O Tribunal determinou então a reparação das despesas comprovadas no valor de R\$200 mil, porém, deixou de aplicar lucros cessantes, ao fundamento de que seriam meramente estimados pela parte, sem a apresentação da respectiva prova.<sup>75</sup>

O Superior Tribunal de Justiça manteve esse entendimento, mas não adentrou no aspecto envolvendo o indeferimento dos lucros cessantes, pois versaria sobre valoração de prova, o que é vedado pelo Verbete nº 7 da Súmula daquele Tribunal.<sup>76</sup> De todo modo, o STJ confirmou a responsabilidade pré-contratual com base na boa-fé objetiva, indicando que os contatos sociais “emanam deveres jurídicos, cuja violação importa responsabilidade civil”.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> “Apelação. Prestação de serviço. Contrato para organização e montagem de espaço comercial. Negociações preliminares. Ré que incutiu na autora firme expectativa de celebração do contrato. Autora que, dada a proximidade do evento contratado, firma contratos com terceiros. Responsabilidade pré-contratual configurada. Dever de indenizar as despesas comprovadas. Lucros cessantes meramente estimados. Reparação indevida. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido” (TJ/SP, 32ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 9127294-72.2006.8.26.0000, Rel. Des. Walter Exner, DJe 26.5.2010).

<sup>76</sup> Verbete nº 7 da Súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

<sup>77</sup> “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. RUPTURA DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO 'A QUO'. DATA DA CITAÇÃO.

1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada.

2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ.

4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual.

Doutrina sobre o tema.

5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto.

6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ.

7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual.

8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC).

A realidade é que a jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, tem enfrentado dificuldade na aplicação dos lucros cessantes em matéria de responsabilidade pré-contratual, indicando que não teria sido comprovado, seria meramente hipotético ou se confundiria com a própria pretensão de execução do contrato frustrado. Com base nessas premissas, os lucros cessantes acabam deixando de ser fixados.

O *terceiro caso*, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,<sup>78</sup> encontrou uma solução à aplicação do interesse negativo. Tratou-se de rompimento de negociações de contrato para instalação de concessionária de automóveis, em que o possível concessionário já havia adquirido imóvel no valor de R\$1.8 milhão para a instalação da loja.

Com relação à aquisição em si do bem, o Tribunal entendeu que o imóvel passou a integrar o patrimônio do possível concessionário, pelo que poderia vendê-lo ou instalar a sua desejada concessionária mediante negociações com outras partes. Porém, entendeu que as perdas e danos deveriam contemplar a comparação do que a parte teria obtido com aquele capital em uma aplicação financeira, desde o desembolso do valor até a ruptura das negociações.<sup>79</sup>

O *quarto caso*, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,<sup>80</sup> acabou aplicando a reparação pelo interesse positivo no que tange à reparação de lucros cessantes, muito provavelmente por conta do avançado estágio das negociações, já podendo-se entender como proposta firme para conclusão.

No caso, a partes iniciaram, em novembro de 2013, tratativas envolvendo o patrocínio para a realização de evento no mês de agosto de 2014, com custo de

---

9. Manutenção da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora. 10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.367.955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24.3.2014).

<sup>78</sup> TJ/SP, 4ª Câmara (Extinto 1º TAC), Apelação Cível nº 9075917-38.2001.8.26.0000, Rel. Des. Renato Gomes Corrêa, DJe 22.10.2004.

<sup>79</sup> “ACÓRDÃO INDENIZAÇÃO - Danos causados em razão de desfazimento de negociações preliminares a contrato de concessão de revenda de veículos - Procedência - [...] - Os prejuízos decorrentes da aquisição de imóvel para que pudesse ser celebrado contrato deve ser calculado com base nas taxas de aplicação financeira do capital investido - Para ressarcimento decorrente da expectativa de lucros com a venda futura de veículos novos, é aplicada, subsidiariamente, a Lei 6729/79 - Descabimento de ressarcimento por quaisquer lucros cessantes por não terem as tratativas ultrapassado pré- contrato - Despesas processuais e honorários advocatícios rateados meio a meio entre as partes ante a sucumbência recíproca - Recurso provido em parte” (TJ/SP, 4ª Câmara (Extinto 1º TAC), Apelação Cível nº 9075917-38.2001.8.26.0000, Rel. Des. Renato Gomes Corrêa, DJe 22.10.2004).

<sup>80</sup> TJ/RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0238434-47.2015.8.19.0001, Rel. Des. Lúcio Durante, DJe 26.9.2017.

produção de R\$900 mil. Após meses de negociações, trocas de e-mails, minutas e realização de reuniões, as partes estabeleceram que a patrocinadora arcaria com R\$300 mil. Ocorre que, apenas 8 dias antes do evento, quando todos os custos já tinham sido realizados, a patrocinadora rompeu as tratativas, sem qualquer motivo relevante.

Considerando o lapso de quase 1 ano das tratativas e o rompimento com uma antecedência de apenas 8 dias, reconheceu-se que a parte não conseguiria localizar outro patrocinador em tempo hábil. Assim, a patrocinadora desistente foi condenada a arcar com o valor que havia se comprometido, o que se caracteriza como interesse positivo.<sup>81</sup>

O interesse negativo, na hipótese, seria similar ao que restou reconhecido no voto vencido do primeiro caso analisado, apurando-se a diferença entre o patrocínio oferecido e algum patrocínio que tenha deixado de ser obtido em decorrência do longo período das tratativas. Porém, como destacado, seria inviável comprovar o quanto se obteria com terceiros no caso, de modo que, para garantir a reparação integral dos danos, o Tribunal de Justiça acabou aplicando o mesmo valor estabelecido na fase pré-contratual.

Como se vê a partir dos julgados acima, a reparação de danos por ruptura de tratativas acaba sendo casuística, dependente das provas apresentadas em cada caso concreto. Em geral, as despesas realizadas durante a fase das tratativas são mais facilmente comprovadas, recebendo tratamento positivo da jurisprudência acerca de sua integral reparação.

---

<sup>81</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL CONFIGURADA. EVENTO E PATROCÍNIO. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DO PATROCÍNIO. RUPTURA DE TRATATIVAS OITO DIAS ANTES DO EVENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DEVER DE INDENIZAR. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. [...] Fase pré-contratual que, em regra, não vincula os indivíduos os quais têm a autonomia de optar pela não contratação. No entanto, já se fazem presente os devedores de conduta emanados da boa-fé objetiva. Aplicação do artigo 422 do CC. Teoria da responsabilidade civil pré-contratual. Ruptura injustificada das tratativas que ao lesar as legítimas expectativas depositadas na outra parte gera a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes da não conclusão do negócio. Responsabilidade que decorre não do fato da tratativa ter sido rompida e o contrato não ter se concluído, mas do fato de ter gerado a outra parte a expectativa legítima de que o contrato seria concluído. Rompimento injustificado realizado oito dias da realização do evento, após meses de tratativas. Documentos exigidos inicialmente que foram apresentados. Impossibilidade de substituir o patrocinador, ante o exíguo prazo para a realização do evento. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva. Violação da confiança. Majoração de honorários advocatícios em grau recursal, por força do artigo 85, §11, do CPC/15. DESPROVIMENTO DO RECURSO” (TJ/RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0238434-47.2015.8.19.0001, Rel. Des. Lúcio Durante, DJe 26.9.2017).

Porém, conclusão idêntica não se pode dizer a respeito dos lucros cessantes, sendo árdua a comprovação acerca da oportunidade que foi perdida durante o período das tratativas frustradas e, mais ainda, do respectivo *quantum* indenizatório.

Percebe-se, então, que a jurisprudência oscila no que tange aos lucros cessantes, muitas vezes deixando de aplicá-lo por conta de sua difícil comprovação (primeiro e segundo casos), algumas vezes adotando solução criativa para permitir a sua aplicação (terceiro caso) e, outras vezes, optando por aplicar o próprio interesse positivo para garantir a reparação integral dos danos (quarto caso).

## CAPÍTULO II: A DOUTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE

### 2.1. Terceiros e a nova realidade contratual

#### 2.1.1. Princípios da relatividade e oponibilidade dos contratos

Em uma era de liberalismo jurídico, vigia uma forte concepção de que terceiros não poderiam sofrer os reflexos de um contrato que não firmaram. Esse conceito inflexível tem como pano de fundo o princípio da relatividade dos efeitos do contrato e uma concepção clássica do princípio da oponibilidade.

O princípio da relatividade significa que os instrumentos contratuais vinculam somente as partes, de modo que os direitos e obrigações pactuados devem ser observados pelas partes e os seus efeitos não aproveitariam ou prejudicariam terceiros.<sup>82</sup> Embora não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, este princípio integra a normativa que rege a teoria contratual.

Em uma concepção estática, “parte” pode ser classificada como o sujeito que participa do contrato, pactuando direitos e obrigações de acordo com os seus interesses.<sup>83</sup> Por outro lado, “terceiro” seria aquele que não manifestou vontade para a criação do pacto contratual.<sup>84</sup>

A relatividade dos efeitos do contrato está atrelada a institutos clássicos, como os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Em resumo, estes princípios preveem que as partes podem reger livremente as relações privadas, cujas estipulações configuram regulamento obrigatório entre elas, desde que respeitadas normas cogentes.<sup>85</sup>

Por sua vez, o princípio da oponibilidade representa a possibilidade de um elemento da ordem jurídica irradiar seus efeitos fora de seu círculo de atuação direta.<sup>86</sup> Para a teoria personalista, a oponibilidade seria *erga omnes* – ou seja, vincularia a toda a coletividade – apenas no que tange aos direitos reais, por se tratar

---

<sup>82</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 46.

<sup>83</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves, KENICKE, Pedro Henrique Gallotti e BERTASSOM, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: Análise a partir da teoria do terceiro cúmplice, *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*, Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 62.

<sup>84</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 84.

<sup>85</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 92.

<sup>86</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

de uma obrigação passiva universal de que a esfera jurídica não seja invadida; enquanto o direito de crédito somente diria respeito apenas ao *devedor* e *credor*, não interferindo em *terceiros*.<sup>87</sup>

Ao assim entender, a teoria personalista acaba confundindo os institutos da relatividade dos efeitos dos contratos com o da oponibilidade. Afinal, a irradiação *erga omnes* de direitos reflete justamente na relação entre o titular e *terceiros*, sendo um *aspecto externo* (efeitos indiretos), ligado à oponibilidade e proteção do direito do sujeito contra quem quer que seja. É a relatividade das obrigações que se refere ao *aspecto interno* (efeitos diretos) da relação existente entre *devedor* e *credor*.<sup>88</sup>

Isto é, a relatividade está atrelada ao *aspecto interno* de que os direitos e deveres pactuados no contrato apenas beneficiam e vinculam as partes, de modo que o seu cumprimento apenas pode ser deles exigido. Isso não impede a incidência do princípio da oponibilidade, atrelada ao *aspecto externo* de que terceiros devem respeitar os referidos direitos e deveres estabelecidos entre os contratantes.

Roberta Mauro pontua que, ao contrário do que construía a teoria personalista, relatividade e oponibilidade não são noções opostas, mas complementares e ambas se fazem presentes tanto nos vínculos reais quanto nos obrigacionais.<sup>89</sup> Ou seja, os referidos princípios já existentes permitem a construção da ideia de que terceiros não devem interferir na relação contratual alheia.

### 2.1.2. Alteração valorativa da análise contratual

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebeu-se uma alteração valorativa na análise das situações jurídicas,<sup>90</sup> de modo que o contrato deixou de ser interpretado como um fim em si mesmo, coadunando-se à principiologia constitucional<sup>91</sup> e aos interesses merecedores de tutela.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

<sup>88</sup> SAINT-HILAIRE, Phillipe Delmas. *Le tiers a l'acte juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 250.

<sup>89</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. Op. cit., p. 162.

<sup>90</sup> As situações jurídicas podem ser patrimoniais (tais como o crédito e a propriedade) ou existenciais (tais como a vida, a saúde, a honra) (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009. introdução).

<sup>91</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 88.

<sup>92</sup> “Na perspectiva do direito civil-constitucional, mais ainda, o exercício da autonomia privada apenas se legitima perante a ordem jurídica quando conforme à axiologia do sistema. A noção de controle valorativo dos atos de autonomia, em outras palavras, revela-se um pressuposto intuitivo da própria proteção conferida pela ordem jurídica a tais atos. Partindo-se de tais premissas, o

Um dos princípios que passou a ter relevo é o da função social. Originalmente instituída para tutelar o direito real de propriedade,<sup>93</sup> a função social foi expressamente destinada ao contrato por meio do Código Civil de 2002.<sup>94</sup> Porém, conforme pontua Gustavo Tepedino, não foi sem polêmica que o tema se desenvolveu, podendo-se indicar a existências de correntes divergentes sobre o tema.<sup>95</sup>

A primeira delas defende que a função social do contrato não detém eficácia jurídica autônoma, sendo uma orientação política, que exprime a sua importância em institutos que conferem soluções normativas específicas para afastar ou rever uma disposição contratual – tais como os institutos da onerosidade excessiva, lesão, simulação.<sup>96</sup> Destaca-se, porém, que essa corrente acaba esvaziando a importância e autonomia da função social.

Já para a segunda corrente, a função social do contrato reforça a proteção dos contratantes contra a interferência de terceiros, servindo de fundamento para impedir e responsabilizar o terceiro que interfere indevidamente na relação contratual alheia.<sup>97</sup> A função social do contrato estaria essencialmente baseada na solidariedade social, de modo que o terceiro deve respeitar a existência de um contrato anterior, que funciona como um fato social inserido na sociedade e concernente a todos.<sup>98</sup>

---

emprego corrente da expressão ‘merecimento de tutela’ não costuma causar estranheza ao jurista. De fato, afirma-se com frequência que certa pretensão é merecedora de tutela quando se deseja indicar sua compatibilidade com o sistema e, assim, concluir que os efeitos jurídicos pretendidos merecem ser albergados pelo ordenamento. Em sentido lato, portanto, a noção de merecimento de tutela representa justamente o reconhecimento de que a eficácia de certa conduta particular é compatível com o sistema e, por isso, deve ser protegida; trata-se, como se vê, de uma consequência necessária da constatação de que certo ato é lícito do ponto de vista estático ou estrutural e, em perspectiva dinâmica ou funcional, não é abusivo (não constitui o exercício disfuncional de uma situação jurídica)” (DE SOUZA, Eduardo Nunes. *Merecimento de tutela: A nova fronteira da legalidade no direito civil*, Direito Civil, Rio de Janeiro: Direito UERJ, 2015, p. 76)

<sup>93</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXIII e 170, inciso III: “a propriedade atenderá a sua função social” e “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade”.

<sup>94</sup> Código Civil, artigo 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (redação conferida pela Lei nº 13.874, de 2019).

<sup>95</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 399.

<sup>96</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93.

<sup>97</sup> Vide NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit..

<sup>98</sup> NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 267.

Nessa linha, a 1ª Jornada de Direito Civil editou o seguinte enunciado: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Dentro dessa corrente, Teresa Negreiros destaca que a liberdade de contratar seria dotada de função social, de modo que o exercício dessa liberdade em contrariedade a tal função representaria abuso de direito.<sup>99</sup> Mais concretamente, se o terceiro está ciente da existência da relação contratual alheia e, mesmo assim, firma contrato que seja com ela incompatível, esse terceiro abusa do seu direito de contratar, em violação à função social, devendo ser responsabilizado por ter interferido indevidamente em outra relação.

Por sua vez, a terceira corrente entende que, à luz da função social, os contratantes têm a obrigação de buscar, ao lado de seus interesses privados regidos pela autonomia privada, os interesses extracontratuais socialmente relevantes, vinculados à promoção dos valores constitucionais.<sup>100</sup>

Adepto desta terceira corrente, Gustavo Tepedino destaca que a função social deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), da solidariedade social (CF, art. 3º, I) e da igualdade substancial (CF, art. 3º, III), impõe às partes o dever de buscarem, em conjunto com seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes que se relacionem com o contrato ou sejam por ele atingidos.<sup>101</sup>

Essa terceira corrente questiona o entendimento da segunda corrente (que aplica a função social do contrato para responsabilizar terceiros), alertando para uma desvirtuação da finalidade do instituto. Isso porque, o princípio em questão pretende impor *deveres* aos contratantes, e não lhes conferir *direitos*.<sup>102</sup>

Em outras palavras, a função social existe para proteger valores macros, socialmente relevantes e tutelados pelos valores constitucionais. A sua finalidade,

---

<sup>99</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 208 e 273.

<sup>100</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 397-398.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 97. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 6.

portanto, não é a de proteger interesses puramente patrimoniais *dos contratantes*. De acordo com Gustavo Tepedino, a utilização da função social do contrato para proteger os próprios contratantes amesquinharia a sua finalidade, tornando-a servil a interesses individuais que já estariam tutelados pelo próprio contrato.<sup>103</sup>

Em verdade, a responsabilização do terceiro que interfere na relação contratual decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva,<sup>104</sup> informada pelo princípio da solidariedade constitucional, que impõe um padrão de conduta visando a alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.<sup>105</sup>

A doutrina da referida terceira corrente defende então a aplicação da boa-fé objetiva a todas as relações jurídicas, seja contratual ou extracontratual, de modo que o terceiro tem um *dever legal* de seguir um padrão de conduta no sentido de não violar o crédito alheio, respeitando o propósito contratual.<sup>106</sup>

Ainda que o abuso de direito seja um pilar da boa-fé objetiva, Paula Greco Bandeira – adepta desta terceira corrente – critica a sua aplicação em conjunto com a função social para fins de responsabilização do terceiro. Segundo a autora, tal posição acabaria reduzindo a função social a um instrumento a mais de garantia da posição contratual do credor, desvirtuando a finalidade do instituto, que pretende impor deveres aos contratantes.<sup>107</sup>

### 2.1.3. Mitigação do conceito de terceiro

A posição do terceiro de indiferença aos contratos alheios parece uma tese sedutora.<sup>108</sup> Sob uma perspectiva estática, parte é considerada como a signatária do instrumento contratual, enquanto todos os demais seriam terceiros estranhos aos seus efeitos.

<sup>103</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 399.

<sup>104</sup> Código Civil, artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>105</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2012, pp. 16-17.

<sup>106</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 89.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>108</sup> 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*, v. 821, Mar. 2004, p. 80.

Essa concepção está atrelada ao princípio da relatividade, abordado na Seção 1.1 acima. Contudo, tal instituto vem sendo mitigado para permitir uma maior interseção entre os contratos e terceiros.<sup>109</sup> Registra-se, desde logo, que o princípio da relatividade permanece sendo a regra, evitando-se interferências excessivas nas relações contratuais.

Essa mitigação é reflexo das características do período atual, representado pela multiplicação e ampliação das atividades humanas, a resultar na celebração de negócios jurídicos cada vez mais complexos e dinâmicos, que não podem mais se ater a conceitos rígidos. Atualmente, uma relação contratual pode estar inserida no âmbito de uma cadeia de operações, sendo capaz de produzir reflexos em uma pluralidade de negócios jurídicos.

Com isso, os conceitos de terceiro e parte passaram a ser identificados de forma dinâmica, permitindo-se que o terceiro passasse a ser considerado como parte ou, ainda que seja mantido na classificação de terceiro, reconhecendo-se que este deve respeitar as demais relações contratuais.<sup>110</sup>

Em primeiro lugar, verifica-se que o sujeito que originalmente ocupa a posição de parte pode ser alterado no curso da relação contratual,<sup>111</sup> de modo que a própria noção de terceiro pode ser modificada pelas vicissitudes do contrato.<sup>112</sup> Trata-se de hipótese de sucessão da posição contratual, normalmente acompanhada da transmissão de direitos ou deveres.<sup>113</sup> A forma mais clássica é a sucessão universal, nos casos de óbito da pessoa física ou de incorporação e fusão da pessoa jurídica, em que o contratante original deixa de existir e os seus direitos e obrigações podem ser transmitidos aos seus sucessores.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 63, a. 16, São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2019.

<sup>110</sup> As hipóteses narradas nesta subseção são indicadas de forma exemplificativa.

<sup>111</sup> MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.), *Princípios de direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266.

<sup>112</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33.

<sup>113</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 91.

<sup>114</sup> Código Civil, artigos 1.784 e 1.791: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” e “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

Código Civil, artigo 1.116: “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”.

Está também cada vez mais frequente a utilização da sucessão singular, em que o contratante original permanece no mundo jurídico, mas opta por transferir determinado direito ou obrigação. Por exemplo, por meio da cessão, a parte pode ceder crédito ou contrato ao cessionário, que assume a posição de credor ou contratante originário e, por consequência, passa a ser o titular, respectivamente, do crédito ou dos direitos e obrigações.<sup>115</sup> Situação análoga é a da assunção de dívida, em que o terceiro assume a obrigação do devedor.<sup>116</sup> Tais hipóteses representam substituição de uma parte por outra, não afetando o direito material originalmente constituído.

Vale registrar, porém, que determinados requisitos devem ser atendidos para que tais institutos produzam efeitos perante a contraparte. No caso de cessão de crédito, o Código Civil prevê a formalização por instrumento público ou particular revestido de solenidades<sup>117</sup> e a notificação do devedor.<sup>118</sup> Já no caso de cessão da posição contratual ou assunção de dívida, exige-se a anuência do cedente e do credor, respectivamente, tendo em vista que a relação contratual passa a ser exercida com uma outra parte.<sup>119</sup>

Além dessas hipóteses em que o próprio terceiro tem ingerência sobre a modificação da relação contratual, há situações em que o ordenamento jurídico pode atribuir a determinados sujeitos a condição de parte caso ocorra determinado evento, independentemente de sua concordância.<sup>120</sup> Caso clássico é o da estipulação

---

Código Civil, artigo 1.119: “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

<sup>115</sup> Código Civil, artigo 286: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

<sup>116</sup> Código Civil, artigo 299: “É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

<sup>117</sup> Código Civil, artigo 288: “É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654”.

<sup>118</sup> Código Civil, artigo 290: “A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

<sup>119</sup> A assunção de dívida está prevista no já referido artigo 299 do Código Civil (nota de rodapé 116 acima). “A cessão de posição contratual, por sua vez, ainda carece de previsão legislativa, embora amplamente admitida em jurisprudência e pela doutrina, que a define como a ‘transferência *ex negotio* por uma das partes (cedente), com consentimento do outro contratante (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, pp. 91-92).

<sup>120</sup> KONDER, Carlos Nelson. Op. cit., p. 92.

em favor de terceiro,<sup>121</sup> na qual os contratantes pactuam que o benefício advindo do contrato será revertido em proveito de terceiro, estranho à relação contratual.<sup>122</sup> O terceiro figura, assim, como credor da prestação, e tem a faculdade de exercer o direito pactuado.<sup>123</sup>

Outra hipótese cada vez mais frequente ocorre em contratos coligados, caracterizados por uma pluralidade de negócios jurídicos sucessivos e inseridos no âmbito de uma operação econômica única.<sup>124</sup> Neste caso, obrigações assumidas em um dos contratos podem ser estendidas aos instrumentos coligados, ainda que as partes não sejam idênticas.<sup>125</sup> É o que ocorre, por exemplo, com a extensão da cláusula compromissória prevista em um dos instrumentos contratuais aos demais, demonstrando-se que o signatário de contato que não contém a previsão de arbitragem tinha conhecimento a respeito dos demais negócios jurídicos contendo tal estipulação.<sup>126</sup>

Mesmo em situações em que o terceiro conserva referida qualificação, ele tem a obrigação de não interferir em um contrato do qual tem conhecimento. Para garantir a convivência ordenada e pacífica em sociedade, é necessário que os indivíduos tenham genuína confiança no desenvolvimento regular do sistema.

Com isso, surge a perspectiva de que se o terceiro interferir indevidamente na relação contratual alheia, haverá instrumentos legais para obstaculizar essa situação ou permitir a reparação do lesado em perdas e danos.

---

<sup>121</sup> Código Civil, artigos 436 a 438.

<sup>122</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 92.

<sup>123</sup> Exemplos de estipulação em favor de terceiro podem ser identificados no seguro de vida ou nos planos de saúde firmados pelo empregador em favor dos empregados, em que o beneficiário nomeado não é o próprio contratante (Código Civil, artigos 757-802).

<sup>124</sup> Trata-se de mecanismo frequente em sede empresarial, no contexto de intrincadas operações envolvendo a incorporação imobiliária, financiamento para projetos e contratos de EPC. A esse respeito: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>125</sup> DEYÁ, Frederico S. Incorporación de partes no signatarias al arbitraje, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, a. 2, out./dez. 2005.

<sup>126</sup> KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança, *Revista de arbitragem e mediação*, v. 63, a. 16, São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2019.

## 2.2. Oponibilidade dos contratos perante terceiros

Como visto na Seção anterior, os efeitos dos contratos podem ser opostos perante terceiros, para fins de inibição ou responsabilização pela prática de atos ilícitos contra a relação jurídica construída a partir daquele pacto.

Desde o século XIX, o ordenamento jurídico apresenta previsões esparsas vedando a interferência do terceiro em relações alheias, porém, o legislador ainda não editou uma norma geral específica sobre o tema.

No Código Comercial de 1850 há previsão vedando ao capitão aliciar marinheiro de outra embarcação. O artigo 500 estabelece que “o capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora”.

Por sua vez, o Código Civil de 1916 vedava o aliciamento em contratos de serviços agrícolas, indicando no artigo 1.235 que “aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento desse contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber, durante quatro anos”. Com o advento do Código Civil de 2002, a referida previsão foi ampliada para as hipóteses de prestação de serviços em geral, tendo em vista que a nova situação socioeconômica do país não mais justificava uma regra específica para atividades agrícolas. Mais concretamente, o artigo 608 do atual diploma civil prevê o seguinte: “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

Como não poderia ser diferente, a Lei de Propriedade Industrial (nº 9.279/1996) também veda a interferência em negócio alheio. O artigo 195 elenca diversas hipóteses de crime de concorrência desleal,<sup>127</sup> tais como a vedação ao desvio de clientela e ao conluio com empregado do concorrente.

---

<sup>127</sup> Lei nº 9.279/1996, artigo 195: “Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

O artigo 207 do referido diploma prevê que “independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil”. Nesse caso, os artigos 208 e 209 preveem a reparação por perdas e danos,<sup>128</sup> enquanto o artigo 210 apresenta critérios amplos para a apuração dos lucros cessantes, incluindo-se a possibilidade de pleitear os benefícios que foram auferidos pelo terceiro infrator.<sup>129</sup>

---

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

<sup>128</sup> Lei nº 9.279/1996, artigo 208: “A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”.

Artigo 209: “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio

§1º. Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§2º. Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.”.

<sup>129</sup> Lei nº 9.279/1996, artigo 210: “Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.”.

Nesse sentido, a Lei que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) prevê, em seu artigo 36, situações de infração da ordem econômica, incluindo-se a hipótese em que o sujeito oferece condições mais vantajosas para interferir no negócio alheio. Mais concretamente, o inciso IX estabelece sanções àquele que impõe, “no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”. Nesse caso, o artigo 47 da referida Lei estabelece que os prejudicados “poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

Como se pode perceber a partir dos dispositivos legais citados acima, as previsões relativas à interferência de terceiros são aplicáveis a temas específicos, inexistindo norma geral sobre o assunto, para além dos artigos genéricos do Código Civil destinados às perdas e danos.<sup>130</sup>

Diante dessa carência normativa, doutrina e jurisprudência começaram a construir a doutrina do terceiro cúmplice, também denominada de tutela externa do crédito, responsabilidade por interferência no contrato ou responsabilidade pela lesão a direito de crédito. Esse instituto ganhou relevância nos últimos anos por permitir ao credor vítima exigir do terceiro uma indenização pelo descumprimento ou rompimento de um contrato firmado com o atual devedor, se comprovado que esse terceiro contribuiu para essa situação e desde que observados requisitos próprios que serão abordados na Seção 3 abaixo.<sup>131</sup>

A doutrina do terceiro cúmplice começou a se popularizar no Brasil a partir de parecer elaborado em 1997 por Antônio Junqueira de Azevedo,<sup>132</sup> que versou

---

<sup>130</sup> Artigos 186, 187, 927 e 944 do Código Civil.

<sup>131</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 88.

<sup>132</sup> DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

sobre a quebra de exclusividade em contratos de fornecimento de combustível. No caso, o terceiro vendeu clandestinamente combustíveis a postos de gasolina, mesmo ciente de que estes haviam se comprometido a adquirir o produto de determinada distribuidora (inclusive estampando em seus postos a bandeira desta distribuidora).

No parecer, Antônio Junqueira de Azevedo defendeu ser inequívoca a ciência quanto ao referido pacto de exclusividade e que o terceiro não pode se comportar como se o contrato não existisse. Diante disso, o autor invocou a função social do contrato para sugerir a condenação do terceiro interferente.

Na jurisprudência, o *leading case* da doutrina do terceiro cúmplice envolveu o cantor Zeca Pagodinho e as marcas de cerveja Brahma e Nova Schin. Em setembro de 2003, o cantor assinou contrato com cláusula de exclusividade por um ano com a Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (“Schincariol”), para a veiculação de comercial envolvendo a cerveja Nova Schin.

Ignorando tal pacto, Zeca Pagodinho se associou à Companhia de Bebidas das Américas – AmBev, veiculando, em março de 2004, comercial com a Brahma contendo o seguinte refrão: “Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo o meu amor, voltei”.

Diante disso, a Schincariol ajuizou ação contra a AmBev,<sup>133</sup> requerendo a reparação por danos materiais relativos aos gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e *folders*) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados, além de danos morais à pessoa jurídica.

Em primeiro grau, o pleito foi julgado improcedente, ao fundamento de que a Schincariol não teria comprovado o prejuízo alegado em razão da interferência no contrato firmado com Zeca Pagodinho. Contudo, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença para condenar a Schincariol ao pagamento dos danos materiais e de danos morais arbitrados em R\$200 mil.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Esta ação foi ajuizada contra o terceiro interferente, havendo outra demanda proposta diretamente contra Zeca Pagodinho, em que o cantor foi condenado a ressarcir valores relativos a serviços não prestados, além de danos morais. O último acórdão do caso foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, Recurso Especial nº 1.203.153/SP, 3ª Turma Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.8.2014).

<sup>134</sup> “INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM - Empresa-autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré - Improcedência da demanda - Inconformismo - Acolhimento parcial - Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora - Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora - Não observância do princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil -

Na fundamentação do acórdão, foi reconhecida a violação ao princípio da função social do contrato, porém, o argumento principal utilizado para a condenação se baseou no ato de concorrência desleal. Para tanto, o artigo invocado foi o 209 da Lei nº 9.279/1996, que versa sobre a reparação por perdas e danos. A Schincariol não formulou sua pretensão com base no artigo 210, que permite a atribuição de lucros cessantes com base nos benefícios auferidos pelo concorrente.

Além disso, a agência publicitária vinculada à propaganda original entre Zeca Pagodinho e Nova Schin igualmente propôs ação indenizatória contra a agência atrelada à nova propaganda com a Brahma. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a necessidade de reparação de lucros cessantes com base no artigo 210 da Lei nº 9.279/1996 e indicou serem adequados danos morais estabelecidos em R\$600 mil.<sup>135</sup>

O referido acórdão pincelou que o terceiro deve respeitar os contratos, à luz da boa-fé objetiva, porém, de forma análoga ao caso envolvendo a Schincariol,

---

*Concorrência desleal caracterizada - Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 - Danos materiais devidos - Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação - Dano moral - Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral - Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente - Sentença reformada - Ação procedente em parte - Recurso parcialmente provido” (TJ/SP, Apelação Cível nº 9112793-79.2007.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mônaco da Silva, DJe 25.6.2013).*

<sup>135</sup> “RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO EM CONTRATO ALHEIO. TERCEIRO OFENSOR. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO E CERCEAMENTO DE DEFESA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 571 DO CPC. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. Ação de reparação de danos em que se pleiteia indenização por prejuízos materiais e morais decorrentes da contratação do protagonista de campanha publicitária da agência autora pela agência concorrente, para promover produto de empresa concorrente.

[...]

5. Concorrência desleal caracterizada.

6. *Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor.*

7. *Cabimento da liquidação do julgado segundo ambos os critérios previstos no art. 210, incisos I e II, da Lei de Propriedade Industrial, para assegurar ao credor a possibilidade de escolha do critério que lhe seja mais favorável.* Vencido o relator.

8. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ).

9. Ocorrência de dano moral à pessoa jurídica no caso concreto. Vencido o relator.

10. Arbitramento de honorários advocatícios em percentual da condenação.

11. Recurso especial de áfrica são paulo publicidade ltda desprovido e recurso especial de Fischer América Comunicação Total Ltda. e All-E Esportes e Entretenimento Ltda. provido, em parte” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.316.149/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 27.6.2014).

baseou parte substancial da fundamentação na vedação aos atos de concorrência desleal.

Em recente acórdão,<sup>136</sup> a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou que o terceiro está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, de modo que não pode atuar para interferir indevidamente na relação contratual alheia. A Terceira Turma indicou que o sujeito será considerado como terceiro cúmplice caso o terceiro se intrometa em outra relação com o intuito de estimular uma das partes a descumprir os seus deveres contratuais.<sup>137</sup>

Portanto, não se discute que o terceiro interferente pode responder pela intervenção indevida em relação alheia, cabendo analisar então os requisitos que devem ser preenchidos para a sua responsabilização.

### **2.3. Pressupostos para a responsabilização do terceiro que interfere na relação contratual**

A responsabilização do terceiro pela aplicação da teoria do terceiro cúmplice pressupõe, além dos requisitos gerais de comprovação de dano e nexo causal, i) a existência de contrato válido, ii) o conhecimento do terceiro quanto ao referido contrato e iii) o ato ilícito por parte do terceiro.<sup>138</sup>

Em primeiro lugar, o contrato violado deve ser válido, ou seja, deve ter aptidão para a produção de efeitos jurídicos condizentes à sua figura jurídica.<sup>139</sup> Por produzir efeitos internos e externos, o contrato válido representa um negócio que deve ser respeitado por todos.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> O número do recurso não foi disponibilizado em decorrência da tramitação sob sigilo de justiça, porém, parte da fundamentação do acórdão é relatada na seguinte matéria: Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03062022-Terceiro-ofensor-esta-sujeito-a-eficacia-transubjetiva-das-obrigacoes--decide-Terceira-Turma-.aspx>>. Acesso em: 16 jul. 2022.

<sup>137</sup> De acordo com a matéria mencionada na nota de rodapé anterior, o terceiro enviou uma carta à empresa patrocinadora de um jogador de futebol, na qual relatou conduta criminosa supostamente praticada pelo atleta, com intuito difamatório e vingativo. Como a relação contratual entre o atleta e a patrocinadora não foi rompida, o terceiro foi condenado apenas ao pagamento de danos morais (e não a danos materiais) no valor de R\$50 mil.

<sup>138</sup> MARTINS, Fábio Floriano Melo. *A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional*, Tese de Doutorado em Direito Civil pela USP-SP, 2015.

<sup>139</sup> BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*, Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, 2005, p. 105.

<sup>140</sup> RABELLO, Gabriel Vasconcelos. Tutela externa de crédito, concorrência desleal e infração à ordem econômica, *Revista de Direito Empresarial*. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p. 47/72.

Por óbvio, então, que se o negócio jurídico em questão for nulo, não há que se falar em contrato válido e, por consequência, também não há responsabilização do terceiro que interfere naquela situação.<sup>141</sup> Tratando-se de matéria de ordem pública, o próprio terceiro pode suscitar a nulidade<sup>142</sup> e, com isso, isentar-se de responsabilidade.

Da mesma forma, no caso de obrigações naturais<sup>143</sup> – como a dívida de jogo, por exemplo –, o respectivo cumprimento sequer pode ser exigido do credor, de modo que também não poderá ser do devedor.<sup>144</sup>

O segundo pressuposto é o conhecimento do contrato por parte do terceiro. Se este desconhece a existência ou não tem, à luz dos usos e costumes comerciais, a possibilidade de conhecer a relação contratual, não há que se falar em sua responsabilização.<sup>145</sup>

Roberta Mauro pontua que a oponibilidade não poderá alcançar as hipóteses em que o terceiro era incapaz de ter conhecimento sobre a existência do direito alheio – em outras palavras, o direito somente se tornará oponível quando for conferida publicidade à sua existência.<sup>146</sup>

Segundo a autora, a baliza para tal aferição paira na existência de boa-fé subjetiva, que está atrelada ao desconhecimento sem culpa ou à ignorância desculpável, ou seja, na legítima crença de não estar prejudicando terceiros.<sup>147</sup> E tal

---

<sup>141</sup> MARTINS, Fábio Floriano Melo. Op. cit., p. 144.

<sup>142</sup> Código Civil, artigo 168: As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

<sup>143</sup> “Designa-se como obrigação natural a relação jurídica geradora de prestação que, não sendo ilícita, mostra-se inexigível, mas cujo pagamento espontâneo o ordenamento tutela, impedindo a repetição. [...] O motivo do tratamento diferenciado parece situar-se, na verdade, em razões de política legislativa. Nas obrigações naturais, há expressa opção normativa, baseada em motivos de conveniência social, que podem ou não encontrar respaldo na moralidade. É mais eficiente, sob o ponto de vista da paz social, que se evitem discussões e conflitos acerca de certas dívidas que, embora lícitas, não chegam a suscitar aprovação social” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pp. 18-19)

<sup>144</sup> MARTINS, Fábio Floriano Melo. *A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional*, Tese de Doutorado em Direito Civil pela USP-SP, 2015, p. 145.

<sup>145</sup> Ibid., p. 147.

<sup>146</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

<sup>147</sup> Ibid.

desconhecimento deve estar pautado em um erro escusável, ou seja, que incidiria qualquer pessoa prudente nas mesmas condições.<sup>148</sup>

Nesse sentido, o ônus de conferir publicidade a um direito recai sobre o seu titular, tornando-se mais difícil no que tange aos relativos ao crédito que, diferentemente de outros direitos, não costumam apresentar meios de publicidade organizada.<sup>149</sup> Por exemplo, nos direitos reais, a posse já pode ser identificada como um mecanismo de exteriorização de propriedade, que pode e deve ser confirmado por meio dos registros públicos. Por sua vez, nos direitos de personalidade, a existência do sujeito já é uma evidência natural quanto aos seus direitos.

Roberta Mauro esclarece que há algumas formas de conferir publicidade a um direito, segregando-se entre i) naturais, que são capazes de espontaneamente revelar determinados fatos sobre um vínculo jurídico e ii) provocados, que se originam de uma intenção de dar conhecimento, sendo ainda divididos entre legais/obrigatórios ou facultativos.<sup>150</sup>

Os mecanismos naturais de publicidade podem derivar de fatos sociais decorrentes de comportamentos, declarações ou omissões dos titulares de situações jurídicas, perceptíveis pelos terceiros que participam dessa relação.<sup>151</sup> Trata-se do fato notório, cuja externalização evidencia que o terceiro atuante de determinado nicho tinha ciência sobre a existência de outra relação contratual.

A esse respeito, lembre-se o já mencionado caso do Zeca Pagodinho. Ainda que a AmBev não figurasse no contrato firmado entre o cantor e a Schincariol, era notória a existência da referida relação, veiculada publicamente em comerciais. Tanto é que a propaganda da AmBev fazia alusão e ironizava a passagem de Zeca Pagodinho pela outra marca cervejeira.

Por sua vez, a publicidade provocada consiste na exteriorização escrita do fato pela parte. Os legais/obrigatórios, como o próprio nome sugere, representam os registros públicos que o ordenamento jurídico reputa como obrigatórios, tais como o registro de uma empresa ou de um imóvel. Nesse caso, o ônus da prova é

---

<sup>148</sup> MOTA, Mauricio Jorge da. A teoria da aparência jurídica, *Revista de Direito Privado*, v. 32, out./dez. 2007, DTR\2007\628, p. 230.

<sup>149</sup> MARTINS, op. cit., p. 147.

<sup>150</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 210.

<sup>151</sup> BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*, Porto Alegre: Fabris Editor, 2012, p. 35.

direcionado ao terceiro, que deverá comprovar que adotou as diligências necessárias para a verificação das circunstâncias envolvidas.<sup>152</sup>

Já a publicidade provocada facultativa consiste no registro público que não seja obrigatório – como a averbação de um instrumento contratual – ou o envio de notificação em que a existência do direito é levada à inequívoca ciência do terceiro. Nesses casos, diferentemente da publicidade obrigatória, o ônus é mantido com a parte lesada, que poderá utilizar esse elemento como meio de prova no sentido de que o terceiro tinha ciência ou, ao menos, deveria ter conhecimento sobre a existência da relação jurídica.<sup>153</sup>

Em resumo, aquele que invoca a teoria de terceiro cúmplice deve comprovar que o terceiro tinha conhecimento efetivo ou, ao menos, deveria ter ciência quanto ao contrato. E. Santos Júnior pontua que o terceiro deve (ou deveria) conhecer minimamente o conteúdo do contrato, não bastando a ciência de que uma parte é credora da outra. Em outras palavras, uma relação creditícia pura não impede a liberdade de contratar do terceiro, porém, se o terceiro souber que a sua interferência impactará diretamente naquele crédito, poderá ser responsabilizado.<sup>154</sup>

O último requisito, mais contraditório na doutrina, consiste na caracterização de ato ilícito do terceiro, podendo-se identificar três posições relativas ao tema.

A primeira corrente defende que o dolo é um elemento essencial para a responsabilização do terceiro, sendo necessário demonstrar a sua intenção consciente em interferir na relação jurídica alheia e provocar um dano a um dos contratantes.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. Op. cit., p. 236.

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> “Se Afonso sabe que Bento é credor de Carlos, isso em nada limita a liberdade de Afonso contratar com Carlos, não há aí um verdadeiro conhecimento, para o efeito da efectivação da oponibilidade do crédito a Afonso, enquanto terceiro. Apenas se Afonso souber que o direito de crédito de Bento em relação a Carlos consiste, p. ex., no direito de exigir a Carlos que lhe venda a coisa *x*, que este lhe prometeu vender, é que uma limitação concreta existirá na esfera de Afonso: se se propunha a adquirir a Carlos aquela coisa, deverá, então, abster-se de o fazer, porque *conhece* o crédito de Bento – conhece-o na sua existência e configuração essencial – e deve, *in concreto*, abster-se de interferir com ele.” (SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 505).

<sup>155</sup> Filiam-se a essa corrente: RABELLO, Gabriel Vasconcelos (op. cit.); NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil, *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 3, v. 12, Rio de Janeiro, out./dez. 2002; e FIGUEIREDO, Helena Lana. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009.

A segunda corrente entende que é necessário comprovar culpa, e não dolo, demonstrando-se que o terceiro conhecia o crédito/contrato e, a despeito disso, firmou pacto incompatível com a obrigação assumida pelos outros contratantes.<sup>156</sup> Filiando-se a essa segunda tese, Paula Greco Bandeira apresenta críticas à corrente que defende a necessidade de caracterização do dolo, afirmando que isso i) importaria prova diabólica à vítima, no sentido de comprovar a intenção de prejudicar do terceiro, o que provavelmente equivaleria à impunidade do terceiro cúmplice, e ii) significaria um distanciamento da tendência de objetivação da culpa que, cada vez mais, afasta-se de conceitos subjetivos inerentes ao agente.<sup>157</sup> No sentido, Patrícia Cardoso observa que a doutrina do terceiro cúmplice tem como norte a boa-fé objetiva, de modo que, se o terceiro age contra os deveres anexos daí inerentes, já há que se falar em sua responsabilização.<sup>158</sup>

Por sua vez, a terceira corrente, que parece mais acertada, defende que a ciência do terceiro quanto à existência e ao conteúdo do contrato já caracteriza dolo, afinal, ao firmar pacto incompatível com aquela obrigação, o terceiro tem consciência de que está interferindo em uma relação anteriormente existente. Na prática, essa terceira corrente se assemelha ao entendimento da segunda, diferenciando-se apenas nas nomenclaturas sobre dolo e culpa.<sup>159</sup>

Na jurisprudência, verifica-se que os Tribunais oscilam entre i) exigir a comprovação de que o terceiro agiu de modo doloso<sup>160</sup> ou ii) aplicar a teoria do

<sup>156</sup> Filiam-se a essa corrente: BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual, *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 5, v. 20, Rio de Janeiro.

<sup>157</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 116.

<sup>158</sup> CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual, *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 5, v. 20, Rio de Janeiro, p. 140.

<sup>159</sup> Filiam-se a essa corrente: SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003; e DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Diferenças de natureza e efeitos entre o negócio jurídico sob condução suspensiva e o negócio jurídico a termo inicial, a colaboração de terceiro para o inadimplemento de obrigação contratual, a doutrina do terceiro cúmplice, a eficácia externa das obrigações, *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>160</sup> “[...] Hipótese em que a proprietária arrendante violou o dever de abstenção que se lhe impunha e *interferiu dolosamente no contrato* celebrado entre o autor e o arrendatário, levando, por seu comportamento, ao inadimplemento de parte das obrigações por este assumidas, cuja execução normal e esperada restou impossibilitada, ante a derrubada da lavoura (destruição do objeto prestacional) – Conduta que configura ato ilícito (art. 186 do CC) e faz emergir a responsabilidade civil pelos danos causados, devendo indenizar o autor, nos termos do art. 927 do CC [...]” (TJ/SP,

terceiro cúmplice levando em consideração os princípios constitucionais envolvidos e que o terceiro tinha conhecimento da existência do contrato, sem perquirir a existência de dolo.<sup>161</sup>

É preciso ter cautela e rigor na aplicação dos requisitos para a responsabilização do terceiro interferente, à luz das circunstâncias de cada caso concreto. Entender de forma diversa representaria arbitrária interferência na livre-concorrência, o que desestimularia as operações econômicas e o fluxo de circulação de bens e mercadorias na sociedade.

## 2.4. Efeitos da caracterização da responsabilidade do terceiro

### 2.4.1. Forma de responsabilização

O ilícito oriundo da doutrina do terceiro cúmplice gera uma dupla responsabilidade, sendo contratual por parte do contratante inadimplente (artigo

---

25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008756-89.2014.8.26.0201, Rel. Des. Edgard Rosa, DJe 21.9.2017).

“[...] Tutela externa do crédito - Embora seja impossível impedir os executivos e funcionários de pedirem demissão da Medidata e ingressarem na Telemont, o fato é que, da forma como ocorreu, fica evidente que a Dan Hebert e a Telemont agiram em violação da boa-fé ao *interferirem de forma maléfica* nas relações jurídicas existentes entre a Medidata e seus colaboradores e clientes. Nessas condições, a Medidata tem a seu favor a ‘tutela externa do crédito’ ou a ‘doutrina do terceiro cúmplice’, que veda a interferência danosa de terceiros estimulando o inadimplemento do contrato alheio. Há nesses casos um alargamento do princípio da relatividade, de modo a impedir que terceiros se comportem como se o contrato não existisse [...]” (TJ/RJ, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0024232-41.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fábio Dutra, DJe 31.1.2017).

<sup>161</sup> “[...] Ora, considerando a posição de coerdeiro do apelado, é evidente que sua conduta violou os deveres anexos decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, tais como o dever de cooperação e de lealdade, tendo ele atuado como um ‘terceiro-cúmplice’ no inadimplemento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, conforme esclarece Luciano de Camargo Penteado, em sua obra *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*, Quartier Latin, 2007, p. 51. No mesmo sentido: Humberto Theodoro Neto, *Efeitos Externos do Contrato: Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros*, Forense, 2007, p. 126. Cumpre, pois, reconhecer a invalidade do negócio, por violação à função social e à boa-fé. Irrelevante afirmar a anuência tácita com a alienação, pois, sem demonstração sequer do valor do negócio, não se pode presumir concordância com valor ignorado [...]” (TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0001482-25.2010.8.26.0004, Rel. Des. Hamid Bdine, DJe 5.11.2015).

“[...] Os contratos são dotados não apenas de efeitos internos, mas também externos, em razão dos quais todos aqueles que não participam do contrato têm o dever de não impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações pactuadas - é a chamada tutela externa do crédito ou teoria do terceiro cúmplice. Ao violar esse dever de abstenção, a 1ª ré deve ser responsabilizada pelos danos causados à franqueada, pois o princípio do *neminem laedere* orienta no sentido de que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito passível de reparação (artigos 186 e 927, do CC) [...]” (TJ/RJ, 19ª Câmara Cível., Apelação Cível nº 0324345-66.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, DJe 24.2.2015).

389 do Código Civil)<sup>162</sup> e extracontratual por parte do terceiro interferente (artigos 186 e 927 do Código Civil).<sup>163</sup> O devedor será considerado autor da lesão do direito de crédito, enquanto o terceiro se caracterizará como co-autor.<sup>164-165</sup>

Neste caso, de acordo com o artigo 942 do Código Civil,<sup>166</sup> o contratante inadimplente e o terceiro interferente são solidariamente responsáveis por perdas e danos devidos ao contratante lesado e, portanto, podem ser acionados em conjunto ou separadamente. Caso um deles venha a arcar com a integralidade da condenação, há a possibilidade de direito de regresso contra aquele que nada desembolsou.

Essa dinâmica de dupla responsabilidade traz uma peculiaridade relativa ao regramento da cláusula penal<sup>167</sup> prevista no contrato violado. Em regra, o contratante inadimplente deve responder até o limite do valor previamente estabelecido para a fixação das perdas e danos. Nesse caso, o terceiro não deve responder de forma mais gravosa do que o próprio contratante inadimplente, que

<sup>162</sup> Código Civil, artigo 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

<sup>163</sup> Código Civil, artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Código Civil, artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>164</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 113-114.

<sup>165</sup> A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já há muito reconheceu a possibilidade de dupla responsabilização, sob os aspectos contratual e extracontratual: “é cediço no E.STJ que, à luz dos artigos 46 e 292 do CPC é admissível, em princípio, que um mesmo dano derive de inadimplemento de um contrato e de ilícito extracontratual, por que responsável um terceiro. Isso ocorrendo, viável a cumulação de demandas em um mesmo processo, formando-se litisconsórcio passivo” (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 886.077/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.5.2008).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado em que houve expressa aplicação da doutrina do terceiro cúmplice: “[...] Ao corréu MARCELO impõe-se a obrigação de restituir parte do preço, em razão do inadimplemento da obrigação contratualmente assumida art. 389 do Código Civil. À corré SANTA ESMÉRIA, que não tomou parte no negócio jurídico celebrado com o autor, impõe-se a obrigação de indenizar os danos que causou com sua conduta, com fundamento na responsabilidade civil extracontratual (art. 186 e 927 do Código Civil), em razão da violação à cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), em seu aspecto externo, segundo a qual configura ato ilícito a intervenção prejudicial de terceiro na relação contratual alheia, de modo a contribuir para o inadimplemento das obrigações” (TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008756-89.2014.8.26.0201, Rel. Des. Edgard Rosa, DJe 27.09.2017).

<sup>166</sup> Código Civil, artigo 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”.

<sup>167</sup> “A cláusula penal consiste, genericamente, na obrigação acessória em que as partes definem determinada consequência para o inadimplemento absoluto ou relativo de uma obrigação. O conteúdo da cláusula penal é ordinariamente uma soma em dinheiro” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 385).

expressamente se obrigou perante o credor e assumiu deveres contratuais específicos. Assim, caso o dano seja superior ao previsto na cláusula penal, o terceiro também se aproveitará dos limites estabelecidos pelos contratantes.<sup>168</sup>

Porém, caso a cláusula penal estabeleça um patamar mínimo indenizatório e restar comprovado prejuízo superior, o contratante inadimplente e o terceiro responderão de acordo com o efetivo valor correspondente às perdas e danos,<sup>169</sup> à luz do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil.<sup>170</sup>

Por sua vez, caso o dano seja inferior ao estabelecido na cláusula penal, o terceiro interferente responderá até o valor do efetivo prejuízo, enquanto o contratante inadimplente poderá responder até o valor pré-fixado para as perdas e danos. Isso porque, o terceiro não deve responder de forma mais gravosa do que os próprios danos identificados no caso concreto, com base em regras contratuais das quais não pactuou ou consentiu.<sup>171</sup>

Outros regramentos que podem se distinguir no que tange ao contratante inadimplente e o terceiro consistem i) no prazo prescricional que, de acordo com a jurisprudência mais recente, seria de três anos para a relação extracontratual e de dez anos para a contratual<sup>172</sup> e ii) na aplicação de eventual cláusula compromissória

---

<sup>168</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 117. Vale notar, porém, que alguns autores, como Fábio Floriano Melo Martins, entendem que em nenhuma hipótese a cláusula penal seria aplicável ao terceiro, que poderia responder de modo superior ao contratante inadimplente: “Em termos práticos, se o montante da indenização fixada for superior ao valor da cláusula penal, o terceiro e o devedor respondem solidariamente até o limite fixado na cláusula penal, ficando o terceiro como único responsável pelo valor excedente” (MARTINS, Fábio Floriano Melo. *A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional*, Tese de Doutorado em Direito Civil pela USP-SP, 2015, p. 172).

<sup>169</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007, p. 117.

<sup>170</sup> Código Civil, artigo 416: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça entende que se aplica à responsabilidade extracontratual o prazo de três anos previsto no artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, enquanto à responsabilidade contratual aplica-se o prazo geral de dez anos previsto no artigo 205 do mesmo diploma legal (STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 2.8.2018 e STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.281.594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, DJe 23.5.2019).

prevista no contrato, porquanto a submissão à arbitragem para solucionar o litígio, neste caso, apenas poderia ser imposta ao contratante.<sup>173</sup>

Pode-se questionar ainda se seriam aplicáveis as cláusulas excludentes ou limitativas do dever de indenizar, que visam a excluir ou restringir a indenização a que o causador do dano estaria sujeito em caso de descumprimento contratual.<sup>174</sup> Diferenciam-se da cláusula penal porque esta normalmente estabelece valores fixos, representando instrumentos de garantia contratual e pactuadas para beneficiar o credor, enquanto aquelas fixam limites máximos indenizatórios e servem aos interesses do devedor para circunscrever o risco assumido com o contrato.<sup>175</sup>

As cláusulas excludentes ou limitativas do dever de indenizar não podem ser fixadas para afastar, restringir ou transferir obrigações essenciais do contrato, impedindo que o devedor desista do contrato quando lhe for mais conveniente, especialmente considerando que o valor a ser desembolsado a título indenizatório seria reduzido.<sup>176</sup> Por esse motivo, se o devedor rompe o contrato para se relacionar com terceiro, essas cláusulas não seriam aplicáveis, de modo que ambos responderiam pela integralidade dos danos identificados.

Enfim, a efetiva reparação da parte lesada deverá ser apurada a partir de cada caso concreto, especialmente considerando as disposições contratuais pactuadas com o devedor e a extensão dos danos identificada. Na próxima Seção, alguns julgados serão analisados para a verificação de como a jurisprudência vem aplicando a condenação em relação à teoria do terceiro cúmplice.

A título de referência a institutos semelhantes – analisados na Seção relativa à oponibilidade dos contratos –, verifica-se que, no caso de aliciamento em contrato de prestação de serviços, os lucros cessantes são apurados com base nos dois anos seguintes (artigo 608 do Código Civil). Por sua vez, a Lei de Propriedade Industrial – bastante utilizada nos casos envolvendo terceiro cúmplice – prevê hipóteses reparatórias amplas, permitindo-se a escolha entre os lucros cessantes efetivamente

---

<sup>173</sup> Lei nº 9.307/1996, artigo 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

<sup>174</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 276.

<sup>175</sup> *Ibid*, p. 279.

<sup>176</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 289.

identificados ou a vantagem auferida pelo terceiro (artigo 210 da Lei nº 9.279/1996).

Além de medidas reparatórias, a doutrina do terceiro cúmplice também permite a aplicação de medidas inibitórias contra a intervenção indevida na relação contratual. Afinal, se restar constatada a ilicitude da intervenção do terceiro na relação contratual alheia, deve-se desde logo coibir a prática de tal ato, privilegiando-se o cumprimento efetivo dos contratos ao invés de simplesmente realizar a conversão em perdas e danos.

Nesse sentido, identificam-se na jurisprudência julgados condenando o terceiro em obrigação de não fazer para se abster de intervir no contrato<sup>177</sup> e, a depender do estágio do caso, a medida pode ser determinada provisoriamente em sede de tutela de urgência.<sup>178</sup> De fato, a tutela inibitória parece mais efetiva do que

---

<sup>177</sup> “CONCORRÊNCIA DESLEAL. Distribuidoras de derivados de petróleo. *Tutela externa do crédito. Autor que pretende seja a ré condenada a se abster da venda e distribuição de combustíveis a postos de gasolina estranhos à lide, porquanto firmou com estes últimos contratos de fornecimento com exclusividade.* Doutrina e jurisprudência que consagram a ‘tutela externa do crédito’ ou a ‘doutrina do terceiro cúmplice’, que veda a interferência danosa de terceiros estimulando o inadimplemento do contrato alheio. Manifesta intenção de usurpar nome e prestígio alheios, configurando abuso de direito. Desvio de clientela. Descrédito e obscurecimento da marca. Proteção conferida pela Lei nº 9.279/96. Danos materiais. Lucros cessantes. Liquidação de sentença. Conduta da ré que também ofendeu o rol de direitos extrapatrimoniais da apelante. Danos morais configurados. Quantificação. Funções punitiva e ressarcitória. Valor arbitrado levando em consideração a reprovabilidade da conduta da apelada. Recurso provido” (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 9000097-52.2011.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, DJe 17.7.2014)

Trechos do voto:

“Há, por assim dizer, um alargamento do princípio da relatividade, de modo que *terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse.* [...] *Claro que o comando principal deste Acórdão é o de abstenção da venda de combustíveis a postos da rede Ipiranga, pena de multa de R\$ 100.000,00 a cada episódio.* Feitas as considerações acima, imperiosa a reforma total da sentença, para o fim de julgar inteiramente procedente a ação para os seguintes fins: a) *abstenção de venda de combustíveis a postos da rede Ipiranga, pena de multa de R\$100.000,00 a cada episódio;* b) composição de danos morais, fixados em R\$ 100.000,00 atualizados a contar desta data e acrescidos de juros de mora contados a partir da data do ato ilícito, isto é, 08 de agosto de 2.011 (fls. 83); c) composição de danos materiais, apuráveis em liquidação de sentença por arbitramento”.

<sup>178</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO – MARCA E CONCORRÊNCIA DESLEAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – Decisão agravada que concedeu em parte a *tutela de urgência* pleiteada na inicial, para determinar à ré que se abstenha de distribuir produtos combustíveis a postos revendedores vinculados à autora, sob pena de multa – Inconformismo – Não acolhimento – *Princípio da relatividade dos efeitos contratuais que foi mitigado, no direito contratual contemporâneo, pelo princípio da função social do contrato – Tutela externa do crédito – Distribuidora que, a par das normas regulatórias, pratica ato ilícito, à luz do art. 421, do CC, ao fornecer produtos combustíveis a postos varejistas que tenham contrato de fornecimento com exclusividade com outra distribuidora, da qual, em regra, ostentam a bandeira e exploram a marca – Conduta que, ademais, concorre, em tese, para a suposta violação do direito de marca praticada pelo posto revendedor e configura concorrência desleal, ao arripio da Lei n. 9.279/96 – Autora que comprovou, com a inicial, que a ré forneceu combustíveis a postos que mantêm contrato de fornecimento com exclusividade com a autora – Indícios de discrepâncias entre o cadastro mantido pela ANP, alimentado por informações prestadas pelos próprios postos revendedores, e a realidade dos postos – Ordem de abstenção de venda que se mostra justificada,*

a reparatória, inclusive se considerar a dificuldade no exercício de quantificação dos danos.

#### 2.4.2. Casuística e quantum indenizatório

A análise de alguns julgados a respeito da responsabilização do terceiro interferente auxilia na tarefa de se verificarem os parâmetros para a fixação dos danos em decorrência da frustração contratual.

Um caso foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>179</sup> envolvendo a instigação por parte de distribuidoras de petróleo para venderem gasolinas a postos que tinham cláusula de exclusividade com a empresa Ipiranga, inclusive ostentando a sua bandeira em seus postos.

A premissa fundamental para a aplicação de condenação no referido caso foi a teoria do terceiro cúmplice, “que veda a interferência danosa de terceiros estimulando o inadimplemento do contrato alheio”, porém, também foram tecidas considerações a respeito da concorrência desleal.

As distribuidoras foram então condenadas ao pagamento de i) danos materiais caracterizados pelos lucros que deixaram de ser auferidos em virtude da ausência de distribuição da gasolina, a serem apurados em liquidação de sentença e ii) danos morais no valor de R\$100 mil, considerando que os postos ostentam a bandeira Ipiranga, enquanto foi oferecida gasolina de suposta pior qualidade aos consumidores.<sup>180</sup>

---

*ao menos neste momento processual* – Demais pontos debatidos, notadamente sob a ótica do pleito indenizatório, que demandam aprofundamento da instrução – Decisão agravada mantida – Recurso desprovido” (TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2130599-66.2018.8.26.0000, Rel. Grava Brasil, DJe 10.09.2018).

<sup>179</sup> TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 9000097-52.2011.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, DJe 17.7.2014.

<sup>180</sup> Trechos do voto:

“[...] 4. Considerada ilícita a conduta da ré, resta analisar as consequências jurídicas de seus atos. A autora deseja a reparação por danos materiais e morais que alega ter sofrido. Além disso, requer seja a ré condenada a se abster de fornecer combustíveis aos postos credenciados à marca Ipiranga. Evidente a existência de danos materiais suportados pelo autor (*an debeatur*). Não é difícil entender que todo o combustível vendido pela apelada ao posto representou, na mesma proporção, uma diminuição das vendas de combustível pela Ipiranga.

Sabido que lucros cessantes nada mais são do que os ganhos de que ficou o credor privado em virtude do evento danoso. Em termos diversos, é a exclusão de um ganho que era ou poderia ser esperado, atual ou futuramente, se o fato danoso não houvesse ocorrido (SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, 2007, p. 164).

No caso dos autos, a Ipiranga deixou de lucrar, justamente porque deixou de vender combustível a posto com quem mantém contrato de exclusividade.

Como se vê, o caso foi decidido pelas regras gerais da responsabilidade civil. Nesta hipótese, não se falou no benefício que foi auferido pelo terceiro, próprio da lei de concorrência desleal. De todo modo, possivelmente o lucro que deixou de ser auferido pela Ipiranga seria superior ao benefício que foi angariado pelas distribuidoras, que ofereciam produtos aparentemente mais baratos. Ou seja, não foi necessário recorrer a regras mais benéficas envolvendo direito concorrencial, pois a reparação pela regra geral da responsabilidade civil parecia mais benéfica.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,<sup>181</sup> a ação foi ajuizada conjuntamente contra o contratante inadimplente e contra o terceiro interferente. Na hipótese, a safra agrícola de tangerina que havia sido contratada deixou de ser entregue porque a proprietária da Fazenda destruiu a plantação, poucos dias antes da entrega.

Restou comprovado que a proprietária da Fazenda tinha conhecimento do contrato prevendo a entrega da tangerina e que não havia justificativa para a destruição de parte da lavoura poucos dias antes da colheita dos frutos pendentes. Aplicando a doutrina do terceiro cúmplice, o Tribunal de Justiça observou que “configura ato ilícito a intervenção prejudicial de terceiro na relação contratual alheia, de modo a contribuir para o inadimplemento das obrigações”.

Diante disso, determinou a restituição do valor antecipado pela safra não colhida, indicando que “a responsabilidade deve ser repartida igual e solidariamente entre ambos os réus, ainda que por fundamentos distintos”. No caso do devedor, foi determinada a responsabilização com base na responsabilidade contratual (fundada

---

Apenas não é possível, no presente momento, a quantificação (quantum) dos danos materiais, em razão da falta de comprovação do volume de combustível vendido pela apelada ao posto Luigi. Assim, a quantificação dos danos materiais ficará relegada para fase de liquidação.

5. Entendo que o ilícito praticado pela ré não ofendeu apenas o rol de direitos patrimoniais. Houve, a meu sentir, ofensa a bem juridicamente tutelado de caráter extrapatrimonial. [...]

Como ressaltado, a conduta da ré acabou por associar a marca da apelante a produtos de pior qualidade (descrédito), além de representá-la de maneira perniciosa (obscurecimento). Evidente, assim, que a marca perdeu valor e prestígio. [...]

Feitas as considerações acima, imperiosa a reforma total da sentença, para o fim de julgar inteiramente procedente a ação para os seguintes fins: a) abstenção de venda de combustíveis a postos da rede Ipiranga, pena de multa de R\$ 100.000,00 a cada episódio; b) composição de danos morais, fixados em R\$ 100.000,00 atualizados a contar desta data e acrescidos de juros de mora contados a partir da data do ato ilícito, isto é, 08 de agosto de 2.011 (fls. 83); c) composição de danos materiais, apuráveis em liquidação de sentença por arbitramento” (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 9000097-52.2011.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, DJe 17.7.2014).

<sup>181</sup> TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008756-89.2014.8.26.0201, Rel. Des. Edgard Rosa, DJe 27.09.2017.

no artigo 389 do Código Civil), enquanto o terceiro interferente, por sua vez, foi condenado com fundamento na responsabilidade extracontratual (calcada nos artigos 186 e 927 do Código Civil).<sup>182</sup>

Porém, os lucros cessantes deixaram de ser fixados, ao fundamento de que o credor não comprovou que o inadimplemento resultou em frustração de outros negócios firmados anteriormente. Talvez o resultado tivesse sido diverso se o credor tivesse apresentado comprovação do quanto auferia com a venda da tangerina e, por consequência, que deixou de arrecadar com a frustração do contrato. Além disso, como o referido caso não versava sobre hipótese de concorrência, os regramentos mais benéficos da Lei nº 9.279/1996 não foram suscitados.

Para encerrar, destaca-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,<sup>183</sup> em que foi igualmente reconhecida a responsabilidade solidária do infrator de um contrato de franquia e do terceiro concorrente que instigou tal descumprimento.

O contrato em questão estabelecia cláusula penal em patamar indenizatório mínimo, de modo que, considerando a situação de concorrência e a dificuldade na quantificação dos danos pelo credor, foi determinado que a reparação remanescente

---

<sup>182</sup> “Compra e venda de safra agrícola de tangerina poncã celebrada com o arrendatário das terras – Safra de 2013 – Adiantamento parcial do preço – Obrigação, no entanto, cumprida apenas em parte, em razão da derrubada da lavoura pela proprietária da fazenda e arrendante das terras – Restituição do preço correspondente à parte da safra não entregue – *Dever que se impõe tanto ao alienante da safra (arrendatário) quanto à proprietária do terreno (arrendante) que destruiu a plantação em desprestígio ao contrato celebrado por aquele com o autor - Tutela externa do contrato – Mitigação do princípio da relatividade em razão da dimensão externa da função social do contrato – Oponibilidade dos efeitos do contrato aos terceiros que dele tenham conhecimento – Hipótese em que a proprietária arrendante violou o dever de abstenção que se lhe impunha e interferiu dolosamente no contrato celebrado entre o autor e o arrendatário, levando, por seu comportamento, ao inadimplemento de parte das obrigações por este assumidas, cuja execução normal e esperada restou impossibilitada, ante a derrubada da lavoura (destruição do objeto prestacional) – Conduta que configura ato ilícito (art. 186 do CC) e faz emergir a responsabilidade civil pelos danos causados, devendo indenizar o autor, nos termos do art. 927 do CC – Adquirente que não assumiu os riscos da existência da safra, que inclusive colheu em parte, mas apenas o risco da diferença na quantidade estimada, fazendo jus à reparação dos prejuízos pois a destruição de parte do pomar, por intervenção da arrendante, não estava incluída na álea inerente ao contrato – Aplicação dos artigos 483 e 459, parágrafo único, do Código Civil – Danos emergentes comprovados, mas não na extensão pretendida – Lucros cessantes e dano moral não comprovados - Ação de cobrança julgada procedente em parte. - Apelação parcialmente provida” (TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008756-89.2014.8.26.0201, Rel. Des. Edgard Rosa, DJe 27.09.2017).*

<sup>183</sup> TJ/RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0324345-66.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, DJe 24.02.2015.

fosse apurada com base no artigo 210, inciso II, da Lei nº 9.279/1996, verificando-se o benefício auferido pelo concorrente.<sup>184</sup>

Em linha com o referido julgado, pode-se constatar que muitos casos envolvendo a doutrina do terceiro cúmplice versam sobre a interferência de um concorrente na relação contratual alheia, motivo pelo qual as regras mais benéficas da Lei nº 9.279/1996 podem acabar sendo aplicadas, especialmente considerando os casos em que a quantificação dos danos é de difícil comprovação.

Contudo, em hipóteses que não versam sobre concorrência desleal ou que os lucros cessantes identificados pela parte lesada são superiores aos auferidos pelo

---

<sup>184</sup> “Apelação cível. Contrato de franquia. Legalidade da cláusula de não concorrência. Violação. Interferência indevida no contrato. *Teoria do terceiro cúmplice*. Revelia quanto a um dos pedidos. Presunção relativa de veracidade que recai sobre os fatos, e não sobre sua qualificação jurídica. Dano moral à pessoa jurídica não demonstrado. [...] 2. *Os contratos são dotados não apenas de efeitos internos, mas também externos, em razão dos quais todos aqueles que não participam do contrato têm o dever de não impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações pactuadas - é a chamada tutela externa do crédito ou teoria do terceiro cúmplice*. Ao violar esse dever de abstenção, a 1ª ré deve ser responsabilizada pelos danos causados à franqueada, pois o princípio do *neminem laedere* orienta no sentido de que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito passível de reparação (artigos 186 e 927, do CC). Extensão dos efeitos do contrato que alcança, inclusive, a cláusula de sigilo, diante da confusão entre as sociedades rés. 3. A decisão que permitiu o funcionamento das rés não significa salvo conduto para que elas violem direitos da autora, sendo incapaz de suspender o curso da multa contratual pela inobservância da cláusula de não concorrência. 4. A ausência de contestação sobre determinado ponto não implica, necessariamente, reconhecimento da procedência do pedido, se as provas dos autos não conduzirem à conclusão jurídica pretendida pela autora, já que a presunção de veracidade das alegações recai apenas sobre fatos narrados. Em outras palavras, as questões jurídicas, suscitadas ou não pela defesa na contestação, poderão ser objeto de apreciação pelo magistrado, porque naquilo que toca ao direito não se implementam as consequências da revelia. A liberalidade no pagamento da taxa inicial de franquia tem que ver com o relacionamento contratual anterior das partes, e foi estabelecida sem qualquer outra condição resolutiva, de sorte que a rescisão do contrato não tem o condão de disparar sua cobrança, como se cláusula penal fosse. 5. *A multa diária prevista no contrato em razão da concorrência desleal tem natureza de verdadeira cláusula penal e constitui prévia liquidação das perdas e danos, "sem prejuízo das sanções cíveis (...) previstas em lei" (cláusula 11.3), razão pela qual deve funcionar como valor mínimo da indenização, conforme prevê o parágrafo único do art. 416, do CC. Dessa sorte, a apuração do dano material determinada pela sentença, nos moldes do art. 210, II, da Lei 9279/96, deve ser feita com base na 'vantagem auferida pela ré com o aliciamento da clientela da franqueadora', abatendo-se, entretanto, o montante relativo à multa diária, que preestimou o valor das perdas e danos*. 6. Conquanto o desvio de clientela possa gerar - e de fato gera - lesão à atividade empresarial, é insuficiente, por si só, para lesionar a pessoa jurídica em si mesma. Embora seja indiscutível a existência de concorrência desleal e de transferência de informações sigilosas entre as rés, conforme sobejamente demonstrado nesta decisão, não se pode afirmar que a imagem da franqueadora tenha sido abalada perante seus clientes, tampouco perante sua rede franqueada. A insegurança gerada na rede franqueada e nos clientes é inerente à concorrência desleal, sendo excessivo imaginar que todo em qualquer desvio de clientela tenha o condão de gerar dano moral à pessoa jurídica. 7. A condenação ao pagamento da multa contratual pelo descumprimento das cláusulas estabelecidas no contrato dispensa liquidação, porquanto seu valor pode ser determinado por simples cálculo aritmético. 8. Recursos a que se dá parcial provimento” (TJ/RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0324345-66.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, DJe 24.02.2015).

terceiro infrator, aplica-se a regra geral do Código Civil, com a condenação ao pagamento das perdas e danos efetivamente comprovadas.

Como muitas vezes os atos do terceiro interferente geram abalo à honra objetiva da pessoa jurídica, assim entendida como a valoração social no meio em que atua (bom nome, credibilidade e reputação),<sup>185</sup> pode-se também cogitar na fixação de um valor a título de danos morais.

---

<sup>185</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.807.242/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 20.8.2019.

## CAPÍTULO III: RESPONSABILIDADE DO TERCEIRO QUE INTERFERE NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

### 3.1. A interferência do terceiro na relação pré-contratual

Nos Capítulos 1 e 2, demonstrou-se que estão consolidadas em nosso ordenamento as teorias da responsabilidade pré-contratual e do terceiro cúmplice, embora ainda careçam de aplicação eficiente pela jurisprudência, especialmente no que tange à quantificação dos danos.

Como visto no Capítulo 1, a parte que rompe injustificadamente a fase de tratativas pode ser demandada a reparar aquele que gerou a legítima expectativa quanto à celebração do contrato que vinha sendo negociado. Por sua vez, no Capítulo 2 se verificou que o terceiro que instiga o rompimento de um contrato já firmado pode responder perante o contratante lesado.

Porém, é escasso o material identificado na doutrina e jurisprudência que analise a junção entre os dois institutos, avaliando de que forma poderá haver a responsabilização do terceiro que instigou a ruptura de tratativas relativas à celebração de um contrato do qual não faria parte.<sup>186</sup>

A aplicação da doutrina do terceiro cúmplice já é vista com cautela, evitando-se interferências exacerbadas em atos de autonomia e na livre-concorrência, o que desestimularia as operações econômicas e o fluxo de circulação de bens e mercadorias na sociedade. Essa análise deve ser ainda mais acurada em uma fase pré-contratual, em que o contrato sequer foi firmado.

Contudo, essa cautela não pode isentar o terceiro de responder pelo ato ilícito que praticou, representando um salvo-conduto para interferir indevidamente nas relações alheias. Este Capítulo se propõe, então, a analisar se o terceiro pode, de fato, responder nessa situação e quais seriam os pressupostos e a forma de responsabilização.

Para elucidar o tema, o terceiro pode interferir na relação pré-contratual alheia visando a angariar vantagens decorrentes do fato de que determinado contrato não seja firmado. Isso ocorre normalmente em relações concorrenciais, no

---

<sup>186</sup> Ao analisar as teorias da responsabilidade pré-contratual e da doutrina do terceiro cúmplice, alguns doutrinadores já teceram breves comentários sobre a junção entre os dois institutos, conforme será explorado no item 3.2 abaixo. No que tange à jurisprudência, foram identificados dois julgados que podem ser utilizados como base para a análise do tema, como será visto no item 3.4 abaixo.

âmbito das quais o terceiro pretende evitar que o seu concorrente se alavanque no mercado, o que poderia lhe resultar uma redução de lucros.

A título ilustrativo, tem-se a hipótese de um apresentador de programa de televisão que estava em negociações com a emissora “X” e, ciente do avançado estágio dessas negociações, a emissora “Y” apresenta uma oferta superior, impedindo o prosseguimento das referidas tratativas. Contudo, logo após a contratação, a emissora “Y” não oferece um programa compatível com a reputação do apresentador, revelando que o seu objetivo era apenas evitar que a emissora “X” disputasse pela concorrência. Ou seja, a intenção da emissora “Y” não era a de legitimamente oferecer um programa ao apresentador, mas sim evitar o aumento de audiência à emissora “X”.<sup>187</sup>

Esse exemplo pode ser aplicado a diversos nichos do mercado, quando se estiver diante da cooptação de um negócio alheio que seria firmado pelo concorrente. A apuração dos elementos concretos do caso será essencial para avaliar a intenção desse terceiro, por meio da oitiva de testemunhas que tenham tido conhecimento dos detalhes prévios, da comprovação de que comunicações escritas foram trocadas a respeito da interferência indevida ou da própria verificação das circunstâncias negociais desse terceiro, verificando-se se o seu negócio já estava se preparando para aquele movimento.

Vale notar que há outras situações em que não se está diante de hipótese de *instigação* da ruptura do contrato por terceiro, mas a solução jurídica poderia ser análoga, especialmente diante da escassez de material sobre o tema.

A título exemplificativo, pense-se no caso em que a condição para a celebração do contrato reside na implementação de alguma medida por parte do terceiro – tal como a apresentação de determinado documento, a liberação de algum gravame etc. –, porém, esse terceiro se recusa a adotar essa medida justamente porque não gostaria que aquele negócio fosse firmado. Nessa situação, pode-se verificar uma atuação do terceiro para que a relação pré-contratual alheia não prossiga, o que poderia justificar medidas coercitivas contra esse terceiro ou, se for o caso, até mesmo reparatórias.

---

<sup>187</sup> SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, p. 272.

Enfim, todas essas questões revelam ser relevante avaliar o regramento aplicável aos casos em que o terceiro interfere em uma relação que ainda não detém um instrumento contratual firme em vigor.

### **3.2. Possibilidade de aplicar a doutrina do terceiro cúmplice à fase pré-contratual**

Embora seja escasso o material sobre o tema, é possível identificar referências esparsas sobre a responsabilização do terceiro que interfere em uma relação pré-contratual alheia, instigando para que o negócio jurídico não seja firmado.

Caso paradigmático advém do ordenamento estadunidense (*Pennzoil v. Texaco* – 1984), no qual a Texaco foi responsabilizada por interferir nas negociações de compra de ações da Getty Oil pela Pennzoil, ao oferecer proposta mais vantajosa que frustrou a celebração do contrato.<sup>188</sup> Explica-se com mais detalhes.<sup>189</sup>

Em 2.1.1984, a Pennzoil firmou Memorando de Entendimentos com os principais acionistas da Getty Oil visando a adquirir ações da referida companhia, mediante o pagamento de 110 dólares por ação. No dia seguinte, o Comitê de Diretores aprovou a operação, após a Pennzoil ter concordado em aumentar o preço para 115 dólares por ação. Em 4.1.1984, os então principais acionistas da Getty Oil anunciaram ao público sobre o acordo, que continuou em fase de negociações a respeito de detalhes adicionais.

No dia seguinte ao referido anúncio, os principais acionistas da Getty Oil iniciaram negociações secretas com a Texaco, também com a finalidade de alienar as ações da companhia, dessa vez por 128 dólares por ação. No dia seguinte, a Texaco divulgou uma nota à imprensa, anunciando que havia assinado o referido acordo. No aludido instrumento, os acionistas da Getty Oil ressaltaram que não se responsabilizariam por eventual reconhecimento de que aquele pacto violaria prévios compromissos com a Pennzoil.

---

<sup>188</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. A relativização da relatividade: Aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 88.

<sup>189</sup> Detalhamento extraído da seguinte obra: SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003.

Diante disso, em 8.2.1984, a Pennzoil propôs ação contra a Texaco perante o *Harris Country District Court*, em Houston – Texas, requerendo indenização compensatória no valor de 7,53 bilhões de dólares, além de danos morais punitivos. Em 19.11.1985, o júri acolheu os referidos pedidos, fixando os danos punitivos em 3 bilhões de dólares.

A Texaco interpôs recurso contra a referida decisão, tendo o Texas Court, em 12.2.1987, determinado apenas a redução do valor relativo aos danos punitivos, para 1 bilhão de dólares. Diante dessa condenação astronômica que possivelmente não conseguiria ser suportada pela Texaco, as partes firmaram acordo em que a Texaco se comprometeu a efetuar o pagamento de 3 bilhões de dólares à Pennzoil.

À luz do referido precedente, o direito norte-americano reconhece que podem ser objeto de aplicação da doutrina do terceiro cúmplice as relações contratuais prospectivas, ou seja, aquelas que ainda não estão formalizadas em contrato ou acordo, mas cuja pactuação se antevê com um razoável grau de probabilidade.<sup>190</sup>

A referência ao referido julgado pode ser localizada na obra estrangeira do autor português E. Santos Júnior, que escreveu relevante livro sobre a doutrina do terceiro cúmplice. O autor, porém, defende posição contrária, no sentido de que a fase de negociações não poderia ser oponível a terceiros.<sup>191</sup>

Segundo o doutrinador, a legislação portuguesa impõe deveres atrelados à boa-fé na fase pré-contratual e a possibilidade de haver a responsabilização da parte desistente,<sup>192</sup> contudo, não determina um vínculo à contratação. Assim, se a liberdade contratual é aplicável às próprias partes, essa mesma prerrogativa não poderia ser suprimida do terceiro. O autor defende que a fase pré-contratual apenas poderia ser oponível ao terceiro na hipótese em que as partes formalizarem um acordo de negociação contendo expressa vedação quanto a negociações paralelas e, ciente dessa previsão, o terceiro ainda assim interfere na referida relação.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 292-293.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>192</sup> Artigo 227 do Código Civil português: “(Culpa na formação dos contratos). Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

<sup>193</sup> SANTOS JÚNIOR, E. *Op. cit.*, pp. 497-498.

No Brasil, é possível identificar doutrinadores defendendo a possibilidade de aplicação da doutrina do terceiro cúmplice à fase pré-contratual, em linha com o paradigmático caso *Pennzoil v. Texaco*:

Conforme já sinalizado, é pacífico o entendimento no sentido de que existe a possibilidade de criação de obrigações entre as partes desde a fase pré-contratual até o momento pós-contratual. Por conseguinte, durante todo o período em que existem as referidas obrigações, estão suscetíveis à interferência indevida por terceiro e sua posterior responsabilização.

O que varia, no entanto, é a maior cautela na aplicação no momento pré-contratual, por exemplo, para evitar cerceamento à livre concorrência na disputa por fornecedores, por exemplo.

[...] Assim, todas as vezes em que o devedor puder ser responsabilizado pelo credor por descumprimento da obrigação na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, a interferência do terceiro será potencialmente passível de responsabilização.<sup>194</sup>

E quanto ao contrato ainda não celebrado, mas em vias concretas de formalização? Poderá haver responsabilidade civil do terceiro que prejudica a sua concretização? Se a probabilidade de celebração do negócio for concreta e real, a resposta deverá ser afirmativa.<sup>195</sup>

Como visto nos Capítulos 1 e 2, ambos os institutos possuem um pilar comum, caracterizado pelo princípio da boa-fé objetiva que funciona como cânone limitador de atos ilegítimos oriundos da autonomia privada. A responsabilidade pré-contratual se fundamenta essencialmente nos deveres anexos da boa-fé, impondo aos negociantes que atuem com lealdade, honestidade e transparência, comunicando à contraparte a respeito de todas as informações relevantes para a formação do convencimento sobre a convivência e oportunidade do negócio. A depender das circunstâncias do caso concreto, esses deveres tornam implícita a obrigação de a parte informar acerca de eventuais tratativas iniciadas com terceiros a respeito do mesmo negócio.

A doutrina destaca que os deveres anexos da boa-fé objetiva não se limitam ao domínio das partes diretamente envolvidas no negócio jurídico, aplicando-se também a terceiros.<sup>196</sup> Por esse motivo, parte da doutrina defende que a teoria do terceiro cúmplice encontra respaldo na boa-fé objetiva, de modo que o terceiro tem

<sup>194</sup> MARTINS, Fábio Floriano Melo. *A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional*, Tese de Doutorado em Direito Civil pela USP-SP, 2015, pp. 167-168.

<sup>195</sup> FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009, pp. 172-173.

<sup>196</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, In: *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 397-398 e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, Abr./Jun. 2007, pp. 107-109.

um dever legal de seguir um padrão de conduta no sentido de não violar o crédito alheio.

Em relação especificamente à aplicação da teoria do terceiro cúmplice à relação pré-contratual – objeto deste terceiro Capítulo –, pode-se identificar autores defendendo a aplicação da boa-fé objetiva como cânone limitador da interferência nas negociações alheias:

Mesmo na fase pré-contratual, ainda que não exista nenhuma obrigação formalizada e oponível, espera-se que as partes envolvidas guardem a mais estrita boa-fé. Desse modo, ao avançarem com as negociações existe a criação de uma expectativa de direito com a concretização deste contrato. Nesta senda, um terceiro que interfira dolosamente para impedir a formalização do contrato deverá responder pelos danos causados.<sup>197</sup>

A responsabilidade pré-contratual também possui forte respaldo na segunda função da boa-fé objetiva, que impede o exercício abusivo de um direito, representado, no caso, pelo rompimento das tratativas após ter ensejado a legítima expectativa de que o negócio seria firmado. Alguns autores também defendem que a vedação ao abuso de direito deve ser aplicada à teoria do terceiro cúmplice. Mais concretamente, se o terceiro está ciente da existência da relação contratual alheia e, mesmo assim, firma contrato que seja com ela incompatível, esse terceiro abusa do seu direito de contratar.

Assim, essa segunda função da boa-fé objetiva também pode ser aplicada na junção dos dois institutos. Inclusive, o exercício abusivo de um direito pode se tornar ainda mais evidente quando a ruptura injustificada das tratativas decorre justamente de uma interferência indevida de terceiro. Afinal, se não houvesse essa intervenção, o negociante possivelmente prosseguiria com a celebração do contrato.

Além disso, para uma corrente doutrinária, a teoria do terceiro cúmplice está associada à função social do contrato, que funcionaria como proteção dos contratantes contra a interferência de terceiros, servindo de fundamento para impedir e responsabilizar o terceiro que interfere indevidamente na relação contratual alheia. Ainda que prevaleça a referida corrente, a função social igualmente poderia encontrar terreno na responsabilidade pré-contratual, pois o

---

<sup>197</sup> RABELLO, Gabriel Vasconcelos. Tutela externa de crédito, concorrência desleal e infração à ordem econômica, *Revista de Direito Empresarial*. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p. 72.

terceiro não poderia interferir ilícitamente em uma relação contratual prospectiva, frustrando a conclusão de um negócio jurídico.

De um modo geral, todos esses princípios visam justamente impedir que atos de autonomia sejam praticados de forma isolada e excessiva, em desprestígio a valores constitucionais. A esse respeito, Helena Lanna Figueiredo destaca que “os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato são filhos da mesma genitora (solidariedade)”.<sup>198</sup>

Pode-se perceber então que ambos os institutos se comunicam. A fase pré-contratual igualmente tem amparo no princípio da oponibilidade, que representa a possibilidade de um elemento da ordem jurídica irradiar seus efeitos fora de seu círculo de atuação direta. Ou seja, à luz das circunstâncias do caso concreto, os efeitos de uma negociação firme podem incidir perante terceiros, que têm o dever de respeitá-la.

Em matéria de natureza jurídica, a corrente doutrinária majoritária defende ser aplicável a responsabilidade extracontratual à fase pré-contratual, considerando que esta fase se identifica em um momento anterior à formação do negócio jurídico, de modo que não se poderia cogitar da aplicação do regramento da responsabilidade contratual. Prevalendo essa corrente, a natureza jurídica seria semelhante à que já é aplicável à teoria do terceiro cúmplice, também caracterizada pela responsabilidade extracontratual. A diferença, porém, reside no fato de que o tratamento prevalente para a tutela externa do crédito foi construído à luz da existência de uma outra relação já existente, cuja natureza é *contratual*. Na presente hipótese, portanto, a responsabilização do terceiro ocorreria diante de uma relação pré-contratual que possui natureza *extracontratual*.

Por sua vez, também restou demonstrado que uma corrente defende a aplicação da natureza contratual à etapa pré-contratual, diante da existência de interdependência entre as várias fases de formação do contrato, havendo obrigações que já se iniciam na fase pré-contratual e outras que permanecem vigentes até mesmo após o encerramento da relação jurídica, na etapa pós-contratual. Caso se aplique essa corrente, o tratamento jurídico poderia então se assemelhar ao já existente na doutrina do terceiro cúmplice, em que a responsabilidade do terceiro é extracontratual, porém, este responde de forma solidária com o infrator do contrato,

---

<sup>198</sup> FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009, p. 34.

cuja responsabilidade é contratual. As nuances e controvérsias relativas à efetiva responsabilização do terceiro serão abordadas na Seção 3.4 abaixo.

Vale pontuar que existe uma corrente defendendo que a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual se enquadraria em uma terceira via, adotando-se uma sistemática própria, com criação de regras novas ou a escolha por um sistema híbrido, ora adotando-se normas de natureza contratual, ora de extracontratual. Considerando que essa corrente é minoritária, não será objeto de estudo deste Capítulo 3. De todo modo, como se verá, diante das peculiaridades entre as teorias da responsabilidade pré-contratual e do terceiro cúmplice, a junção entre os dois institutos também acaba apresentando regras próprias.

### **3.3. Pressupostos para a responsabilização do terceiro por ruptura de tratativas**

As doutrinas da responsabilidade pré-contratual e do terceiro cúmplice possuem requisitos próprios a serem preenchidos para a caracterização do dever de indenizar. Tratando-se da responsabilidade do terceiro que instiga o rompimento de tratativas, tais pressupostos devem ser conjuntamente analisados para verificar como se comunicam ao instituto.

No caso da responsabilidade pré-contratual devem ser demonstrados i) a existência de negociações, ii) a legítima expectativa quanto à celebração do contrato e iii) o rompimento injustificado das negociações (tema abordado no Capítulo 1). Por sua vez, na teoria do terceiro cúmplice, faz-se necessário iv) a existência de contrato válido, v) o conhecimento do terceiro quanto ao referido contrato e vi) o ato ilícito por parte do terceiro (tema abordado no Capítulo 2).

A existência de negociações representa o consentimento manifestado pelos negociantes, de forma escrita ou oral, quanto ao início do diálogo destinado à verificação de conveniência das partes na celebração de um futuro negócio jurídico. Tal consentimento deve ser exarado de forma concludente, não podendo se basear em uma expectativa hipotética depositada pela contraparte. Assim, para a hipótese estudada neste Capítulo, o terceiro deve interferir em uma relação que já continha o consentimento mútuo de pelo menos duas partes para o início das tratativas.

Uma vez iniciadas as negociações, o segundo requisito representa a legítima expectativa que uma parte depositou na celebração do contrato que vinha sendo

entabulado, diante do comportamento, omissivo ou comissivo, adotado pelos negociantes. Para tanto, analisam-se i) os aspectos pessoais, sociais, econômicos, técnicos e informativos das partes; ii) se a negociação está ocorrendo entre partes paritárias, acostumadas com a dinâmica do mercado; iii) se a contraparte observou o ônus de se auto-informar, ou seja, de verificar o que estiver ao seu alcance envolvendo a operação; iv) o nível de informação e clareza que foi passado pela parte desistente; v) o grau de progresso das conversações sobre os aspectos essenciais do negócio; vi) os investimentos que a parte realizou para a conclusão daquele negócio.

Diante dessas circunstâncias, a responsabilidade da parte desistente e, por consequência, do terceiro interferente, pode ser reduzida se as negociações são conduzidas em um nicho agressivo e competitivo do mercado, envolvendo experientes *players* que estão acostumados com os contratemplos identificados durante as operações ou com a necessidade de se realizar um aprofundado estudo prévio ao fechamento do negócio.

Da mesma forma, em princípio, não há que se falar em rompimento injustificado se a parte elucida ao outro que está negociando com terceiros, afinal, é cabível – e até comum – a escolha por uma proposta mais vantajosa. Situação oposta ocorre quando as partes firmam pacto de exclusividade que vede negociação com terceiros ou quando se provar que as tratativas externas ocorreram de forma escusa e contraditória com toda a relação que vinha sendo construída entre os negociantes. A esse respeito, confirmam-se as lições de Karina Fritz:

Não exigindo a boa-fé objetiva exclusividade nas negociações, legítima pode se configurar a retirada das conversações em função de melhor proposta recebida por terceiro. Contudo, se há entre as partes pacto de exclusividade, pelo qual uma delas ou ambas comprometem-se a não negociar o mesmo objeto com terceiros dentro de um determinado prazo, configura-se o rompimento ilegítimo [...]  
Outra causa legítima para o abandono das negociações é o recebimento de melhor proposta por terceiro. O dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva, como visto, não impede que negociações paralelas sejam travadas acerca de um mesmo objeto, desde que à contraparte seja dado conhecimento desse fato ou a parte atue com a máxima cautela, informando suas incertezas em relação à conclusão do contrato a fim de evitar que a outra crie falsas expectativas e realize despesas que de outra forma não faria, o que legitimaria o ressarcimento.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, pp. 18, 27-28.

Sendo o lado oposto da legítima expectativa, o rompimento injustificado se identifica quando a parte verifica todas as evoluções no negócio que vem sendo entabulado, mas não alerta à contraparte acerca da possibilidade de o negócio não ser firmado. Essa análise é casuística, avaliando-se o motivo para o rompimento das tratativas e se o comportamento da parte desistente observou os padrões de lealdade e honestidade.

Se o rompimento ocorreu justamente em decorrência da instigação de um terceiro, sem que o desistente tenha deixado suas intenções claras à contraparte, tal fato pode evidenciar o ilícito. Afinal, caso não tivesse havido interferência do terceiro, o contrato possivelmente seria firmado.

Adentrando-se agora nos requisitos específicos para a responsabilização do terceiro via teoria do terceiro cúmplice, de regra, outro requisito a ser preenchido é a existência de contrato válido, ou seja, deve ter aptidão para a produção de efeitos jurídicos condizentes à sua figura jurídica. Por óbvio, se o objeto deste estudo é a fase pré-contratual, tal requisito não pode ser aplicado em sua literalidade. Nesse caso, a interferência deve incidir sobre tratativas relativas a potencial contrato a ser firmado, que em princípio seja capaz de produzir regulares efeitos perante a sociedade. A esse respeito, confira-se:

Por vezes, o terceiro pode atuar de forma a impedir a realização do contrato, ao invés de interferir numa relação jurídica já travada. Nessa hipótese, embora não exista ainda um contrato válido, as partes já se encontram em avançado estágio de negociação. Existe, destarte, razoável grau de probabilidade de que o ajuste seja efetivamente celebrado pelas partes.

O terceiro, assim, frustra as legítimas expectativas do futuro contratante sobre a vantagem econômica que iria auferir quando da celebração do negócio. Mas, é essencial que a formalização do contrato seja certa, somente não vindo a se concretizar em razão da conduta do terceiro.<sup>200</sup>

Outro requisito é o conhecimento do contrato por parte do terceiro. Se este desconhece a existência ou não tem, à luz dos usos e costumes comerciais, a possibilidade de conhecer a relação contratual, não há que se falar em sua responsabilização. Esse pressuposto já é de difícil aplicação para a hipótese de relação contratual, considerando que os direitos de crédito não costumam apresentar meios de publicidade organizada. Ainda mais desafiador é a sua

---

<sup>200</sup> FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009, p. 173.

incidência na fase pré-contratual, em que as partes sequer formalizaram o instrumento contratual.

A primeira forma de conferir publicidade a um direito é pelo mecanismo natural, que deriva de fatos sociais decorrentes de comportamentos, declarações ou omissões dos titulares de situações jurídicas, perceptíveis pelos terceiros que participam dessa relação. Trata-se do fato notório, cuja externalização evidencia que o terceiro atuante de determinado nicho tinha ciência sobre a existência de outra relação contratual.

Embora seja de mais difícil aplicação, a publicidade natural também pode ser identificada na etapa pré-contratual. Tome-se como exemplo a situação em que uma parte divulga ao mercado o interesse em realizar determinada contratação e, por meio de notas na imprensa ou relatos de testemunhas, o terceiro toma conhecimento de que as negociações para a conclusão dessa operação já se encontram em um estágio avançado com um concorrente seu.

A segunda forma de tornar um direito público é por meio da publicidade provocada, consistente na exteriorização escrita do fato pela parte. Os legais/obrigatórios representam os registros públicos que o ordenamento jurídico reputa como obrigatórios, tais como o registro de uma empresa ou de um imóvel. *A contrario sensu*, o facultativo representa o registro que não é obrigatório, mas que a parte opta por formalizar.

Tratando-se de relação pré-contratual, a forma mais comum de exteriorização das tratativas é por meio do registro facultativo, mediante o envio de notificações extrajudiciais, judiciais ou e-mails, formalizando ao terceiro que eventuais contatos com a parte negociante podem prejudicar a celebração do contrato. Contudo, essa solução nem sempre é de fácil implementação, pois muitas vezes a interferência do terceiro é feita de forma escusa, sem que o negociante prejudicado tenha tempo hábil para implementar alguma medida.

Aquele que invoca a teoria do terceiro cúmplice deve comprovar que o terceiro conhecia minimamente o conteúdo do contrato, não bastando a ciência de que uma parte é credora da outra. Afinal, uma relação creditícia pura não impede a liberdade de contratar do terceiro, porém, se o terceiro souber que a sua interferência impactará diretamente naquele crédito, poderá então ser responsabilizado. Essa comprovação é ainda mais complexa no que tange à relação pré-contratual, em que as partes ainda estão negociando os termos do contrato e os

meios de publicidade são mais escassos em comparação à hipótese em que já há um contrato firmado. Nesse caso, parece que a comprovação deve recair sobre o fato de que o terceiro tinha conhecimento de que o negócio vinha sendo entabulado e, a partir das características das partes ou de outras situações identificadas no caso concreto, poderia presumir qual seria o objeto da avença.

O último requisito consiste na caracterização de ato ilícito do terceiro. A doutrina que estuda a teoria do terceiro cúmplice destaca a existência de três correntes a respeito do tema.

A *primeira* corrente defende que o dolo é um elemento essencial para a responsabilização do terceiro, sendo necessário demonstrar a sua intenção consciente em interferir na relação jurídica alheia e provocar um dano a um dos contratantes. Por sua vez, a *segunda* corrente entende que é necessário comprovar culpa, e não dolo, demonstrando-se que o terceiro conhecia o crédito/contrato e, a despeito disso, firmou pacto incompatível com a obrigação assumida pelos outros contratantes. Por fim, a *terceira* corrente defende que a ciência do terceiro quanto à existência e ao conteúdo do contrato já caracteriza dolo.

Pontuou-se no Capítulo 2 que a terceira corrente parece mais acertada, considerando que, ao firmar pacto incompatível com outra obrigação, o terceiro já tem consciência de que está interferindo em uma relação anteriormente existente e, portanto, age com dolo. Também se destacou que, na prática, essa terceira corrente se assemelha ao entendimento da segunda, diferenciando-se apenas nas nomenclaturas sobre dolo e culpa.

Em se tratando de interferência de terceiro na fase pré-contratual, a necessidade de o ilícito estar atrelado ao dolo parece mais evidente, pois sequer há um contrato formalizado ou uma relação creditícia constituída. Ou seja, para haver responsabilização, o terceiro terá que ter consciência de que as tratativas alheias já se encontravam em avançado estágio de negociação e, especialmente diante dessa circunstância, opta por interferir na celebração do negócio jurídico.

A esse respeito, lembre-se que a livre-concorrência é a regra de nosso ordenamento jurídico, então, em geral, o terceiro também pode oferecer uma proposta para tentar se sagrar vencedor em uma operação. Em outras palavras, a possibilidade de um terceiro acabar atrapalhando o outro negociante para alavancar os seus negócios faz parte das regras do jogo, de modo que é necessário comprovar

que o interesse desse terceiro era se beneficiar diretamente com o insucesso e o prejuízo daquele outro negociante. A esse respeito, confira-se:

Interferência nas negociações preliminares: Trata-se da instigação feita por terceiro para o rompimento das tratativas preliminares entre dois interessados que avançam nas negociações preliminares para fins de conclusão de um contrato. O terceiro induz ou alicia um dos negociantes a romper com o outro, com o único propósito de impedir a celebração do acordo.

Ocorre, por exemplo, naquelas hipóteses em que o terceiro oferece cobrir a proposta de um deles, oferecendo mais vantagens. Essa prática não é ilícita e até normal no mundo dos negócios. O problema é a consequência para o terceiro: ele se beneficia não com o contrato, mas com a frustração do contratante preterido.<sup>201</sup>

No que tange ao dolo na interferência da fase pré-contratual, identifica-se passagem na doutrina destacando que “*um terceiro que interfira dolosamente para impedir a formalização do contrato* deverá responder pelos danos causados com a perda de oportunidade experimentados por uma das partes”.<sup>202</sup> A apuração dos elementos concretos do caso será essencial para avaliar a intenção desse terceiro, tais como com a oitiva de testemunhas que tenham tido conhecimento dos detalhes prévios, com a comprovação de que comunicações escritas foram trocadas a respeito da interferência indevida ou com a própria verificação das circunstâncias negociais desse terceiro, verificando-se se o seu negócio já estava se preparando para aquele movimento.

Rememorando-se as situações concretas mencionadas na Seção 3.1 acima, confira-se passagem doutrinária sobre o ato ilícito do terceiro que pretende se beneficiar não com o contrato, mas com a frustração do contratante preterido – nesta passagem, consta o exemplo já mencionado na Seção 3.1 acima acerca do aliciamento de um artista de auditório para prejudicar a emissora concorrente:

---

<sup>201</sup> SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, p. 272.

<sup>202</sup> RABELLO, Gabriel Vasconcelos. Tutela externa de crédito, concorrência desleal e infração à ordem econômica, *Revista de Direito Empresarial*. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p. 72.

O mundo do entretenimento pode oferecer um exemplo elucidativo. Imagine um apresentador de programa de auditório que se encontra em negociações com a emissora de TV “A”. Uma outra emissora, “B”, dobra a oferta de “A”, impedindo que o contrato entre “A” e o artista seja concluído. Contudo, a emissora “B” não produz qualquer programa para o artista condizente com sua fama. É uma prática até comum, chamada no meio artístico e pela imprensa especializada de colocar o artista “na geladeira”, para que caia no esquecimento e não ofereça riscos em outra emissora pela disputa da audiência. Observe que, nesse contrato entre “B” e o apresentador, não se objetivava oferecer a este um programa, mas apenas impedir que ele fosse para a emissora “A”, o que poderia colocar em risco a audiência da emissora “B”. O poder aquisitivo de “B” foi utilizado para aliciar o apresentador e frustrar a expectativa e confiança de “A”. O dinheiro compra tudo? Pela audiência vale tudo?<sup>203</sup>

Pense-se também na hipótese do terceiro que deixa de implementar medida condicionante à celebração de determinado contrato. A depender das circunstâncias do caso concreto, pode-se comprovar que a recusa do terceiro estava pautada na sua pretensão de se beneficiar indiretamente com o outro negócio que deixou de ser entabulado – por exemplo, evitando a perda de clientes. Até mesmo porque, esse terceiro sequer constava como parte interessada para oferecer uma proposta mais vantajosa, no lugar de um dos negociantes.

De um modo geral, a aplicação da teoria do terceiro cúmplice na fase pré-contratual deve mesmo ser excepcional, considerando que os dois institutos já são de incidência limitada e deve ser evitada a interferência excessiva e injustificada no livre mercado. Contudo, se os requisitos indicados nesta Seção forem identificados, deve-se realizar uma criteriosa análise das circunstâncias concretas para apurar a possibilidade de responsabilização do terceiro em conjunto com o negociante desistente. Embora excepcional, entende-se haver campo bem delimitado para a aplicação da teoria na fase pré-contratual.

### **3.4. Efeitos da responsabilidade pré-contratual perante o terceiro interferente**

Demonstrando-se a intervenção indevida do terceiro “para impedir a formalização do contrato, [este] deverá responder pelos danos causados com a perda de oportunidade experimentados por uma das partes”.<sup>204</sup> A indagação que

---

<sup>203</sup> RABELLO, Gabriel Vasconcelos. Tutela externa de crédito, concorrência desleal e infração à ordem econômica, *Revista de Direito Empresarial*. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p. 272.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 72.

surge, porém, é sobre como aplicar essa responsabilização na prática, especialmente diante do escasso material destinado a abordar o tema.

Tratando-se de aplicação pura da doutrina do terceiro cúmplice – isto é, em situações nas quais já existe o contrato –, o ilícito gera uma dupla responsabilidade, sendo contratual por parte do contratante inadimplente e extracontratual por parte do terceiro interferente. O devedor será considerado autor da lesão do direito de crédito, enquanto o terceiro se caracterizará como coautor.

Nessa hipótese padrão, o contratante inadimplente e o terceiro interferente são solidariamente responsáveis por perdas e danos devidos ao contratante lesado e, portanto, podem ser acionados em conjunto ou separadamente. O pilar para a aplicação das perdas e danos é o regramento previsto no contrato violado. Porém, já no caso de interferência em relação pré-contratual alheia em que inexistente contrato firmado, pergunta-se como ocorreria a responsabilização.

Conforme estudado no Capítulo 1, entende-se geralmente que a reparação por ruptura de tratativas ocorre pelo interesse negativo, que significa reposicionar o credor na situação em que estaria se inexistisse a tratativa com a contraparte – isto é, o retorno ao *status quo ante*. Diante disso, as perdas e danos deveriam consistir nos danos emergentes relativos aos investimentos e prejuízos identificados durante as negociações, bem como em lucros cessantes que poderiam ter sido obtidos com outras oportunidades concretas que o credor teria se beneficiado caso não estivesse empenhado naquele negócio específico.

Em se tratando então de interferência do terceiro na fase pré-contratual, o regramento reparatório normalmente deve ser conduzido pela aplicação desse interesse negativo. O tratamento, portanto, acaba se diferenciando das regras gerais relativas à teoria do terceiro cúmplice, cujo pilar, repita-se, é uma relação contratual já existente.

Porém, não se identificam obstáculos no ordenamento para essa aplicação. Afinal, a regra geral é no sentido de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (artigo 944 do Código Civil), bem como que, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (artigo 402, Código Civil). Ou seja, a regra é a de que os danos devem ser integralmente reparados, na medida de sua extensão. Ciente de que a sua conduta está interferindo

em negociações avançadas, o terceiro já deveria esperar que a parte lesada suportaria prejuízos em decorrência do negócio que acabou não se concretizando.

Também a justificar a aplicação diferenciada da teoria pura, mesmo na doutrina do terceiro cúmplice, há hipóteses em o terceiro não responde de forma idêntica ao infrator do contrato, para responder pelas perdas e danos efetivamente identificadas. É o caso da cláusula penal.

Como explicado no Capítulo 2, em regra, o contratante inadimplente deve responder até o limite do valor previamente estabelecido para a fixação das perdas e danos, de modo que, caso o dano seja superior ao previsto na cláusula penal, o terceiro também se aproveitará dos limites estabelecidos pelos contratantes. Porém, situação diversa ocorre quando o dano for inferior ao valor previsto na cláusula penal, hipótese em que o terceiro responderá até o limite das perdas e danos, enquanto o infrator efetuará o pagamento da quantia que estipulou contratualmente. Ou seja, nessa hipótese o terceiro responderá na medida da extensão dos danos, tal como ocorrerá no caso de aplicação do interesse negativo da fase pré-contratual.

Superada a possibilidade de junção entre os dois institutos – da responsabilidade pré-contratual e da doutrina do terceiro cúmplice –, outro ponto de indagação é se o terceiro poderá responder pelo interesse *positivo* caso a fase de negociações assim comportar essa aplicação, conduzindo então as partes a uma hipótese análoga à conclusão daquele contrato específico.

Como visto no Capítulo 1, há casos em que as tratativas já se encontram em fase tão avançada que podem até mesmo ser caracterizadas como relação contratual, e não mais pré-contratual. As etapas identificadas na fase de negociações não são estáticas, podendo haver interpenetração entre elas e inúmeras formas de se materializarem, de modo que não rara é a hipótese em que a manifestação exarada pela parte negociante já contém verdadeiro caráter de oferta e/ou aceitação. Judith Martins-Costa indica haver uma “*zona gris*” nesse vínculo negocial, sendo necessário apurar o nível do “*contato social*” desenvolvido pelas partes em cada etapa.<sup>205</sup> Assim, nessa hipótese envolvendo o interesse positivo, as perdas e danos podem se pautar pelo conteúdo contratual que deixou de ser realizado, de modo que

---

<sup>205</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

os lucros cessantes serão apurados com base no que razoavelmente se deixou de lucrar com o contrato que não foi firmado.

Com relação ao terceiro, a melhor solução parece ser a de permitir a aplicação do interesse positivo apenas se o terceiro tiver inequívoca ciência acerca dessa particularidade. Afinal, como visto na Seção 3.3 acima, um dos requisitos para a responsabilização do terceiro é justamente o conhecimento acerca da situação jurídica alheia. Nesse sentido, uma situação é saber que as negociações estão em avançado estágio, outra bem diferente é poder presumir que a relação já se enquadrada em contratual.

Entendimento diferente, porém, pode ocorrer se a aplicação do interesse *positivo* acabar sendo mais benéfica do que o *negativo*. Isso porque, como abordado no Capítulo 2 e lembrado acima, na doutrina do terceiro cúmplice, há o entendimento de que o terceiro não deve responder de forma mais gravosa do que o infrator do contrato, o que também poderia se aplicar, por analogia, à fase pré-contratual.

Também restou demonstrado no Capítulo 2 que se a interferência envolveu empresas concorrentes, as regras mais benéficas previstas na Lei de Propriedade Industrial podem acabar sendo aplicadas, permitindo-se a escolha entre os lucros cessantes efetivamente identificados ou a vantagem auferida pelo autor da violação do direito (artigo 210 da Lei nº 9.279/1996).

No caso de intencional instigação para ruptura de tratativas, já se viu acima que, em geral, o terceiro representa um concorrente da parte lesada, de modo que esse regramento poderá ser aplicado em relação a ele – e à parte desistente, se restar comprovado que também estava envolvida no ato de concorrência. Essa aplicação pode se coadunar com o cenário de retorno ao *status quo ante*, afinal, muitas vezes o negócio paralelo com o terceiro cúmplice apenas terá sido firmado como consequência direta das negociações alheias – ou seja, se o seu concorrente não tivesse iniciado as tratativas, o terceiro possivelmente sequer teria concluído aquele outro negócio.

No que tange à aplicação concreta das perdas e danos no caso de ruptura das tratativas, verificou-se no Capítulo 1 que a jurisprudência não é capaz de estabelecer critérios objetivos para a sua fixação e, muitas vezes, acaba afastando a reparação integral do dano especialmente por falta de prova quanto aos lucros cessantes.

Como não há contrato em vigor, a comprovação dos danos acaba se tornando tarefa árdua.

Os julgados estudados no referido Capítulo indicam que, em geral, as despesas realizadas durante a fase das tratativas são mais facilmente comprovadas, recebendo tratamento positivo da jurisprudência acerca de sua integral reparação. Porém, conclusão idêntica não se pode dizer a respeito dos lucros cessantes, sendo difícil a comprovação acerca da oportunidade que foi perdida durante o período das tratativas frustradas e, mais ainda, do respectivo *quantum* indenizatório.

Percebe-se, então, que a jurisprudência oscila no que tange aos lucros cessantes, muitas vezes deixando de aplicá-lo por conta de sua difícil comprovação, algumas vezes adotando solução criativa para permitir a sua aplicação e, outras vezes, optando por aplicar o próprio interesse positivo para garantir a reparação integral dos danos. A análise é realmente casuística, dependente das provas apresentadas em cada caso concreto. Diante desse cenário, pode acabar sendo mais vantajoso para o terceiro impedir, de uma vez, a celebração do contrato, enraizando suas esperanças em uma possível ausência de comprovação de danos. Caso já se esteja diante de relação contratual, a jurisprudência vem aplicando a condenação com mais facilidade, determinando-se a responsabilidade solidária entre terceiro e infrator, à luz dos critérios já estabelecidos no contrato e de circunstâncias mais palpáveis e concretas.

Contudo, a dificuldade na comprovação e quantificação dos danos na fase pré-contratual não pode funcionar como um obstáculo à efetiva reparação da parte lesada. Nessas hipóteses, portanto, os julgadores devem analisar os detalhes do caso de forma mais cuidadosa, valendo-se inclusive de prova pericial para auxiliar nessa árdua tarefa. De todo modo, estando-se diante de uma hipótese envolvendo concorrência desleal, uma alternativa pode mesmo ser a aplicação do dispositivo que permite a reparação a partir dos benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito (artigo 210, inciso II, Lei nº 9.279/1996).

Para evitar que o concorrente se beneficie de um negócio que vinha planejando, a parte lesada também pode requerer uma medida inibitória perante o Poder Judiciário, impedindo a referida cooptação.<sup>206</sup> Contudo, tratando-se de fase

---

<sup>206</sup> A doutrina do terceiro cúmplice também permite a aplicação de medidas inibitórias contra a intervenção indevida na relação contratual. Afinal, se restar constatada a ilicitude da intervenção do terceiro na relação contratual alheia, deve-se desde logo coibir a prática de tal ato, privilegiando-se

pré-contratual, dificilmente será possível compelir a contraparte a concluir o contrato – salvo, como visto acima, se estiver diante de um estágio máximo de negociações, que já pode até mesmo ser caracterizado como relação contratual. Nesse caso, restará ao lesado a busca pelas perdas e danos – com a vantagem de que seu concorrente não se beneficiará com o negócio que vinha entabulando.

Com relação ao ônus probatório, em se tratando de teoria do terceiro cúmplice, a incumbência de comprovar os danos normalmente recai sobre a parte lesada – salvo se a hipótese se caracterizar como meio de publicidade obrigatória, o que é pouco comum de se identificar na fase pré-contratual. Assim, a parte que foi prejudicada pela ruptura das tratativas deverá comprovar o ato ilícito do terceiro e que suportou danos daí decorrentes.

Já em relação à parte desistente, isso pode se modificar a partir da corrente de aplicação da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Prevalendo a natureza extracontratual – corrente majoritária –, a regra seria idêntica à do terceiro interferente, recaindo um ônus probatório mais intenso ao credor. Porém, caso prevaleça a natureza contratual, bastaria comprovar o inadimplemento da obrigação pactuada, de modo que a carga probatória seria mais acentuada para o devedor, que deverá comprovar um motivo justo para o descumprimento.

Já em matéria de prescrição, observou-se no Capítulo 2 que se aplicaria o prazo de 3 anos em relação ao terceiro cuja responsabilidade é extracontratual, e de 10 anos para o infrator do contrato em virtude da natureza contratual. Aplicando-se a corrente majoritária da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, a parte desistente teria o mesmo regramento aplicável ao terceiro, incidindo o prazo de 3 anos. Porém, se prevalecer a corrente defensora da natureza contratual, a aplicação será idêntica à já identificada na teoria do terceiro cúmplice, com o prazo de 10 anos apenas para a parte desistente.

Por fim, assim como na doutrina, a jurisprudência apresenta escasso resultado envolvendo a participação de terceiro para que um contrato definitivo não seja firmado, podendo-se destacar dois resultados.

---

o cumprimento efetivo dos contratos ao invés de simplesmente realizar a conversão em perdas e danos.

O primeiro caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>207</sup> e envolveu a recusa intencional de terceiro em entregar documento necessário para que outro negócio se concretizasse. A ação indenizatória foi proposta por Posto Alaska Ltda. contra Ale Combustíveis S.A., ao fundamento de que este se recusou a fornecer documentação relativa à dívida acumulada e aos equipamentos que guarneciam o Posto Alaska, o que impediu a venda do referido posto para um promitente comprador.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça observou que o negócio deixou de ser concretizado em decorrência da recusa injustificada de Ale Combustíveis, o que violou o princípio da boa-fé objetiva, aplicável a todas as esferas jurídicas, inclusive às relações extracontratuais. Restou, inclusive, comprovado que essa recusa ocorreu porque a própria Ale Combustíveis tinha interesse em adquirir o Posto Alaska, bem como porque o promitente comprador anunciou que, na nova gestão do Posto Alaska, não pretendia manter parceria com a Ale Combustíveis. Confirmam-se abaixo alguns trechos do julgado:

Com relação à negativa de fornecimento de documento formal acerca da dívida acumulada e equipamentos que guarneciam o posto, ousou dissentir do posicionamento adotado pelo juiz a quo e entender que houve ato ilícito determinante para o rompimento contratual.

Sim, porque em que pese à ausência de violação de dever contratual ou extracontratual, os novos paradigmas do Direito pátrio, trazidos a partir da Constituição Federal de 1988, conduzem a outro entendimento.

O novo Código Civil abandonou o paradigma individualista e inseriu novos paradigmas no Direito pátrio, deixando de lado o relevo protecionista da liberdade, segurança e propriedade privada para destacar a solidariedade e a eticidade.

---

<sup>207</sup> “CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE FUNDO DE COMÉRCIO - DEPENDÊNCIA DE CONDUTA DE TERCEIRO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO BRASILEIRO - CONDUTA ILÍCITA CONFIGURADA - SUBSTRATO PROBATÓRIO - INDENIZAÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. A boa-fé objetiva, a eticidade e solidariedade são preceitos inerentes à relação jurídica contratual e que devem orientar a condutas das partes. Constitui infração ao postulado da boa-fé objetiva a conduta de empresa distribuidora de combustíveis que, injustificadamente, recusa apresentar documentos que são essenciais para que seu concessionário possa realizar contrato de compra e venda e quitar dívida com aquela mantida. A ausência de prova do prejuízo experimentado pelo autor em razão da não transferência do fundo de comércio a terceiro não autoriza arbitrar-se indenização por dano material. Provado o pagamento de multa em razão de rescisão contratual imputável à conduta ilícita da ré, deve-se deferir o ressarcimento de tal quantia aos autores. Se os autores respondiam a ação de despejo - o que pressupõe a falta de pagamento dos aluguéis - não há que se falar no deferimento de tais valores a título de indenização. Nos casos de pedido julgado improcedente, aplica-se o art. 20, § 4º do CPC, não se devendo vincular a condenação ao valor da causa, necessariamente. Agravo retido não conhecido e apelo parcialmente provido. V.V.: Os honorários de sucumbência pertencem ao advogado (art. 23 da Lei nº 8.906/94), não podendo ser compensados em caso de sucumbência recíproca. (Des. Roberto Borges de Oliveira)” (TJ/MG, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 4626406-90.2004.8.13.0024, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, DJe 29.9.2006).

Os institutos como a função social da propriedade, função social dos contratos e boa-fé objetiva demonstram não mais uma preocupação exacerbada com o ideal liberalista individualista, mas com o coletivo, o social.

Neste contexto, insere-se a boa-fé objetiva, que reputo violado na espécie. [...]

Ao contrário da argumentação desenvolvida na contestação e acolhida na sentença, a ré tinha o dever de fornecer declaração acerca das dívidas dos autores e equipamentos que guarneciam o posto. [...]

O dever de não lesar vai além da execução do contrato e estende-se para período posterior, não podendo uma parte, porque não mais mantém vínculo contratual com a outra, criar dificuldade para a outra - que se encontra em dificuldade financeira - sob o argumento de que não tinha obrigação contratual ou legal de apresentar um documento. [...]

Cabia à ré ter fornecido a declaração necessária à concretização do negócio, tratando-se sua omissão dolosa de ato ilícito que inviabilizou a concretização da compra e venda do fundo de comércio, devendo-se levar em conta que (restou provado) a própria demandada tinha pretensão de adquiri-lo. [...]

Não restam dúvidas de que a ré não forneceu o documento com a dívida acumulada com o intuito de dificultar ou inviabilizar a contratação, principalmente depois que o promissário comprador afirmou textualmente que não manteria a bandeira ALE no estabelecimento.

Com relação às perdas e danos, o Tribunal de Justiça i) deixou de aplicar condenação por lucros cessantes, ao fundamento de que o Posto Alaska Ltda. não comprovou redução de patrimônio ou perda efetiva de receitas, mas ii) determinou que Ale Combustíveis ressarcisse a multa que o Posto Alaska teve que pagar ao promitente comprador em virtude da não celebração do contrato (danos emergentes). Confirmam-se as seguintes passagens do julgado:

Não houve redução no patrimônio dos apelantes, porquanto mantiveram-se com o fundo como seu, podendo ser comercializado, novamente explorado ou avaliado quando do pagamento das dívidas.

É cediço que o dano só se configura quando há redução no patrimônio do lesado, não se podendo indenizar situações hipotéticas ou incertas, o que os autores poderiam ter ganhado com a venda do Posto.

Sem prova de que efetivamente deixaram de ganhar determinada quantia com o desfazimento do negócio ou que vieram a perder, não há meio ou modo de se deferir indenização por danos materiais no valor pleiteado.

*Data venia*, significaria enriquecimento injustificado deferir aos autores – que se mantêm na propriedade de seu fundo de comércio - o valor em que foi este avaliado para venda. Neste ponto há que se manter a improcedência do pedido.

Diversa é a realidade no que se refere à multa que tiveram os autores que arcar em razão do distrato.

Clara foi a razão do desfazimento do negócio: a não-entrega de documento formal com o valor atualizado da dívida para que o promissário comprador a assumisse (Cláusula primeira, fl. 121).

Neste particular, presentes os requisitos da responsabilidade civil - ilícito, nexos de causalidade e dano comprovado - há que se deferir o pleito indenizatório

O segundo caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>208</sup> e envolveu aquisição de imóvel por terceiro que tinha ciência de anterior promessa de compra e venda – embora a assinatura do referido instrumento já ultrapasse a fase das tratativas, o referido julgado é explorado como hipótese de atuação de terceiro para que o contrato definitivo não fosse firmado.

No caso, as partes envolvidas eram membros de uma mesma família e o adquirente reconheceu expressamente ter ciência de que o imóvel já havia sido prometido a outros, mas que mesmo assim decidiu prosseguir com o negócio. O Tribunal de Justiça concluiu então que a parte adquirente violou os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como que a conduta do sujeito se enquadrou na figura do terceiro cúmplice, pois atuou para intencionalmente obstar a conclusão de outro pacto. Confirmam-se os seguintes trechos:

Na hipótese em exame, porém, a solução deve ser diversa. O apelado Gilvan, na contestação (fs. 147/148), reconheceu que os apelantes têm direitos sobre o imóvel e chegou a afirmar que pretendia entregar-lhes a parte correspondente a sua titularidade no imóvel.

Ora, se o apelado sabia que os apelantes eram titulares de direitos não do domínio, note-se -, havia de respeitá-los.

Impõe-se a qualquer pessoa que contrate que atente para a função social do contrato (CC, art. 422), que tem o efeito de impor a todos o dever de respeitar direitos e interesses alheios evitando colaborar com o inadimplemento do contrato entre outros celebrados. Em parecer publicado na RT 750/113-120, o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo tratou do tema da função social do contrato e da responsabilidade do terceiro que contribuiu para o inadimplemento contratual, anotando que não se pode admitir que ele atue como se o contrato não existisse (p. 117).

Sobre o tema, Marcelo Benacchio observa que: “Reconhecendo-se um valor juscivilístico ao contrato, sua lesão por terceiro, determinando a perda ou diminuição de sua utilidade econômica ao titular do direito, encerra, como qualquer outra situação jurídica lesionada, o dever de reparar do responsável, desde que enquadrada, a violação, em fato ou ato contrário ao Direito, e, assim, ilícito” (Responsabilidade Civil Contratual, Coleção professor Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo, Saraiva, 2011, p. 96).

Ora, considerando a posição de coerdeiro do apelado, é evidente que sua conduta violou os deveres anexos decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, tais como o dever de cooperação e de lealdade, tendo ele atuado como um ‘terceiro-cúmplice’ no inadimplemento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, conforme esclarece Luciano de Camargo Penteado, em sua obra Efeitos Contratuais Perante Terceiros, Quartier Latin, 2007, p. 51. No mesmo sentido:

---

<sup>208</sup> “Ação anulatória de Escritura Pública de venda e compra de bem imóvel. Cerceamento de Defesa. Inocorrência. É anulável a venda de imóvel se o adquirente tem ciência de anterior promessa de venda do mesmo imóvel a terceiros. Aplicação da boa-fé objetiva e da função social do contratual. Terceiro cúmplice. Contribuição voluntária ao inadimplemento contratual por parte do promitente vendedor. Recurso provido” (TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0001482-25.2010.8.26.0004, Rel. Des. Hamid Bdine, DJe 5.11.2015).

Humberto Theodoro Neto, *Efeitos Externos do Contrato: Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros*, Forense, 2007, p. 126.

A solução encontrada pelo Tribunal de Justiça foi, então, “reconhecer a invalidade do negócio, por violação à função social e à boa-fé”. Dessa forma, prestigiou-se a promessa de compra e venda original, permitindo-se a conclusão do negócio que tinha sido anteriormente entabulado.

Os dois julgados acima analisados versaram sobre situações bastante específicas e não propriamente de *instigação* de terceiro – concorrente – para que um dos negociantes desista de firmar o instrumento definitivo. De todo modo, percebe-se uma aceitação quanto à possibilidade de aplicação da teoria do terceiro cúmplice na fase pré-contratual e da necessidade de repreender aquele cuja conduta frustra uma relação anterior.

## CONCLUSÃO

Demonstrou-se neste estudo ser possível a responsabilização do terceiro que interfere na relação pré-contratual, a partir de construções já consolidadas das teorias da responsabilidade pré-contratual e do terceiro cúmplice, bem como de esparso material específico sobre o tema.

O caso pioneiro advém do ordenamento estadunidense (*Pennzoil v. Texaco* – 1984), no qual a Texaco foi responsabilizada por interferir nas negociações de compra de ações da Getty Oil pela Pennzoil, ao oferecer proposta mais vantajosa que frustrou a celebração do contrato. No Brasil, também é possível identificar alguns poucos doutrinadores abordando o tema para defender a possibilidade de aplicar a doutrina do terceiro cúmplice à fase pré-contratual.

Como se demonstrou, ambos os institutos possuem um pilar comum, caracterizado pelo princípio da boa-fé objetiva que funciona como cânone limitador de atos ilegítimos oriundos da autonomia privada. Mesmo que prevaleça a corrente defensora da incidência da função social como fundamento da teoria do terceiro cúmplice, a sua aplicabilidade também poderá encontrar respaldo na fase pré-contratual, pois o terceiro não poderia interferir ilícitamente em uma relação contratual prospectiva.

Permitindo-se a comunicação entre os institutos, explicou-se que a fase pré-contratual também tem amparo no princípio da oponibilidade, porquanto os efeitos de uma negociação firme podem incidir perante terceiros, que têm o dever de respeitá-la.

Avançando-se para a análise dos pressupostos necessários à responsabilização do terceiro por ruptura de tratativas, demonstrou-se que os requisitos próprios de cada instituto devem ser conjuntamente aplicados, compatibilizando-os para a hipótese concreta.

O primeiro pressuposto é a existência de negociações, de modo que o terceiro deve interferir em uma relação que já continha o consentimento mútuo de pelo menos duas partes para o início das tratativas. O segundo requisito é a legítima expectativa que uma parte depositou na celebração do contrato que vinha sendo entabulado, diante do comportamento, omissivo ou comissivo, adotado pelos negociantes. Por sua vez, o terceiro elemento é o rompimento injustificado das tratativas, que se identifica quando a parte verifica todas as evoluções no negócio

que vem sendo entabulado, mas não alerta à contraparte acerca da possibilidade de o negócio não ser firmado.

Não há que se falar em rompimento injustificado, por exemplo, se a parte elucida ao outro que está negociando com terceiros, afinal, é cabível – e até comum – a escolha por uma proposta mais vantajosa. Porém, se o rompimento ocorreu justamente em decorrência da instigação de um terceiro, sem que o desistente tenha deixado suas intenções claras à contraparte, tal fato pode evidenciar o ilícito, já que o contrato teria sido firmado caso a interferência não tivesse ocorrido.

Adentrando-se na teoria do terceiro cúmplice, o quarto requisito é a existência de tratativas de potencial contrato a ser firmado, que em princípio seja capaz de produzir regulares efeitos perante a sociedade. Originalmente, este requisito representava a existência de um contrato válido, porém, diante das circunstâncias, teve que ser adaptado.

O quinto pressuposto é o conhecimento das negociações por parte do terceiro. Também diante das peculiaridades analisadas, trocou-se a ciência do contrato pelo conhecimento quanto às tratativas. Esse requisito já é de difícil aplicação para a hipótese de relação contratual, sendo ainda mais desafiador para a fase pré-contratual, em que as partes sequer formalizaram o instrumento contratual.

De todo modo, o Capítulo 3 apresentou alguns exemplos de incidência, tal como a situação em que uma parte divulga ao mercado o interesse em realizar determinada contratação e, por meio de notas na imprensa ou relatos de testemunhas, o terceiro toma conhecimento de que as negociações para a conclusão dessa operação já se encontram em um estágio avançado com um concorrente seu. Ou então por meio do envio de notificações extrajudiciais, judiciais ou e-mails, formalizando ao terceiro que eventuais contatos com a parte negociante podem prejudicar a celebração do contrato.

O sexto elemento consiste na caracterização de ato ilícito do terceiro, sobre o qual há ao menos três correntes doutrinárias. Em se tratando de interferência de terceiro na fase pré-contratual, a posição mais acertada parece ser a que atrela o ilícito ao dolo, de modo que, para haver a responsabilização, o terceiro terá que ter consciência de que as tratativas alheias já se encontravam em avançado estágio de negociação e, especialmente diante dessa circunstância, opta por interferir na celebração do negócio jurídico.

Neste estudo foi pontuado que a livre-concorrência é a regra de nosso ordenamento jurídico, então, em geral, o terceiro também pode oferecer uma proposta para tentar se sagrar vencedor em uma operação. Em outras palavras, a possibilidade de um terceiro acabar atrapalhando o outro negociante para alavancar os seus negócios faz parte das regras do jogo, de modo que é necessário comprovar que o interesse desse terceiro era se beneficiar diretamente com o insucesso e o prejuízo daquele outro negociante.

Demonstrando-se a intervenção indevida do terceiro na relação pré-contratual alheia, a indagação que surge é sobre como aplicar essa responsabilização na prática, especialmente diante do escasso material destinado a abordar o tema.

Tratando-se de uma aplicação pura da doutrina do terceiro cúmplice – isto é, em situações nas quais já existe o contrato –, o ilícito gera uma dupla responsabilidade, sendo contratual por parte do contratante inadimplente e extracontratual por parte do terceiro interferente. O devedor será considerado autor da lesão do direito de crédito, enquanto o terceiro se caracterizará como coautor, de modo que ambos responderão solidariamente, tendo como pilar o contrato já existente.

Por sua vez, diante da responsabilidade pré-contratual, entende-se geralmente que a reparação por ruptura de tratativas ocorre pelo interesse negativo, que significa a situação em que o credor estaria se inexistisse a tratativa com a contraparte – isto é, o retorno ao *status quo ante*.

Em se tratando então de interferência do terceiro na fase pré-contratual, o regramento reparatório normalmente deve ser conduzido pela aplicação desse interesse negativo. O tratamento, portanto, acaba se diferenciando das regras gerais relativas à teoria do terceiro cúmplice, cujo pilar, repita-se, é uma relação contratual já existente. Porém, não se identificam obstáculos para isso, já que a regra do ordenamento é a de que os danos devem ser integralmente reparados, na medida de sua extensão – ou seja, ciente de que a sua conduta está interferindo em negociações avançadas, o terceiro já deveria esperar que a parte lesada suportou prejuízos.

Outro ponto de indagação é se o terceiro poderá responder pelo interesse positivo caso a fase de negociações assim comportar essa aplicação, conduzindo então as partes a uma hipótese análoga à conclusão daquele contrato específico. Com relação ao terceiro, a melhor solução parece ser a de permitir a aplicação do

interesse positivo apenas se este tiver inequívoca ciência acerca dessa particularidade. Afinal, um dos requisitos para a responsabilização do terceiro é justamente o conhecimento acerca da situação jurídica alheia, de modo que uma situação é saber que as negociações estão em avançado estágio, outra bem diferente é poder presumir que a relação já se enquadrada em contratual.

Entendimento diferente, porém, pode ocorrer se a aplicação do interesse *positivo* acabar sendo mais benéfica do que o *negativo*. Isso porque, na doutrina do terceiro cúmplice, há o entendimento de que o terceiro não deve responder de forma mais gravosa do que o infrator do contrato, o que também poderia se aplicar, por analogia, à fase pré-contratual.

Também foi analisado que, em se tratando de empresas concorrentes, as regras mais benéficas previstas na Lei de Propriedade Industrial podem acabar sendo aplicadas para responsabilizar o terceiro cúmplice, permitindo-se a escolha entre os lucros cessantes efetivamente identificados ou a vantagem auferida pelo autor da violação do direito.

No caso de intencional instigação para ruptura de tratativas, em geral, o terceiro representa um concorrente da parte lesada, de modo que esse regramento poderá ser aplicado em relação a ele – e à parte desistente, se restar comprovado que também estava envolvida no ato de concorrência. Essa aplicação pode se coadunar com o cenário de retorno ao *status quo ante*, afinal, muitas vezes o negócio paralelo com o terceiro cúmplice apenas terá sido firmado como consequência direta das negociações alheias – ou seja, se o seu concorrente não tivesse iniciado as tratativas, o terceiro possivelmente sequer teria concluído aquele negócio.

No que tange à aplicação das perdas e danos no caso de ruptura das tratativas, verificou-se no Capítulo 1 que a jurisprudência não é capaz de estabelecer critérios objetivos para a sua fixação e, muitas vezes, acaba afastando a reparação integral do dano especialmente por falta de prova quanto aos lucros cessantes. Como não há contrato em vigor, a comprovação dos danos acaba se tornando tarefa árdua.

Caso já se esteja diante de relação contratual, como visto no Capítulo 2, a jurisprudência vem aplicando a condenação com mais facilidade, determinando-se a responsabilidade solidária entre terceiro e infrator, à luz dos critérios já estabelecidos no contrato e de circunstâncias mais palpáveis e concretas.

A dificuldade na comprovação e quantificação dos danos na fase pré-contratual não pode funcionar como um obstáculo à efetiva reparação da parte lesada. Nessas hipóteses, portanto, os julgadores devem analisar os detalhes do caso de forma mais cuidadosa, valendo-se inclusive de prova pericial para auxiliar nessa árdua tarefa.

Estando-se diante de uma hipótese envolvendo concorrência desleal, uma alternativa pode mesmo ser a aplicação do dispositivo que permite a reparação a partir dos benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito.

Para evitar que o concorrente se beneficie de um negócio que vinha planejando, a parte lesada também pode requerer uma medida inibitória perante o Poder Judiciário, impedindo a referida cooptação. Contudo, tratando-se de fase pré-contratual, dificilmente será possível compelir a contraparte a concluir o contrato – salvo se estiver diante de um estágio máximo de negociações, que já pode até mesmo ser caracterizado como relação contratual.

Com relação ao ônus probatório, a parte que foi prejudicada pela ruptura das tratativas deverá comprovar o ato ilícito do terceiro e que suportou danos daí decorrentes. No que diz respeito à parte desiste, isso pode se modificar a partir da corrente de aplicação da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.

O estudo foi concluído com a análise do escasso resultado identificado na jurisprudência envolvendo a participação de terceiro para que um contrato definitivo não seja firmado, podendo-se destacar dois julgados.

O primeiro caso envolveu a recusa intencional de terceiro em entregar documento necessário para que outro negócio se concretizasse, inclusive porque o próprio terceiro tinha interesse direto em obstaculizar a concretização da operação. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais observou que o contrato deixou de ser firmado em decorrência da recusa injustificada do terceiro, o que violou o princípio da boa-fé objetiva, aplicável a todas as esferas jurídicas, inclusive às relações extracontratuais.

O segundo caso envolveu aquisição de imóvel por terceiro que tinha ciência de anterior promessa de compra e venda – embora a assinatura do referido instrumento já ultrapasse a fase das tratativas, o referido julgado é explorado como hipótese de atuação de terceiro para que o contrato definitivo não fosse firmado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que a parte adquirente violou os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, enquadrando-se na

figura do terceiro cúmplice, atuando para intencionalmente obstar a conclusão de outro pacto.

Esses dois julgados versaram sobre situações bastante específicas e não propriamente de *instigação* de terceiro – concorrente – para que um dos negociantes desista de firmar o instrumento definitivo. De todo modo, percebe-se uma aceitação quanto à possibilidade de aplicação da teoria do terceiro cúmplice na fase pré-contratual e da necessidade de repreender aquele cuja conduta frustra uma relação anterior.

Enfim, de um modo geral, a aplicação da teoria do terceiro cúmplice na fase pré-contratual deve ser vista com bastante cautela, considerando que os dois institutos já são de incidência excepcional e deve ser evitada a interferência excessiva e injustificada no livre mercado. Contudo, se os requisitos próprios forem identificados, deve-se realizar uma criteriosa análise das circunstâncias concretas para apurar a possibilidade de responsabilização do terceiro em conjunto com o negociante desistente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30, Abr./Jun. 2007, pp. 79-127.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*, Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, 2005, p. 105.

BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*, Porto Alegre: Fabris Editor, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.367.955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24.3.2014.

BRASIL. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1.309.972/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 8.6.2017.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.862.508/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, DJe 18.12.2020.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.051.065/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27.2.2013.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.641.868/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 6.9.2018.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.203.153/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.8.2014.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.316.149/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 27.6.2014.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 886.077/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.5.2008.

BRASIL. STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 2.8.2018.

BRASIL. STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.281.594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, DJe 23.5.2019.

BRASIL. STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.807.242/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20.8.2019.

TJ/MG, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 4626406-90.2004.8.13.0024, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, DJe 29.9.2006.

BRASIL. TJ/RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0238434-47.2015.8.19.0001, Rel. Des. Lúcio Durante, DJe 26.9.2017.

BRASIL. TJ/RJ, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0024232-41.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fábio Dutra, DJe 31.1.2017.

BRASIL. TJ/RJ, 19ª Câmara Cível., Apelação Cível nº 0324345-66.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, DJe 24.2.2015.

BRASIL. TJ/RS, 5ª Câmara Cível, AC nº 591028295, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 6.6.1991.

BRASIL. TJ/SP, 32ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 9127294-72.2006.8.26.0000, Rel. Des. Walter Exner, DJe 26.5.2010.

BRASIL. TJ/SP, 4ª Câmara (Extinto 1º TAC), Apelação Cível nº 9075917-38.2001.8.26.0000, Rel. Des. Renato Gomes Corrêa, DJe 22.10.2004.

BRASIL. TJ/SP, Apelação Cível nº 9112793-79.2007.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mônaco da Silva, DJe 25.6.2013.

BRASIL. TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008756-89.2014.8.26.0201, Rel. Des. Edgard Rosa, DJe 21.9.2017.

BRASIL. TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0001482-25.2010.8.26.0004, Rel. Des. Hamid Bdine, DJe 5.11.2015.

BRASIL. TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 9000097-52.2011.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, DJe 17.7.2014.

BRASIL. TJSP, 2ª Câmara de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2130599-66.2018.8.26.0000, Rel. Grava Brasil, DJe 10.09.2018.

BRASIL. <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03062022-Terceiro-ofensor-esta-sujeito-a-eficacia-transubjetiva-das-obrigacoes--decide-Terceira-Turma-.aspx>>. Acesso em 16.7.2022.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual, *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 5, v. 20, Rio de Janeiro.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssima do. *A obrigação como processo*, São Paulo: FGV Editora, 2013, p. 20.

DA COSTA, Marília Siqueira. *Da negociação preliminar à não contratação: A necessidade de proteção de legítimas expectativas*, Revista de Direito Privado, v. 96, Dez. 2018.

DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

DE SOUZA, Eduardo Nunes. Merecimento de tutela: A nova fronteira da legalidade no direito civil, *Direito Civil*, Rio de Janeiro: Direito UERJ, 2015, p. 76.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *civilistica.com*, a. 1., n. 2., 2012, pp. 1-40.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 46.

GOMES, Orlando. Responsabilidade pré-contratual, in: *Parecer inéditos*, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, p. 182.

GONDIM, Glenda Gonçalves, KENICHE, Pedro Henrique Gallotti e BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: Análise a partir da teoria do terceiro cúmplice, In: *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*, Curitiba: Juruá Editora, 2011, pp. 49-69.

JUNIOR RODRIGUES, 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*, v. 821, Mar/2004.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, In: *SCIENTIA IURIS*, v. 23, Londrina, mar. 2019, pp. 81-100.

KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 63, a. 16, São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2019, pp. 295-331.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*, São Paulo: Contracorrente, 2017.

MARTINS, Fábio Floriano Melo. *A interferência lesiva de terceiro na relação obrigacional*, Tese de Doutorado em Direito Civil pela USP-SP, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 867, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 11-51.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, In: *Revista Direito GV*, v. 1, n. 4, Mai. 2005, pp. 41-66.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOTA, Mauricio Jorge da. A teoria da aparência jurídica, *Revista de Direito Privado*, v. 32, out./dez. 2007, DTR\2007\628, p. 230.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.), Princípios de direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266.

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

NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil, *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 3, v. 12, Rio de Janeiro, out./dez. 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”, *In: Diálogos sobre Direito Civil*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 323-344.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 72.

PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: Interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RABELLO, Gabriel Vasconcelos. Tutela externa de crédito, concorrência desleal e infração à ordem econômica, *Revista de Direito Empresarial*. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, pp. 47-72.

SAINT-HILAIRE, Phillipe Delmas. *Le tiers a l'acte juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 250.

SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Paula Ferraresi. Responsabilidade civil e teoria da confiança: Análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar, In: *Revista de Direito Privado*, vl. 49, Jan./Mar. 2012, pp. 209-223.

SODER, Rodrigo Magnos. Responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro: apontamentos, *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 48, Dez./Jan. 2013, pp. 81-99.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018, pp. 259-291.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: Interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEPEDINO, Gustavo, *Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: Notas para uma sistematização*. In: *Direito, Cultura Método*, Org. Giovana Benetti e outros, Rio de Janeiro: GTZ Editora, 2019, pp. 586-604.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, In: *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2012, pp. 16-17.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 6.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, Vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pp. 18-19.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 18.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.