

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

TAMARA GRANITOFF

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

Porto Alegre

2014

TAMARA GRANITOFF

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ustárroz

Porto Alegre
2014

Dedico este trabalho a quem muito me orgulha, meu pai, por toda a educação que me proporcionou dentro e fora de casa e que será, muito em breve, meu mais novo colega.

RESUMO

O Código Civil de 2002, no seu artigo 422, consagrou expressamente a cláusula-geral da boa-fé objetiva, mesmo deixando de positivar a responsabilidade pré-contratual pela violação dos deveres de conduta estabelecidos entre os negociantes e decorrentes deste princípio. A responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações vem recepcionada implicitamente através do princípio da boa-fé objetiva e vem sendo amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência brasileiras, o que justifica a abordagem do tema neste trabalho. Passa-se a efetivamente consolidar o princípio da boa-fé unido à matéria de responsabilidade civil, reconhecendo-se situações de comprometimento e vinculação quando ainda nem exista contrato, mas desde que se visualize a confiança depositada pelos negociantes no interesse de realizarem o contrato, gerando uma expectativa legítima quanto à celebração, bem como, verificado prejuízo, permita-se a indenização.

Palavras-chave: responsabilidade pré-contratual – boa-fé objetiva – deveres de conduta – negociações preliminares

ABSTRACT

The Civil Code of 2002, article 422, expressly enshrined the general clause of objective good faith, even allowing for positive pre-contractual liability for the violation of rules of conduct established between dealers and under this principle. The pre-contractual liability for unjustified rupture of negotiations is received implicitly through the principle of objective good faith and has been widely accepted by the Brazilian doctrine and jurisprudence, justifying the approach to the subject in this work. Goes to effectively consolidate the principle of good faith attached to civil liability, recognizing situations of commitment and attachment when there is not even agreement, but since visualize the confidence of traders in the interest of carrying out the contract, creating a legitimate expectation of celebration, as well as checked injury, allow yourself to indemnification.

Keywords: pre-contractual liability – objective good faith – duties of conduct – preliminary negotiations

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO CONTRATUAL | 10 |
| 1.1 AUTONOMIA DA VONTADE | 11 |
| 1.2 A INCORPORAÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL | 17 |
| 1.2.1 A boa-fé como fonte criadora de deveres | 25 |
| 1.2.1.1 Deveres de Informação e Sigilo | 31 |
| 1.2.1.2 Deveres de Lealdade e Cooperação..... | 37 |
| 1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO | 41 |
| 2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS | 45 |
| 2.1 FASE NEGOCIAL – NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES | 48 |
| 2.2 FASE DECISÓRIA – PROPOSTA E ACEITAÇÃO | 52 |
| 3 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL | 59 |
| 3.1 ABORDAGEM SOBRE A OBRA DE JHERING | 62 |
| 3.2 A VIOLAÇÃO DOS DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA E O ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES | 65 |
| 3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL | 68 |
| 3.3.1 Expectativa legítima | 68 |
| 3.3.2 Dano | 70 |
| 4 REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS | 73 |
| CONCLUSÃO | 77 |
| REFERÊNCIAS | 79 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a violação dos deveres acessórios de conduta e o rompimento das negociações preliminares que ensejam a responsabilidade pré-contratual, através de uma interpretação do princípio da boa-fé objetiva.

Partindo de uma compreensão da obrigação como um todo, como um sistema de processo, em que as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional se ligam entre si com interdependência e em que esta passa a abranger todos os direitos e diferentes tipos de prestações, surge os deveres acessórios de conduta, diretamente ligados à satisfação integral dos interesses das partes envolvidas na relação.

Com o advento do Código Civil de 2002 e a positivação do mandamento da boa-fé objetiva como cláusula geral pelo artigo 422¹, ainda que do modo como o dispositivo foi redigido tratou expressamente apenas dos momentos da conclusão e da execução do contrato, o legislador possibilitou a que o intérprete possa fazer a adequação da norma ao caso concreto.

Considerando-se a necessidade de preservação de um equilíbrio que subsista em todas as fases das relações contratuais, e não apenas durante o momento da conclusão do negócio, adquire grande relevância atualmente a tutela jurídica do período que antecede a conclusão do contrato propriamente dito, a que a doutrina tem se referido como pré-contratual ou pré-negocial.

A ciência jurídica batizou como *responsabilidade pré-contratual* o que na Alemanha é mais conhecido pela terminologia latina *culpa in contrahendo*, “*difundida*

¹ Artigo 422, Código Civil: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

*para o mundo desde o famoso ensaio de Rudolf von Jhering, de 1861, considerado historicamente o criador do instituto”.*²

A Teoria da Responsabilidade Pré-Contratual na sociedade contemporânea assume significativa importância diante da *“complexidade do tráfico jurídico, na necessidade de fazer-se circular mercadorias e transferir bens de consumo, exige um cuidado especial e crescente com o período que antecede a formação dos contratos e a própria execução das relações contratuais”*. O momento em que as partes contratantes estabelecem o contato ostenta importância fundamental para a perspectiva de cumprimento dos negócios jurídicos, de modo que as negociações prévias influenciam tanto na concreção do negócio jurídico, como também decidem *“a própria sorte da execução dos contratos”*.³

Sob a ótica de que a atuação do princípio da boa-fé objetiva *“é também norteadada pela ideia de que a principal função da vinculação contratual é de proteger a confiança que determinadas promessas acarretam aos seus destinatários”*, isso como forma de proteção aos particulares, de modo a não se sentirem desconfiados, revela-se a relevância da abordagem do presente trabalho, partindo-se da premissa de que o contrato cria o ambiente jurídico necessário para assegurar a plena realização da atividade econômica e que, *“afinal de contas, uma sociedade desconfiada é uma sociedade que não negocia, e, onde não há negociações, não há progresso”*.⁴

Por conseguinte, conforme esposado por Frederico Kastrup Faro:

Por tal motivo, hoje, a ordem jurídica deve fornecer garantias no sentido de que, independentemente dos termos formalmente pactuados numa avença ou declinados pela lei, as partes sempre poderão contar com a franca colaboração de seus parceiros negociais para que o escopo projetado a partir do acerto ajustado seja efetivamente alcançado. Desse modo, imbuídos de tal espírito, mais do que atentarem para os aspectos formais

² FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 10.

³ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Algumas notas sobre a responsabilidade pré contratual*. Porto Alegre: Ajuris, 1999, v. 76, p. 65.

⁴ FARO, Frederico Kastrup. *Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 10 e 11.

dos contratos em que figuram, é preciso que os celebrantes assumam uma postura de absoluta fidelidade à teleologia do vínculo obrigacional formado.⁵

Concordar com Karl Larenz é inevitável quando diz que *“una sociedad en la que cada uno desconfiaría del otro se asemejaría a un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de la paz dominaría la discordia. Allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo”*⁶, razão pela qual, ainda que haja a proteção da autonomia privada, conjuga-se tal proteção com o princípio da boa-fé, restringindo-se *“a liberdade de retirada nas negociações preliminares, na medida em que, pelos comportamentos das partes, cria na outra a expectativa de celebração futura do termo contratual”*.⁷

O objetivo deste trabalho é, portanto, abordar o caso de rompimento imotivado das negociações preliminares, demonstrando a função da boa-fé objetiva como fonte de criação de deveres laterais nas negociações preliminares, cuja violação deverá ensejar a reparação da vítima quando uma das partes desperta na outra a certeza de que o negócio será concluído e posteriormente, sem motivo justo, abandona as conversações, comportamento considerado desleal, contrário ao dever de agir com lealdade, ínsito na ideia de boa-fé objetiva, adequando-se, dessa forma, a responsabilidade civil às novas realidades que surgiram nas relações contratuais.

⁵ BETTI, Emilio. Teoria General de las Obligaciones, trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1, p. 82, apud FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 11.

⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte General*. Tradução de *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. alemã. 1. ed. espanhola. Madrid: Edersa, 1978. Traduzido por MACÍAS-PICAVE, Miguel Izquierdo y, p. 59, apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 09.

⁷ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 27.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO CONTRATUAL

Pode-se dizer que diversos princípios regem o direito contratual, “*alguns tradicionais e outros modernos*”, como exposto por Carlos Roberto Gonçalves, o qual elenca, como “*os mais importantes*”, o da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos, da obrigatoriedade, da revisão ou onerosidade excessiva e da boa-fé.⁸

Clóvis V. do Couto e Silva, por sua vez, destaca que entre os princípios gerais que condicionam o desenvolvimento da relação obrigacional, polarizado pelo adimplemento, estão, além de indiscutivelmente, o da boa-fé e o da autonomia da vontade, o da separação entre as fases, ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do inadimplemento.⁹

Atualmente, nota-se um crescimento de extraordinária importância a respeito do princípio da boa-fé, “*em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico*”.¹⁰

Em um primeiro momento tem-se que os referidos princípios não pareceriam pertencer à mesma categoria, como sustenta o autor:

[...] adotando-se, em parte, classificação que se está tornando clássica, poder-se-ia considerar o princípio da autonomia e o da separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento e a fase do adimplemento das obrigações como conceitos gerais empíricos, de tipo técnico-jurídico, e o da boa-fé como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos. Mas, em realidade, salvo os conceitos empíricos, de objetos do mundo físico, todos os demais, inclusive os de natureza técnico-jurídica, só ganham sentido para o direito quando relacionados com a justiça, que, de modo geral, lhes é imanente. Assim,

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p. p. 23 e 24.

¹⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p. p. 23.

sem falar no princípio da autonomia da vontade e no seu consectário lógico, a declaração, até mesmo o princípio da separação de fases ou planos, da obrigação, que fixa os limites entre o nascimento e desenvolvimento do dever e a sua extinção, tem, em suas raízes, o problema ético do tratamento das transmissões causais, ou abstratas, da propriedade.¹¹

Assim, os três princípios gerais referidos por Clóvis V. do Couto e Silva unem-se naturalmente, uma vez que tanto o da autonomia da vontade quanto o da boa-fé referem-se ao nascimento, às fontes e ao desenvolvimento do vínculo obrigacional e o da separação *“delimita o mundo, a dimensão na qual os aludidos deveres surgem, se processam e se adimplem”*.¹²

Destarte, não se pode distanciar da análise da principiologia no âmbito do direito contratual a menção ao princípio norteador de todos os demais, qual seja, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois, além de desempenhar função essencial no direito contratual, exerce importante função no ordenamento jurídico pátrio, seja nos parâmetros de elaboração dos contratos nas suas diversas modalidades, seja na consecução dos objetivos neles pactuados.

Com o objetivo de harmonizar o presente trabalho com as tendências doutrinárias e jurisprudenciais, passa-se à análise dos princípios contratuais apontados pelas doutrinas como mais relevantes à temática contratual.

1.1 AUTONOMIA DA VONTADE

A origem da ideia clássica de autonomia resulta da noção de Kant de autonomia moral, em cuja essência está a afirmativa de que “a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teológico”, de modo que “àqueles agentes que são moralmente governados desta maneira se poderia chamar de agentes

¹¹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p. p. 23

¹² SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p. p. 24.

autônomos”. O princípio da autonomia construiu-se como alicerce de todo o direito privado a partir do séc. XIX, em razão de que “a fonte primordial do direito, essencialmente privado, se encontraria no próprio indivíduo, em sua liberdade”.¹³

Ao iniciar o estudo sobre o princípio da autonomia, da sua invenção à reconstrução, Denis Franco Silva prossegue:

Entretanto, deve ser observado que a concepção de autonomia tradicionalmente aceita guarda mais do que uma relação de identidade com ideário liberal, sendo, na verdade, fruto do mesmo. Não há que se falar, portanto, na existência de equivalência entre a construção kantiana da ideia de autonomia e o modo pelo qual se estruturou, tradicionalmente, aquilo que chamamos de autonomia privada na ciência do direito. Nota-se, de fato, um grande hiato entre o pensamento kantiano e o da comunidade jurídica da época, embora influenciada esta por uma “onda” voluntarista individualista. [...] Tendo-se afirmado ser o conceito de autonomia comumente utilizado pelos juristas uma versão falseada da autonomia conforme desenvolvida por Kant, cabe indagar: o que aparta necessariamente a *construção kantiana de autonomia da vontade* da *construção jurídica de autonomia da vontade* ou, simplesmente, autonomia privada?¹⁴

Com a predominância do individualismo e a pregação da liberdade em todas as esferas, inclusive na contratual, o princípio da autonomia da vontade teve seu apogeu após a Revolução Francesa e foi sacramentado no artigo 1.134 do Código Civil francês, que estabelecia que “*as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram*”, ou seja, tendo em vista que a manifestação de vontade deve ser respeitada, “*a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento*”.¹⁵

A autonomia da vontade, que tem como o seu mais notabilizado componente a ideia de liberdade contratual, pode ser conceituada como a capacidade de que gozam os particulares em geral para assentirem, por si sós, as relações jurídicas de que farão parte, transmitindo a ideia de uma *auto-norma*ção da vida negocial do

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-136. SILVA, Denis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136, 138. SILVA, Denis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

sujeito, especialmente acentuada naquelas ocasiões em que a lei é omissa quanto às consequências cogentes para determinados fatos da vida cotidiana.¹⁶

Na sociedade capitalista, como sustentado por Orlando Gomes, “*o homem precisa ter liberdade de agir para persecução dos seus interesses particulares. O meio técnico-jurídico para exercê-la é o contrato, que está facultado a estipular, como, quando e com quem lhe aprouver*”. A liberdade de contratar, no âmbito da técnica do Direito, consiste no poder do indivíduo “*constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas – no poder, em outras palavras, de autorregular os próprios interesses*”.¹⁷

Segundo Clóvis V. do Couto e Silva:

Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar escambos dos bens e dinamizar, enfim a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.¹⁸

Alicerçado “*exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica*”, o princípio da autonomia da vontade proporciona às partes “*a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado*”.¹⁹

Porém, certas restrições ao princípio da autonomia da vontade precisam ser respeitadas: as regras jurídicas de natureza cogente, as normas de ordem pública e finalmente as que decorrem dos ditames da moral e dos bons costumes.

¹⁶ FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 14.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 62.

¹⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 24.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 41.

Como bem apontado por Caio Mário da Silva Pereira:

Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outra vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato. [...] Dentro desses campos, cessa a liberdade de contratar. Cessa ou reduz-se. Se a ordem jurídica interdiz o procedimento contra certos princípios, que se vão articular na própria organização da sociedade ou na harmonia das condutas, a sua contravenção penetra as raias do ilícito, e o ato negocial resultante é ferido de ineficácia. O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser consequentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas freqüências.²⁰

A regra vigente no que se refere a contratos privados versa sobre a liberdade de os particulares agirem por sua própria e autônoma vontade, servindo o princípio da autonomia da vontade como fundamento para celebração de contratos atípicos, previsão expressa do artigo 425 do Código Civil²¹. Esta liberdade de contratar, entretanto, sofre limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato, pois será exercida *“em razão e nos limites da função social do contrato”*, a teor do que dispõe o artigo 421 do mesmo diploma legal²², e da boa-fé objetiva, recepcionada pelo art. 422.

A redação do artigo 425 do Código Civil, na visão de Caio Mário, deve ser criticada e considerada ociosa, *“pois que, em todos os tempos, a velocidade da vida econômica e as necessidades sociais estimularam a criação de toda uma tipologia contratual que o legislador não pode prever, que os Códigos absorveram após a prática corrente havê-la delineado”*. Na opinião do referido autor, a segunda parte do dispositivo deveria ser mais precisa, acrescentando à determinação, além da aplicação das normas do Código aos novos contratos formados atipicamente, as que constem de leis extravagantes, normalmente adaptadas a cada contrato atípico.²³

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 11.

²¹ Artigo 425, Código Civil: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

²² Artigo 421, Código Civil: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 42.

Quando trata sobre a evolução da ideia de autonomia da vontade, Iso Chaitz Scherkerkewitz enfatiza que devemos reconhecer que atualmente a regra são os contratos por adesão, por formulário ou em massa, sem que haja aquela clássica situação em que *“as partes sentam para negociar as condições da contratação”*, o que virou exceção, mesmo ainda valendo como parte da autonomia da vontade, na maioria dos casos, a possibilidade da parte de contratar ou não e com quem contratar. Porém, além do acordo de vontades, indispensável que as partes tenham a consciência do ato assumido e ciência de suas consequências jurídicas, uma vez que essas circunstâncias certamente influenciam na vontade, ao passo que *“não há vontade livre se as partes não possuem consciência das consequências (implicações jurídicas) do contrato”*.²⁴

O referido autor prossegue sua análise:

De qualquer modo, é muito importante que não se esqueça que a liberdade de contratar, apesar das limitações impostas pelas exigências do Estado Social de Direito, é o princípio angular de todo o direito contratual, e sem ela não há sequer falar em direito contratual. Os limites da liberdade contratual não operam como limites da liberdade de contratar ou não contratar, mas como limites da liberdade de determinação do conteúdo do contrato. No nosso direito existe uma restrição à autonomia da vontade das partes que acaba por estabelecer limites à liberdade de contratar (sendo mais técnico, limites à liberdade de determinação do conteúdo do contrato) e impedir os abusos praticados pelos contratos em que as cláusulas não foram negociadas (contratos de consumo, contratos bancários, etc.) No sentido expresso do parágrafo anterior, não há mais falar em autonomia da vontade das partes, mas autonomia das partes em contratar de acordo com as liberdades previstas no sistema jurídico. Assim sendo, a autonomia da vontade cede passo à autonomia das partes em contratar, que podem escolher entre contratar ou não contratar, com quem contratar, escolher o tipo de contrato, etc.²⁵

Nesse compasso, considera-se, na lição dos dogmatistas modernos, que a autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual, em que a primeira é tida como a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a segunda é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, ou seja, implica na sujeição

²⁴ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

²⁵ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Op. cit.* p. 32, 33.

das modalidades de sua concretização, que permite a criação de contratos atípicos.²⁶

Quando aborda o tema ora em análise, Maria Helena Diniz refere que o princípio de que a pessoa pode privar-se de contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual, sofre exceções, como, por exemplo, “*quando o indivíduo tem obrigação de contratar imposta pela lei, como é o caso das companhias seguradoras relativamente aos seguros obrigatórios*”. Igualmente, a liberdade de eleger o outro contraente às vezes mostra-se insuscetível de escolha, como por exemplo, nas hipóteses de serviço público prestado sob regime de monopólio, ou seja, das empresas concessionárias de serviço público. Ainda, quanto à liberdade de fixar o conteúdo do contrato, dando origem inclusive aos contratos inominados, sabe-se que alguns contratos se formam pela adesão de uma das partes às cláusulas impostas pela outra.²⁷

O elemento vontade, entretanto, não foi deixado em segundo plano e permanece ocupando lugar de destaque na ordem jurídica privada, sem ignorar que, a seu lado, é admitida pela dogmática moderna a jurisdicização de alguns interesses, em cujo cerne não se vê o aspecto volitivo, sendo desses interesses juridicamente valorizados e da própria vontade que deverão ser concluídos os preceitos que constituem a dogmática atual.²⁸

Não se pode esquecer que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está restringida pela supremacia da ordem pública, que proíbe convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de modo que “*a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo*”.²⁹

²⁶ WALD, Arnaldo. Direito civil: direitos das obrigações e teoria geral dos contratos. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23-24.

²⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 31.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

Em síntese, a ideia é que as pessoas são dotadas de liberdade e que, portanto, desde que preenchidos os requisitos básicos estabelecidos no artigo 104 do Código Civil³⁰, são válidos os atos de contratar o quê quiserem, com quem quiserem, da forma que entenderem mais adequada e oferecendo a contraprestação que considerarem justa. O artigo 5º, inciso II da Constituição Federal que estabelece o princípio fundamental da legalidade, ao dispor que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", está indicando, em sentido contrário, que todos os indivíduos podem fazer ou deixar de fazer tudo o que quiserem, sob a condição de que não haja lei em contrário, o que significa dizer que possuem plena liberdade para decidirem o próprio destino e decidir o próprio destino é ser autônomo para praticar o que tiverem vontade.

1.2 A INCORPORAÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL

Por se tratar de verdadeiro princípio fundamental do Direito, sobretudo do direito civil, inúmeras poderiam ser as abordagens do tema da boa-fé. Alvo de abundante trabalho da doutrina, os autores que se ocupam do tema, via de regra, costumam explorar as raízes históricas do instituto, explanar sua evolução, a positivação no sistema germânico e a visão jurisprudencial e doutrinária que se formou sobre o assunto. No entanto, o estudo aprofundado do entusiasmante tópico extrapola o âmbito limitado deste trabalho, razão pela qual, como premissa metodológica, não será priorizado o enfoque sobre a evolução histórica do instituto.³¹

Mesmo que a positivação expressa de algumas das aplicações do princípio da boa-fé represente avanço sensível ao direito brasileiro, dizer que o Código Civil de 2002 "inovou" com a inclusão do princípio da boa-fé seria ignorar que, ainda antes da edição do referido diploma legal, ela "*já era aplicada pela jurisprudência*,

³⁰ Artigo 104: A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

³¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

desenvolvida pela doutrina e reconhecida pela lei”, a exemplo do artigo 131 do Código Comercial³² e dos artigos 221³³ e 516³⁴, ambos do Código Civil de 1916.³⁵

A fim de tratar como o princípio da boa-fé interfere na estrutura da relação obrigacional, cumpre sejam abordadas algumas breves considerações acerca da confiança, que se revela, antes de tudo, como um valor fundamental da sociedade, através da qual se formam as relações humanas e que representa a base de qualquer sociedade humana, *“uma vez que qualquer investimento, econômico ou pessoal, se baseia na credibilidade das situações”*.³⁶

Nas palavras de Carlyle Popp:

A teoria da confiança nasce como forma de resolver os conflitos existentes entre a teoria da vontade e da declaração. Naquela, como se sabe, privilegia-se a vontade interna à declarada, valendo a emanção volitiva somente na medida em que “traduz a intenção dirigida a determinadas consequências jurídicas”. Por sua vez, a teoria da declaração manifesta seu enfoque exclusivamente no conteúdo declarado, não importando se ela representa a real intenção do declarante. Ambas as teorias defendem a importância da coincidência entre a vontade interna e a declarada, mas de maneira diversa. Quando do conflito entre a vontade exteriorizada e a interna, afirmam o prevalecer de uma e de outra, conforme seja o intérprete defensor da teoria da vontade ou da declaração. Os defensores desta teoria, destarte, deixam claro que não é “a vontade que constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. Não se deve levar em conta a vontade do efeito, senão a da declaração”. Assim, surge a teoria da

³²Artigo 131, Código Comercial: Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

³³ Artigo 221, Código Civil de 1916: Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória.

³⁴ Artigo 516, Código Civil 1916: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção.

³⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 23-24.

³⁶ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 211.

confiança como forma de mitigar os efeitos da teoria da declaração, aperfeiçoando-a.³⁷

Para Gustavo Tepedino, a teoria da confiança denota que, tendo em vista que ao declarante incumbe o ônus de arcar com a confiança gerada nos demais através da declaração, esta deve prevalecer sobre a vontade, e, ainda, que a má-fé do declarante concede excepcional predominância da vontade sobre a declaração.³⁸

Ou seja, o princípio da confiança proporciona a previsibilidade do Direito a ser exercido, garantindo que a fé na palavra dada não é infundada, razão pela qual está intimamente ligado à boa-fé, pois se mostra como princípio fundamental para a concretização desta, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos sujeitos.

Antes do advento do Código Civil atualmente vigente, havia uma considerável desarmonia em torno da possibilidade ou não de aplicação do princípio da boa-fé, já que o estatuto civil de 1916 não continha uma cláusula geral que o abordasse e não fazia qualquer menção à existência de um dever geral de atuar de acordo com a boa-fé, o que resultava no debate sobre a possibilidade ou não de aplicação de um princípio não legislado, exigindo, conseqüentemente, a necessidade de uma fundamentação extensa e trabalhosa para demonstrar que seus ditames, mesmo que não previstos expressamente na lei, derivavam de uma interpretação sistemática e unificada do ordenamento.³⁹

Nota-se então que o atual Código Civil de 2002 traz uma importante novidade para a aplicação do princípio da boa-fé objetiva: a previsão expressa do artigo 422, como *cláusula geral*, exigindo-se que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

³⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 273 e 275 apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 115.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers, p. 240 apud SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 211.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 336-339.

É exigido pelo princípio da boa-fé que as partes desempenhem um comportamento considerado correto tanto na fase das tratativas, como também durante a formação e a execução do contrato. Ao julgador é recomendado que presuma a boa-fé e, ao contrário, exija de quem alegue a má-fé que a prove, bem como, ao decidir litígio que debata a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que confere ao contratante *“um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”*.⁴⁰

O dever que surge da solidificação do princípio da boa-fé é de consideração para com o *alter*, e não se revela, entretanto, em todos os cenários, haja vista que, em muitas ocasiões, depende de circunstâncias que podem advir, seja no próprio surgimento ou também no desenvolvimento do dever.⁴¹

Conforme apregoado por Enéas Costa Garcia:

A parte adversa deve abster-se de um comportamento egoísta, fundado exclusivamente nos seus próprios interesses e, também, preocupar-se em tutelar a confiança que surge na relação obrigacional. Trata-se de verdadeiro componente ético que ingressa no Direito e o vivifica. A relação obrigacional não pode ser analisada exclusivamente quanto à forma das prestações que a compõem. Há que presidir o relacionamento esta dimensão ética, que implica um certo dever de cooperação, de solidariedade na busca da perfeita realização do fim do contrato.⁴²

Por conseguinte, faz-se necessário diferenciar conceitualmente a boa-fé objetiva, que aqui é tratada, da boa-fé subjetiva, que está vinculada a um aspecto psicológico do agente, ao desconhecimento de uma determinada situação fática,

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁴¹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 33.

⁴² GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 83.

“um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”⁴³.

A boa-fé objetiva é a que advém do direito obrigacional, operando como preceito de conduta social na qual cada indivíduo deve comportar-se conforme o protótipo de homem correto, ou seja, com honestidade, lealdade e probidade, assumindo a abrangência de princípio geral de direito. A boa-fé subjetiva, por sua vez, é relativa ao campo dos direitos reais, posta como *“a consciência ou convicção de um comportamento conforme o direito, ou seja, a consciência subjetiva e legítima que um indivíduo tem de estar agindo de acordo com os ditames da justiça”*.⁴⁴

Observa Judith Martins-Costa:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc).⁴⁵

Portanto, a boa-fé objetiva constitui lealdade mútua e exigência imprescindível de conduta, comportamento franco nas relações sociais, razão justificante da confiança e, ao mesmo tempo, para que a confiança resulte efetivamente justificada, *“o que equivale a dizer que as partes têm a obrigação de agir de boa-fé, no sentido de que a estas incumbe o ônus de uma lealdade recíproca de conduta, avaliada na medida da consciência social média”*.⁴⁶

É a boa-fé objetiva que instituiu inovação no Código Civil de 2002 e causou intensas modificações no direito obrigacional clássico, a qual se funda em uma norma jurídica baseada em *“um princípio geral do direito, segundo o qual todos*

⁴³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 132 apud GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

⁴⁴ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 76.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 411 e 412.

⁴⁶ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 77.

devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas”, razão pela qual é classificada *“como regra de conduta”*. Abarcada no direito positivo da maioria dos países ocidentais, a boa-fé objetiva *“deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em cláusula geral”*, ou seja, se trata, portanto, de fonte de direitos e obrigações.⁴⁷

Historicamente, evidencia-se que as duas mais importantes codificações ocidentais, quais sejam, francesa e alemã, têm concepções bem distintas sobre a boa-fé objetiva, pois, para os franceses, *“significa reforço ao pactuado no contrato, enquanto para a doutrina alemã traduz um dever de se conduzir com lealdade, retidão e consideração pelos interesses alheios”*, a qual se mostra *“atualmente admitida pela melhor doutrina”*.⁴⁸

Estão subjacentes ao conceito de boa-fé objetiva as ideias e ideais que acaloraram a boa-fé germânica, ou seja, a boa-fé como regra de conduta baseada *“na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para como os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”*. Insere-se aí a estima para com *“as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional”*, qualificando assim uma *“norma de comportamento leal”*.⁴⁹

Frederico Kastrup de Faro analisa a peculiaridade que a cláusula geral exhibe em ter o seu conteúdo preenchido conforme os contornos de cada um dos casos específicos sobre os quais é convocada a atuar e destaca:

Todavia, se por um lado a versatilidade de que se reveste o princípio da boa-fé afigura-se como uma virtude, por outro, é justamente tal predicado que lhe retira a possibilidade de uma conceituação unívoca. Realmente, a despeito da incontestável relevância do papel que os conceitos desempenham na área do conhecimento jurídico, improdutiva seria a busca

⁴⁷ Nelson Nery Junior, *Contratos no Código Civil*, p. 430-431 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

⁴⁸ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 181-182.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 412

daquele que se dispusesse a compulsar os diversos manuais, compêndios e tratados atrás de uma descrição categórica da noção de boa-fé objetiva. Mais do que isso, há de se reconhecer que a tentativa de reduzir os seus contornos dogmáticos a termos definitivos poderia até ser nociva, uma vez que tal empreitada teria apenas o condão de mascarar ou – ainda pior – saquear a verdadeira riqueza do instituto, que é necessariamente volátil.⁵⁰

No que se refere especialmente ao âmbito obrigacional, o comportamento do sujeito provoca no meio social a expectativa de um agir de maneira leal, ou seja, gera confiança de que estas expectativas criadas pela conduta sejam respeitadas e tuteladas, cabendo à parte a preservação da confiança que lhe foi depositada.⁵¹

A boa-fé objetiva atua de forma preponderante sobre a autonomia da vontade e, por ser uma cláusula geral, atribui às partes diferentes novos deveres não previstos expressamente no contrato ou na lei. Por se relacionar à salvaguarda do teor econômico do contrato, as funções agregadas à boa-fé objetiva não se destinam a tutelar o interesse de cunho privado e individual de cada contratante e sim o interesse recíproco que se extrai objetivamente do contrato.⁵²

Esse princípio de comportar-se corretamente, de proceder honestamente, representado pela boa-fé objetiva, é introduzido no sistema jurídico de várias maneiras, podendo despontar como a *ratio legis* de diversas disposições legais, que mesmo sem a mencionarem expressamente, fundam-se em conceitos de boa-fé objetiva, podendo tomar a configuração de um princípio jurídico, que refletirá sobre outras normas e também “*pode ingressar no sistema, e esta é a maneira mais rica de sua atuação, através de uma cláusula geral*”.⁵³

⁵⁰ FARO, Frederico Kastrop. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 07-08.

⁵¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 82 e 83.

⁵² SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 213.

⁵³ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 85.

Como consequência da “*dilatação do campo de ação da boa-fé objetiva*”, consoante bem apontado por Frederico Kastrup de Faro:

Ao invés de se manifestar apenas no plano interior de uma relação contratual já constituída, ditando integrativa e restritivamente as atitudes que as partes devem tomar no momento da sua execução, presentemente, a boa-fé objetiva se propõe também a ditar os rumos da própria confecção do ajuste, convertendo-se em um elemento de “heterolimitação inevitável” da autonomia privada. Nessa ótica, fazendo germinar autênticas normas gerais de proibição de determinados conteúdos negociais, o princípio em questão acaba por cumprir papel que, em outros tempos, era cometido apenas à moral, à ordem pública e aos bons costumes. Em sendo assim, portanto, a existência de uma linha básica de conduta que exige das partes um comportamento consentâneo à boa-fé objetiva já pode ser entendida como vigorante desde o estágio em que as partes se sentam à mesa para discutir o próprio teor da avença a ser celebrada, desempenhando, destarte, a função de policiá-las no momento da utilização de suas respectivas autonomias privadas.⁵⁴

Imperioso destacar que, por estar engajada com a percepção do contrato como fonte de satisfação de interesses fundamentais, a boa-fé objetiva torna transparentes os interesses contratuais envolvidos, os quais, quando frustrados, “*acabam por desembocar a relação no campo do descumprimento contratual*”.⁵⁵

Considerando-se que a boa-fé objetiva é norma que alcança a condição de princípio geral do Direito, torna-se válido dizer que ela também é onipresente, o que, de modo geral significa assegurar que os indivíduos de uma coletividade já não precisam estar “*envolvidos em vínculos negociais formalmente constituídos para que sejam considerados devedores de uma conduta pautada pelas diretrizes da colaboração e do respeito pelo alter*”, razão pela qual, numa perspectiva conduzida pelo princípio da boa-fé, a incidência dos deveres de lealdade e probidade começa quando se forma um contato social qualificado entre dois ou mais sujeitos, “*de modo que, mesmo existindo um desequilíbrio material entre os seus poderes de barganha,*

⁵⁴ FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 18.

⁵⁵ NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*, p. 207. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 334 p.

a parte mais forte não poderá exercer a sua autonomia privada em detrimento das legítimas aspirações daquela que se revelar mais fraca".⁵⁶

1.2.1 A boa-fé como fonte criadora de deveres

Assinala Karina Nunes Fritz que são reconhecidas pela doutrina germânica três funções básicas na boa-fé objetiva, quais sejam: criadora, limitadora e interpretativa-integrativa, apontando a primeira delas como *"a que mais diretamente se relaciona com o tema responsabilidade pré-contratual"*, ao passo que a segunda *"diz respeito ao papel que a boa-fé objetiva tem desempenhado como limite ao exercício de direitos e posições jurídicas"* e a terceira, por sua vez, serve como parâmetro para o julgador, *"inserindo no negócio jurídico direitos e deveres não decorrentes diretamente nem da lei, nem da vontade das partes, da qual, aliás, independem totalmente"*.⁵⁷

De forma simples e objetiva, Paula Ferraresi Santos conduz o tema da seguinte maneira:

A doutrina costuma apontar três funções para a boa-fé objetiva: (a) regra de interpretação; (b) regra de limitação ao exercício dos deveres jurídicos (relacionando-se com o abuso de direito); (c) e regra de criação de deveres jurídicos (deveres laterais). A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes, tal como previsto no artigo 113 do CC/2002⁵⁸. A segunda função tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Assim, serve como critério para diferenciação entre o exercício regular e irregular do direito, o que configura abuso de direito, previsto no artigo 187 do CC/2002⁵⁹. Para fins desse artigo, no entanto, interessa o estudo mais aprofundado da última função apontada, qual seja, a de criação de deveres jurídicos laterais. A função de criar deveres é associada às fases do contrato, mesmo quando

⁵⁶ FARO, Frederico Kastrop. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 11.

⁵⁷ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 185.

⁵⁸ Artigo 113, Código Civil: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵⁹ Artigo 187, Código Civil: 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.

ainda não exista vínculo efetivo entre as partes, o que ocorre nos casos de responsabilidade pré-contratual.⁶⁰

Assemelha-se a essa ideia o que expõe Enéas Costa Garcia, identificando as funções interpretativa, de controle e integrativa à boa-fé, a qual *“aparece como mecanismo de interpretação do conteúdo do contrato, de certo modo preenchendo as lacunas do negócio”* e, em outras ocasiões, *“pode ser chamada para delimitar o exercício dos direitos, como no caso do abuso do direito”* e destaca que da função integrativa da boa-fé *“decorre a necessidade de adoção de comportamentos corretos, criando deveres para as partes”* e fazendo surgir entre os contratantes um dever de cooperação, existindo entre eles não mais apenas os deveres primários de prestação.⁶¹

Rodrigo Magnos Soder sintetiza as funções da boa-fé objetiva também em três grandes grupos: interpretação e integração, limitadora e criadora de deveres anexos. No que se refere à função de interpretação e integração, o autor afirma que *“o intérprete da norma vai busca na boa-fé objetiva a forma mais adequada de interpretar a vontade das partes e, quando necessário, preencher lacunas que possam existir no negócio jurídico entabulado entre as partes”*. Do magistrado é exigida a constatação do ânimo das partes, sem que ele esteja restrito *“aos limites da vontade aparente ou daquilo que está declarado, mas, em verdade, obrigado a uma análise do comportamento exigível de pessoas probas, honestas e de agir leal”*, exigência esta gravada na norma do artigo 113 do Código Civil^{62, 63}.

Ao objeto principal do contrato (o dar, fazer ou não fazer) estão ligados os deveres primários, relacionados à prestação principal que as partes tinham em mente quando firmaram o contrato.

⁶⁰ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 214-215.

⁶¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 84.

⁶² Artigo 113, Código Civil: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁶³ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 85

Nesse compasso, analisando-se a obrigação não mais sob uma ótica individualista, de interesses contrapostos, e sim de forma unitária, surgem deveres acessórios de conduta entre as partes que pretendem proporcionar a completa concretização dos objetivos do contrato.⁶⁴

É a vontade, porém, que determina a prestação principal do negócio jurídico e, para que a sua finalidade seja atingida, “*é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada*”. Em contrapartida, surgem também outros deveres desvinculados do elemento volitivo, mas por vezes atrelados aos deveres principais a eles subordinados e por vezes de forma independente, estes os quais podem perdurar mesmo depois de cumprida a obrigação principal.⁶⁵

Pode haver a aplicação do princípio da boa-fé adiante ao que a norma legal ou contratual prevê, alterando parcialmente o sentido que derivaria da interpretação da lei ou do contrato, considerados em abstrato, ou preenchendo lacunas. Nesses casos, a função do princípio da boa-fé será a de instituir para os contratantes outros deveres, além daqueles previstos expressamente no contrato e que compõem o seu objeto basilar. Exigir que as partes agissem de boa-fé na formação e execução da relação contratual implica “*necessariamente no reconhecimento da existência de deveres não expressamente referidos no contrato, que podem ser qualificados como deveres instrumentais ou secundários*”.⁶⁶

Conforme definição de Judith Martins-Costa:

Os deveres secundários, por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies: os *deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal*, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal (v.g., na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de transportá-la, ou de embalá-la), e os *deveres secundários*

⁶⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 84.

⁶⁵ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 38.

⁶⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 467 p. p. 81.

com prestação autônoma, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação, ou o dever de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma, tal qual o contrato de *garantie à la première demande*, conhecido no comércio internacional), podendo, ainda, ser autônomos ou coexistentes com o dever principal (v.g., o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).⁶⁷

Entretanto, o que de fato atribui caráter complexo à relação obrigacional são os deveres acessórios de conduta, os quais não se encontram diretamente ligados ao cumprimento do contrato, à prestação e dizem respeito a ela somente de forma indireta, não tanto para torná-la viável, mas para tutelar interesses dos contratantes da relação negocial.⁶⁸

Trata-se de deveres que não levarão à realização da prestação principal, mas que buscam, nas palavras de Mota Pinto:

...tutelar outros interesses da contraparte, coenvolvidos no interesse contratual, não implicando a sua violação o inadimplemento ou a mora no cumprimento do dever de prestação, mas importando uma violação contratual positiva. Têm todos eles a missão de garantir a plena consecução dos interesses cuja satisfação constitui o fim do contrato, podendo incidir sobre uma ação ou um comportamento positivo (declaração, informação, cooperação com a contraparte, proteção desta, etc) ou sobre uma omissão (abstenção de actos que importem consequências danosas para o objecto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal ou patrimonial da contraparte ou, mais genericamente, que envolvam perigo para a realização do fim contratual).⁶⁹

No entanto, imperioso destacar a observação feita por Regis Fichtner Pereira quando suscita que na fase pré-contratual, os deveres jurídicos decorrentes da incidência do princípio da boa-fé *“não terão caráter acessório de um dever jurídico principal, já que esse dever jurídico principal ainda não existe”*, ao passo que

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 438.

⁶⁸ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 101.

⁶⁹ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 337-338 apud GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 101

*“assumirão o papel principal na regulação do comportamento das partes, pois serão eles que definirão as exigências de conduta de uma parte em relação a outra”.*⁷⁰

No intuito de efetivar a boa-fé como critério de imputação de responsabilidade pré-negocial é essencial rememorar que ela pressupõe: contato social entre as partes que resultem na cominação de deveres especiais de conduta; cumprimento dos referidos padrões de conduta, cotejáveis conforme os critérios de homem médio e com as particularidades do caso concreto; presença da confiança, de acordo com seus critérios de efetividade e exigência.⁷¹

O objetivo dos deveres acessórios de conduta, os quais *“são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivos da lei ad hoc ou da incidência da boa-fé objetiva”*, é a criação de um determinado padrão de comportamento para ambas as partes da relação jurídica obrigacional, razão pela qual são *“ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’”*.⁷²

O doutrinador Rodrigo Magos Soder consigna que:

Esses aludidos deveres são, na fase pré-contratual, ainda mais relevantes, pois, em verdade, como inexiste obrigação firmada, são eles, efetivamente, as balizas do comportamento das partes. Nesse sentido, embora com objetivos diversos, a função limitadora da boa-fé objetiva é uma demarcação dos limites do exercício do direito subjetivo, pois não pode existir exercício do direito subjetivo que contrarie a boa-fé.⁷³

Impossível a apresentação de um rol exaustivo dos deveres de conduta, pois eles provêm do caráter complexo da relação obrigacional e se transformam de acordo com as necessidades do tipo contratual tratado. Consentir que o juiz distinga a ilicitude de determinados comportamentos, que apesar de não caracterizarem espontaneamente a inadimplência, põem em risco a utilidade e a eficácia do

⁷⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 467 p. p. 88.

⁷¹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 134.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 438.

⁷³ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 88 (?)

contrato, é a grande prerrogativa desta construção. Considerado como regra de comportamento leal, o recurso da boa-fé admite que o julgador identifique, no caso concreto, qual deveria ser o comportamento probado exercido pelos contratantes, razão pela qual é a boa-fé, na maioria das hipóteses, que vai dar o teor destes deveres acessórios de conduta e trazer para a relação contratual o importante elemento ético de reconhecimento da importância da tutela do interesse do outro contraente por parte de cada um dos contratantes.⁷⁴

Consoante já exposto, não se faz necessária a inclusão prévia e expressa de todas as condutas devidas pelos contratantes, pois a observância da boa-fé e as necessidades do caso concreto é que determinarão o nascimento dos deveres de conduta, ou seja, é *“no pleno exercício da atividade contratual que os comportamentos honestos e de cooperação tornam-se exigíveis e se concretizam”*, o que demonstra a chamada *“abertura do sistema”* proporcionada pela boa-fé.⁷⁵

Na visão de Clóvis do Couto e Silva, *“pelo menos hipoteticamente, seria possível que as partes convencionassem todos os deveres, segundo uma ordem de intensidade, não deixando margem à constituição de deveres independentes da vontade, com base exclusivamente na boa-fé”*.⁷⁶ Logo, nota-se que a aplicação da boa-fé objetiva estende as obrigações contratuais, não previstas em lei, protegendo e regulando a autonomia privada.

Muito embora, como já dito, não seja um rol taxativo, há alguns deveres anexos originários e integrantes do princípio da boa-fé que são sempre apontados pela doutrina e considerados, conseqüentemente, como fundamentais, quais sejam, deveres de lealdade, sigilo, informação e confiança, os quais têm maior importância na presente pesquisa.

⁷⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 103.

⁷⁵ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 104.

⁷⁶ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 39.

1.2.1.1 Deveres de Informação e Sigilo

Ao abordar a criação pela boa-fé objetiva do dever de informar e a sua própria existência, Judith Martins-Costa inicia seu estudo destacando que quando se trata de relação de consumo, a identificação é mais fácil em razão da previsão minuciosa da lei, que estabelece as suas qualificações e desenha os seus limites, bem como os efeitos da falta de informação apropriada, permitindo que se assegure a existência de um dever geral de informar cuja medida é instituída pelo próprio CDC.⁷⁷

E prossegue:

Maior dificuldade estará, pois, no campo das demais relações de direito obrigacional (civil, empresarial, tributário, trabalhista, etc.) em que nem a lei prevê sempre e com minudência a própria existência do dever nem há homogeneidade dentre os destinatários da informação, vigendo, portanto, o princípio da igualdade *concretamente considerado*, o que é, ao fim e ao cabo, o reconhecimento de uma desigualdade concreta. A informação poderá ou não ser devida, e, o sendo, em conteúdo e graduações diversos, conforme as circunstâncias.⁷⁸

Em contrapartida, pode-se dizer que o dever acessório de conduta de informação é consagrado pela lei quando, por exemplo, trata sobre a disciplina do dolo, especialmente a omissão dolosa, reconhecendo-a como causa de anulabilidade do negócio, fundada no reconhecimento do dever de informação, bem como, de certo modo, a possibilidade de anulação do negócio por erro igualmente abrange considerações sobre o dever de informar.⁷⁹

O dever de informar, amplamente difundido nas relações de consumo, consiste na *“obrigação das partes de prestarem todas as informações necessárias para atingir o fim contratual almejado, de forma recíproca, desde o momento das*

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 37.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 38.

⁷⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 111.

negociações preliminares até depois da extinção do contrato”, podendo-se incluir os deveres de prestação de contas e aviso.⁸⁰

A existência da obrigação pré-contratual de informação traz uma nova forma de proteção ao consentimento, não individualista e baseada na absoluta autonomia da vontade, mas sim uma proteção que harmoniza o princípio da autonomia da vontade com a ideia de responsabilidade e boa-fé, consagrando uma tendência do direito positivo fundada no reconhecimento da desigualdade existente entre as partes no contrato, notadamente quando envolvem profissionais e leigos, constituindo *“um dos instrumentos mais eficazes para o restabelecimento do equilíbrio do contrato, especialmente quanto à desigualdade decorrente da disparidade informativa”*.⁸¹

O dever de esclarecimento dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que tenha conhecimento imperfeito ou errôneo, ou ainda ignore totalmente, o qual, evidentemente, relaciona-se com alguma circunstância relevante do negócio, pois *“não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor de outro”*.⁸²

O objetivo da informação é prevenir e instruir a parte que a recebe a respeito de aspectos que possam influir na contratação, repassando subsídios cujo conteúdo os torne relevantes no processo decisório, uma vez que o convencimento que acarreta a concretização do contrato depende significativamente das informações prestadas, havendo, portanto, um dever de informação recíproca, no intuito de evitar o erro de comunicação, haja vista que *“todo o processo de negociação é uma troca*

⁸⁰ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 215.

⁸¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 109.

⁸² GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 110.

de conhecimentos que permite às partes apresentar seus interesses progressivamente".⁸³

Pode-se afirmar seguramente que o convencimento que acarreta a concretização do contrato depende, em larga medida, das informações apresentadas, ao passo que, *"ao formar sua convicção sobre o negócio, pode a parte estar embasada nos dados que lhe são repassados pela contra-parte e, a partir daí, tomar sua decisão num juízo de conveniência e oportunidade"*.⁸⁴

Paula Ferraresi Santos considera imperioso, quando se trata do dever de informar, que se estabeleça a diferença entre informação, recomendação e conselho, de modo que este *"consiste em transmitir uma informação, acrescida pelo transmitente da comunicação seu próprio juízo de valor"*, assemelhando-se à recomendação, que nada mais é do que uma *"forma particular de conselho, sendo que tanto o conselho quanto a recomendação visam influenciar a atuação futura de seu destinatário"*, diferentemente da informação, em que *"não se pretende influenciar as decisões de seu destinatário" e cuja principal qualidade "é a certeza e objetividade, havendo ausência de sugestão de conduta futura"*.⁸⁵

Para Carlyle Popp:

O dever de informar é atinente a condições específicas do negócio, cláusulas contratuais, condições particulares dos bens envolvidos, vícios aparentes e redibitórios, aspectos atinente à evicção etc. O dever de conselho, por sua vez, reside no âmbito da oportunidade do negócio, enquanto que o de recomendação labora, normalmente, com alternativas de conduta. A obrigação de conselho é mais intensa que a de recomendação. Estas duas últimas implicam, inclusive, a obrigatoriedade do co-contratante, eventualmente, agir contra seus próprios interesses e orientar a outra parte a não realizar o negócio ou realizá-lo em outras condições. Pode-se dizer então que o dever de conselho e recomendação

⁸³ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 91.

⁸⁴ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 197-198.

⁸⁵ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 215-216.

precede o dever de informar, pois aqueles referem-se, regra geral, ao negócio genericamente, e este às especificidades do contrato em questão.⁸⁶

A problemática que o tema suscita refere-se ao conteúdo e à extensão deste dever de informação, pois não se trata de um conceito plenamente determinado, e sim de um conceito aberto, *“que não permite a exata determinação de todas as suas manifestações, permitindo, apenas, a delimitação de seus contornos”*. Ou seja, não se trata de dever ilimitado e seu limite está em *“o que deve ser informado, até que ponto a parte tem obrigação de prestar informações a respeito dos fatos que envolvem a contratação”*, partindo-se da premissa de que cada parte deve ser responsável pelas informações necessárias para a conclusão do contrato, competindo a cada um agir com diligência no intuito de adquirir informações suficientes para não se queixar da própria ignorância por descuido ou negligência.⁸⁷

Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa defende que não se pode cogitar de um *“dever de informar com conteúdo ilimitado e destinado a operar de igual modo em todos os campos da realidade”*, não incidindo o dever de informar sobre *“fatos notórios, que são ou deveriam ser do conhecimento da contraparte”*, e prossegue:

Notadamente nos contratos paritários, nos quais há relativa igualdade entre as partes, o dever de informar convive com o ônus jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio critério da razoabilidade. Portanto, convivem dever e ônus, não podendo o primeiro ser imputado apenas a um dos sujeitos da relação pré-negocial. É absolutamente necessário, nesta seara, traçar distinções, respondendo a perguntas sobre a posição das partes, o objeto do contrato, as circunstâncias da negociação, etc.⁸⁸

Quando trata do tema, Rodrigo Magnos Soder também refere sobre a possibilidade de futura invalidação do contrato quando houver informação imprópria, uma vez que o estatuto civil brasileiro estabelece que a informação que interfere na vontade de uma das partes da relação jurídica pode acarretar na *“invalidação do*

⁸⁶ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 199.

⁸⁷ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 113.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 43.

negócio jurídico, com base em erro ou dolo, ou, sob certas circunstâncias, a invocação do instituto da lesão contratual” e assim destaca:

A gama de informações que devem ser prestadas é bastante ampla e varia em conformidade ao grau de tecnicidade da negociação e, ainda, do alcance de conhecimento dos envolvidos, que pode ser desigual. Assim, o fundamental é a confiabilidade da informação ofertada, que deverá ser adequado ao negócio que está sendo discutido.⁸⁹

Nesse compasso, deve ser considerada a possibilidade de que as partes podem, durante o processo de tratativas, *“tomar conhecimento de informações sigilosas relativas à pessoa ou aos negócios do co-contratante”*, haja vista que, por vezes, a natureza dos negócios que estão sendo entabulados determina a troca de informações, das quais algumas as partes *“não gostariam de divulgar e que somente concordam em fazê-lo na consideração do futuro contrato em elaboração”*. Pode acontecer que o negócio não seja finalizado, que a fase das tratativas se encerre sem saldo positivo. No entanto, *“a boa-fé que preside esta relação pré-negocial faz impor o dever de preservar o justo interesse de não divulgação destas informações restritas. Eis o dever de sigilo”*.⁹⁰

Em negociações muito complexas, por exemplo, pode um dos contratantes ser obrigado a evidenciar métodos ou repassar dados que são fundamentais à boa compreensão da contraparte. Essas informações podem até *“revestir o caráter de segredo industrial ou de monopólio de tecnologia ou know-how de uma dada sociedade empresária”*.⁹¹

Na interpretação de Karina Nunes Fritz, o dever de sigilo relaciona-se diretamente com o dever de lealdade nas negociações, o qual será oportunamente analisado no tópico a seguir, e que, para ela, assim importa :

Intimamente relacionado ao dever de lealdade é o de sigilo, pelo qual as partes não podem divulgar informações recebidas durante as negociações,

⁸⁹ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 91-92.

⁹⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 219.

⁹¹ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 93.

quando isso contrarie os interesses do parceiro, o que leva alguns autores a considerá-lo um dos aspectos de lealdade. Larenz, ao tratar do dever de informação, acrescenta que quem entra em negociações, nas quais são trocadas informações, precisa poder confiar não apenas na certeza e completude dessas informações, mas também que o receptor não as divulgue de modo inadmissível.⁹²

Interessante a sugestão explicitada pela referida autora quando afirma que, “*para evitar eventuais discussões futuras sobre o dever de sigilo*”, as partes negociantes podem firmar, “*mediante cartas de intenção, acordos de sigilo ou segredo por meio dos quais comprometem-se a não divulgar e nem utilizar as informações recebidas na fase negocial, por um determinado período ou sem prazo pré- estabelecido*”.⁹³

Enéas Costa Garcia aponta uma “*importante hipótese de dever de sigilo que é a preservação dos direitos da personalidade, especialmente o direito à vida privada*”, na medida em que há contratos que incorporam um “*caráter acentuadamente pessoal*”. Nesse contexto, para que haja perfeita execução deste contrato, é naturalmente exigido que o contratante exhiba episódios da sua vida íntima, os quais não são do domínio público e que não precisam ser divulgados, em respeito ao direito à vida privada, como por exemplo, “*a contratação de um médico, psiquiatra, advogado, etc. Naturalmente a execução destes contratos impõe uma acentuada confiança entre as partes, com a inevitável comunicação de informações pessoais, confidenciais*”, considerando, ainda, que até por um dever ético, estes profissionais não tem permissão para externar os conhecimentos que obtém tanto na fase pré-contratual, como também durante os respectivos contratos e “*mesmo depois de finda a prestação de serviço subsiste*”.⁹⁴

Sobre o limite do dever de informação na fase das tratativas, o problema reside na fronteira entre a informação que é substancial para a condução das negociações e a que as partes possuem interesse em poupar, sendo entendido como segredo do negócio.

⁹² FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p 203.

⁹³ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p 203-204.

⁹⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 220.

Assim, sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, o dever de informação garante a transparência necessária que deve orientar as relações obrigacionais tornando mais eficaz o instrumento contratual e valorizando a confiança que deve prevalecer entre os consortes, inclusive com relação ao sigilo que deve ser respeitado quanto às informações trocadas durante negociações que não resultaram na efetivação de um contrato.

1.2.1.2 Deveres de Lealdade e Cooperação

Em que pese sejam, em grande parte da doutrina, abordados separadamente os deveres de conduta que derivam do princípio da boa-fé objetiva, para fins desta pesquisa, entende-se que os importantes deveres de lealdade e cooperação, por se interligarem naturalmente, devem ser analisados juntos.

Diante da nova configuração axiológica do contrato, em que a satisfação da sua finalidade material passou a estar sujeita não apenas à mecânica recepção à letra fria do dever de prestação primário, mas também à observância aos deveres acessórios que o acompanham, os quais têm como intuito a conciliação do máximo atendimento aos direitos do credor com a mínima oneração da posição da parte devedora, percebe-se a cooperação das partes em assumirem o compromisso “*em prol da consecução da finalidade material que por ambas foi projetada para o negócio*”.⁹⁵

A lealdade obriga as partes a renunciarem às condutas que possam alterar o objetivo do negócio ou desequilibrar as obrigações contratuais estabelecidas entre elas e está conectada ao dever de cooperação porque seu objetivo é de não interromper ou impedir que a outra parte cumpra com sua parcela do negócio. Mesmo após o término do vínculo contratual, as partes não podem tomar atitudes que frustrem os objetivos dos contratantes, diminuindo os benefícios que poderiam receber ou causando-lhes danos, o que se traduz no dever de cooperação.

⁹⁵ FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 25-26.

O entendimento do dever de lealdade sobrevém “*da compreensão da própria boa-fé, enquanto norma de conduta leal e honesta a ser adotada por todos no tráfico jurídico*”, ao passo que distingui-lo do dever de informação torna-se complicado, na medida em que “*deslealdade implica sempre em não-informação*”, ainda que a violação do dever de lealdade se coloque não só no plano da informação, mas também no do próprio comportamento. O dever de lealdade “*impõe às partes a adoção de conduta insuscetível de fraudar a confiança da contraparte de que seu parceiro conduzir-se-á com lealdade, pois é isso o que se pode esperar de quem atua no tráfico jurídico*”.⁹⁶

Ao estudar profundamente o assunto, a autora Karina Nunes Fritz identifica conotações positiva e negativa para o dever de lealdade, dessa maneira:

A feição positiva da lealdade manifesta-se no dever de atuar e cooperar para o atingimento da finalidade essencial das tratativas: a conclusão do contrato. Nisso inclui-se a necessidade da parte comunicar claramente as reais possibilidades, materiais e jurídicas, de concluir o negócio, a fim de evitar despertar inutilmente na outra a confiança legítima na celebração, como ocorre quando alguém, mesmo sem ser titular de um bem, assegura vendê-lo a outrem, não lhe informando, contudo, sobre a verdadeira titularidade do bem. [...] O dever de lealdade adquire um aspecto negativo quando traduz-se, por exemplo, no dever de não iniciar, ou prosseguir, as negociações sem qualquer intenção de concluir o contrato e não abandoná-las injustificadamente. Inicialmente, deve-se ressaltar que o entrar em negociações pressupõe uma disponibilidade das partes em celebrar o contrato, caso os juízos de conveniência e oportunidade surjam para ambas. É um ato, ou processo, que requer uma certeza: a de que pode conduzir ao fechamento do contrato. A negociação é, portanto, um processo teleológico, dotado de uma finalidade – a eventual conclusão contratual – o que requer um comportamento leal e honesto em todo o seu desenrolar.⁹⁷

A boa-fé objetiva impede que o credor de uma obrigação eventualmente inadimplida “*venha a assumir uma postura de aberta beligerância contra o devedor inadimplente e, por isso, busque submetê-lo a toda e qualquer medida que conduza ao cumprimento forçado da obrigação, ainda que desproporcionalmente penosa*”, não obstante todas as dificuldades relativas ao fracasso de suas ambições. Frederico Kastrup Faro prossegue seu entendimento:

⁹⁶ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 200.

⁹⁷ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 200-201.

De fato, mesmo que o credor se depare com uma situação como a acima descrita, o dever de cooperação que o princípio da boa-fé lhe impõe acaba por forçá-lo a tomar todas as providências que estiverem ao seu alcance para limitar os prejuízos derivados do incumprimento, *inclusive para a própria parte inadimplente*. Em termos práticos, portanto, o credor deverá envidar os seus melhores esforços para atenuar a amplitude dos prejuízos gerados pela falha na entrega da prestação prometida, o que significa dizer, dentre outras coisas, que, diante de duas opções igualmente tendentes a revertê-los, caber-lhe-á eleger a que se revelar menos ruínosa para o *solvens*.⁹⁸

Por outro lado, quando analisada sob o prisma do devedor, a boa-fé objetiva também confere uma execução contratual orientada pela prioridade da finalidade material buscada com o contrato, razão pela qual também para ele, tal princípio promove a expansão da sua *“vinculação negocial para além do teor literal da prestação principal assumida no contrato, compelindo-o a adotar posturas que garantam ao credor o aproveitamento efetivo visado com o cumprimento da obrigação”*.⁹⁹

O dever de lealdade incide também na circunstância daquele que não tem intuito de contratar, mas finge à outra parte o contrário, bem como daquele que, embora tenha o escopo de contratar, demonstra à outra parte o contrário ou sabe que é improvável que consiga, haja vista não ter ainda *“a titularidade do bem que tenciona negociar, abstendo-se de comunicar este fato à outra parte. Criar indevidamente uma situação de confiança na parte contrária, sem ter qualquer volição ou condição para honrá-la, induz em responsabilidade”*.¹⁰⁰

Identifica-se o dever de cooperar, por exemplo, no empenho do cliente de informar e auxiliar o advogado em tudo que for imprescindível para que possa desempenhar satisfatoriamente seu trabalho; *“do paciente em seguir as recomendações médicas; no âmbito das relações de consumo, deve o fornecedor se abster de criar embaraços para que o consumidor exercite plenamente seus direitos, entre outros”*. Trata-se de uma responsabilidade mútua dos contratantes

⁹⁸ FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 26.

⁹⁹ FARO, Frederico Kastrup. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 27.

¹⁰⁰ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 211.

colaborarem com o andamento célere das tratativas, da forma menos dispendiosa e mais proveitosa a ambos.¹⁰¹

As partes somente devem iniciar e dar continuidade às negociações para a formação de uma futura avença quando tiverem *“um legítimo interesse no objeto do contrato e tenham condições legais e econômicas para estabelecer o contrato desejado”*, comportamento exigido pelo dever de lealdade.¹⁰²

O dever de lealdade compreende *“a obrigação de comportar-se de maneira honesta, não violadora da ética que deve presidir a relação contratual”*, de modo que o contratante *“deve preservar, no curso das negociações ou na execução do contrato, a confiança que lhe foi depositada, agindo de forma honesta e diligente”*, motivo pelo qual, no intuito de se buscar *“uma definição positiva deste dever de lealdade, pode-se dizer que ele consiste na preservação da confiança que a parte deposita no seu co-contratante”*.¹⁰³

Nas palavras de Régis Fichtner Pereira:

Atenta contra o princípio da boa-fé a atitude da pessoa, de iniciar e prosseguir na negociação de um contrato, quando sabe que não tem real interesse na sua conclusão, não tem condições legais para estabelecer o vínculo contratual, ou não tem condições econômicas ou financeiras para cumprir o contrato. Ao assim proceder, o agente abusa da confiança da parte contrária, faltando com o dever de lealdade que lhe é imposto pelo princípio da boa-fé. Sempre que uma das partes na negociação age dessa forma, acaba, em algum momento das tratativas, por encerrar abruptamente as negociações, sem qualquer justa causa, podendo vir a causar prejuízos à parte contrária; ou termina por levar a outra parte a estabelecer relação jurídica viciada.¹⁰⁴

Ao dever de lealdade está intrinsecamente ligada a questão das negociações paralelas, *“pois questiona-se se o dever de lealdade não impede que as partes mantenham negociações sobre um mesmo objeto com vários parceiros ao mesmo*

¹⁰¹ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 211-212.

¹⁰² PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91-92.

¹⁰³ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 197.

¹⁰⁴ PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 94.

tempo”. Na opinião de Karina Nunes Fritz, pode se configurar legítima a retirada das conversações diante de melhor proposta feita por terceiro quando não pressupuser a boa-fé a exclusividade das negociações, de modo que, quando existe entre as partes um pacto de exclusividade, a melhor proposta não legitima o rompimento das negociações.¹⁰⁵

Por se tratar de um efeito da construção do sistema com base em cláusulas gerais, especialmente a da boa-fé, torna-se naturalmente mais fácil de perceber quando o dever é violado *“do que determinar a priori todas as hipóteses de incidência”*. Esta cláusula geral de boa-fé impõe a colaboração entre as partes contratantes e a consideração dos interesses do outro, o que traz, *“como subproduto, a necessidade de preservar a confiança depositada, pois assim é do interesse do outro contratante”*. Assim, unem-se ao dever de lealdade algumas condutas em que o principal interesse é a confiança proveniente da relação contratual.¹⁰⁶

Assim, cooperar significa agir de forma leal e honesta nos melhores padrões comportamentais construídos pela boa-fé, sem dificultar, e sim colaborando e concorrendo com o outro contratante de modo a proporcionar a mais plena eficácia do negócio jurídico e garantir o equilíbrio contratual.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Constituição Federal de 1988 impõe a obrigatoriedade do cumprimento da função social da propriedade e impõe como princípio constitucional a isonomia, ao passo que, por conseguinte, os contratos devem resguardar essas premissas, ou seja, qualquer pacto que *“venha a ferir o princípio constitucional relativo à função*

¹⁰⁵ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 203.

¹⁰⁶ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 198.

social da propriedade e à isonomia pode ser invalidado, devendo o próprio direito contratual pautar-se pela função social do contrato".¹⁰⁷

A liberdade de contratar sempre sofreu restrição pela ideia de ordem pública, de modo que *"o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual"*, estabelecendo a limitação pelo princípio da supremacia da ordem pública ao princípio da autonomia da vontade, resultado da constatação, *"feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco"*. Nesse contexto, concluiu-se que, se a ordem jurídica assegurava a igualdade política, não estava garantindo a igualdade econômica, razão pela qual em algumas esferas fazia-se necessária a interferência do Estado para retomar e garantir a igualdade das partes contratantes.¹⁰⁸

Diante do fenômeno da publicização do Direito Privado, quando da formalização do contrato devem ser observadas as questões relativas à liberdade contratual e ao equilíbrio de interesses entre as partes através da interferência do Estado nas relações jurídicas entre os particulares, prevalecendo o interesse do bem comum e da redução das desigualdades sociais. Portanto, a liberdade de contratar está atrelada aos fins sociais do contrato, sobressaindo ainda os princípios da boa-fé e da probidade.

Os direitos à liberdade de contratar e de fixar o conteúdo do contrato são direitos restringidos pelo próprio ordenamento jurídico, quando temos a disposição expressa do artigo 421 do Código Civil no sentido de que *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*. O autor Iso Chaitz Scherkerkewitz explana essa ideia da seguinte forma:

Essa restrição é derivada do interesse que a sociedade possui em regular os contratos que hoje firmamos por todos e a todo momento. A existência de desequilíbrio dentro de um contrato, diante da contratação massiva hoje existente, não prejudica apenas o contratante individual – ele possui

¹⁰⁷ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

potencial para prejudicar toda a sociedade.[...] Então, o primeiro passo que se deve dar na hora da elaboração dos contratos e até mesmo de sua interpretação é verificar se o que acordado entre as partes não fere as normas de ordem pública que estão vigentes, acarretando uma nulidade, ou ainda, verificar se o que foi acordado não fere a função social do contrato.¹⁰⁹

Na mesma linha, Clovis do Couto e Silva refere que, no âmbito sociológico, o poder econômico transforma sensivelmente, *“ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico, influenciando não apenas nos contratos celebrados entre empresas e indivíduos, mas também entre sociedades, pelos efeitos da sua concentração”*, de modo que a liberdade absoluta de convencionar, *“sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade”*.¹¹⁰

O conceito de Justiça Social leva as partes a não mais poderem desempenhar os seus interesses contratuais com absoluta liberdade, pois o conteúdo do contrato deve refletir as exigências da nova ordem, cabendo ao Estado disciplinar e ajustar as vontades das partes em busca do interesse coletivo, porquanto muitas são as normas da ordem pública que se inserem na economia jurídica do contrato.

No entanto, a noção de ordem pública é muito impalpável, assim como o conceito de “bons costumes”, cabendo aos tribunais, ao analisar o caso concreto, verificar se a ordem pública está ou não em risco. Para Silvio Rodrigues, a ideia de ordem pública *“é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares”*.¹¹¹

Os bons costumes também ordenam o limite do exercício dos direitos, observando-se as normas de convivência, *“segundo um padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época. Serve para definir o*

¹⁰⁹ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31, 34.

¹¹⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*; org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 3. p. 16.

comportamento das pessoas” e aperfeiçoam-se “como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país a mesma época”. Portanto, constituem-se como limites à liberdade contratual as noções de ordem pública e respeito aos bons costumes.¹¹²

Estaríamos, portanto, para Claudia Lima Marques, em uma nova fase do direito contratual, a qual chama de “etapa da pós-modernidade” em que:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas em que também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e em que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância [...] à procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito privado destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.¹¹³

A função social do contrato estipula um novo limite à liberdade contratual, reconstruindo o seu alcance em abraçar terceiro que não participara do vínculo obrigacional e que, portanto, não tinha nenhum dever em respeitar o disposto no contrato. Deve-se observar que a função social do contrato não tem a pretensão de limitar a autonomia privada, e ser considerado apenas um instrumento de controle da liberdade de estipular as cláusulas que regem o contrato (liberdade contratual). No entanto, é importante frisar que o seu alargamento pode levar a um discurso jurídico-político de justiça social “vazio”, levando ao inadimplemento contratual por conceder a uma das partes a suposta função social do contrato. O contrato, como instituto jurídico, tem sua eficácia alcançada quando é devidamente cumprido e respeitado por todos os envolvidos.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos. In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

As relações econômicas de cooperação entre as pessoas, que tomaram formas bastante complexas no mundo moderno, serão suportadas e incrementadas pela sociedade desde que sejam disponibilizadas ferramentas que permitam o cumprimento forçado da palavra empenhada, quando aquele que prometeu fazer algo em proveito de outrem posteriormente se recuse a fazê-lo, para que assim, seja atribuída segurança às relações travadas entre os sujeitos. Para isso foi criado o sistema jurídico próprio do Direito das obrigações, cujo objetivo é judicializar, ou seja, tornar judiciais as promessas que os indivíduos fazem entre si.¹¹⁴

Nessa linha de análise, prossegue Regis Fichtner Pereira:

O instrumento através do qual as pessoas se obrigam é o contrato. A relação jurídica contratual surge no momento em que a vontade de duas ou mais pessoas é manifestada no sentido de se vincularem mutuamente, com o objetivo de, em sacrifício de um interesse próprio, satisfazerem um interesse alheio; seja unilateralmente; seja bilateralmente, ou seja, tendo por objetivo a obtenção de uma prestação da parte contrária.¹¹⁵

Para tratar sobre a formação dos contratos, naturalmente se falará sobre a manifestação da vontade, que *“é o primeiro e mais importante requisito de existência do negócio jurídico”*, em que, num primeiro momento mais subjetivo e psicológico, a mente do indivíduo processa a vontade humana e a própria formação do querer. Em um momento mais objetivo, quando esta vontade é revelada através de uma declaração, *“ela se torna conhecida e apta a produzir efeitos nas relações jurídicas. Por isso se diz que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui requisito de existência dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos contratos”*.¹¹⁶

¹¹⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

¹¹⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

Quanto ao papel do elemento vontade nos atos jurídicos, Orlando Gomes destaca que a sua determinação é um problema que ainda divide os doutrinadores do Direito: de um lado os que defendem a teoria voluntarista, a qual entende que *“a exteriorização da vontade vale apenas na medida em que traduz a intenção dirigida a determinadas consequências jurídicas”* mostrando-se necessária a intenção do resultado, pois *“se a vontade se manifesta por puro gracejo, não vira obrigação para o declarante, exatamente porque não foi declarada para suscitar esse resultado jurídico”*; e, de outro lado, a teoria declaracionista, que prioriza a própria declaração, *“pouco importando que o resultado jurídico produzido corresponda à real intenção do declarante”*.¹¹⁷

O autor Rodrigo Magos Soder também destaca a perspectiva da pós-modernidade, das quais a volatilidade das relações é uma das questões preponderantes, *“tornando os laços entre os seres humanos mais frágeis”* diante do *“encurtamento das distâncias, facilitado pelos meios de comunicação, mas, quase paradoxalmente”*, sem provocar no *“estreitamento dos vínculos”*. Transferindo-se essas ideias para a esfera negocial, percebe-se as dificuldades que exigem *“do Direito uma adaptação às novas circunstâncias”*, havendo uma *“revalorização da confiança e da cooperação entre as partes”* em busca da segurança jurídica.¹¹⁸

A abordagem da especificidade do período pré-negocial e o fundamento do dever de indenizar é iniciada da seguinte forma por Judith Martins-Costa:

A responsabilidade pré-negocial é decorrente de dano gerado por ações ou omissões verificadas na fase antecedente a um negócio jurídico. Esse período é comumente denominado de “fase pré-contratual”, lócus de uma ação intercomunicativa que se particulariza pelo grau de “contato social” existente entre os seus intervenientes (A). A ocorrência de danos nessa fase pode ter consequências jurídicas, a saber, o nascimento da obrigação de indenizar. Porém, o fundamento dessa obrigação não está num delito civil – no sentido habitualmente conferido a esse termo – antes residindo na violação de regras impostas pela boa-fé em decorrência da especial

¹¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 216.

¹¹⁸ SODER, Rodrigo Magos. *Responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro: apontamentos*. Revista Magister de Direito Empresarial n. 48. dez-jan/2013. p. 88.

situação decorrente do grau de “contato social” ocorrente entre os negociadores (B).¹¹⁹

Para que ingresse de fato no mundo do Direito e, conseqüentemente, a partir daí produza efeitos jurídicos, toda a vontade deve necessariamente ser manifestada de alguma maneira, *“seja por meio de simples gestos, por palavras orais, pela palavra escrita, pelo cumprimento de determinado ritual, ou até mesmo, em certas situações excepcionais, pelo silêncio”*. Todavia, o processo de formação do negócio jurídico a partir da manifestação da vontade *“pode ser mais ou menos longo”, iniciado “através de algum estímulo externo ao agente, que consiste no primeiro passo na formação da vontade manifestada no negócio jurídico”*.¹²⁰

O contrato é negócio jurídico bilateral derivado da união de dois negócios jurídicos unilaterais: proposta e aceitação. A menção às duas vontades se refere a duas partes e não a duas pessoas, as quais não se confundem, razão pela qual a formação do contrato requer a participação de vontades lastreadas em posições econômicas antagônicas, objetivando uma composição de interesses, funcionalizada a uma colaboração intersubjetiva com respeito à boa-fé objetiva e a função social do contrato. Evita-se falar em polos opostos, pois em verdade se trata de uma aproximação de parceiros para a realização da finalidade comum do adimplemento da obrigação.

Conforme doutrina de Judith Martins-Costa:

O processo obrigacional supõe duas fases, a do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento, as quais, nas obrigações que se endereçam à transmissão da propriedade, perpassam, como visto, dois planos, e nas demais, um plano só, pois o adimplemento é realizado no plano do Direito Obrigacional. Estas fases são desenvolvidas no tempo como um processo, no sentido hegeliano do termo, polarizando por sua finalidade, que é o adimplemento, com satisfação das partes. A fase do nascimento dos deveres, por sua vez, nem sempre surge ex abrupto e nem termina sem deixar rastros, pois pode ser antecedida por tratativas e demais atos preparatórios (nos quais se alocam deveres jurídicos de proteção), e pode ser seguida por um período ainda marcado por deveres,

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 16-17.

¹²⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 43-44.

pós-contratuais. O nascimento dos deveres pode derivar de uma série de atos e acontecimentos. O ato resultante da autonomia privada, o ato injusto e culposos, a literal disposição de lei, sendo também reconhecida a força normativa dos usos, o ‘poder de cogência peculiar à sociedade’, e ainda de ‘outros fatores [que] passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores estes decorrentes da cultura da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem’.¹²¹

Durante o processo de formação contratual existem duas fases no âmbito das tratativas, quais sejam, a fase negociatória e a decisória, em que a primeira *“será representada por todos os atos anteriores à proposta e esta inicia-se com a policitação. Logo, quando a fase das tratativas se inicia pela proposta, a fase negociatória será absorvida pela de decisão”*.¹²²

Sob um ponto de vista mais realista, avaliar se um contrato formou-se de fato ou não implica na análise do resultado da qualificação de uma sequência de alguns atos e comportamentos do indivíduo em respeito a determinadas normas jurídicas.

2.1 FASE NEGOCIAL – NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

A responsabilidade pré-contratual, tratada neste trabalho, não surge a partir da violação de um pré-contrato ou contrato preliminar, previsto no artigo 462 do CC¹²³ e cujo objeto consiste no dever de celebrar um contrato principal, que é, assim como este, verdadeiro negócio jurídico, cujo inadimplemento caracteriza-se como típica responsabilidade contratual, campo distinto da responsabilidade pré-contratual, esta última que tem como cerne a violação de deveres gerados pela boa-fé objetiva, e não de negócio jurídico, durante a fase negocial, *“entendida como o período anterior de preparação do negócio, no qual as partes discutem acerca de um determinado contrato, visando, ainda que vagamente, sua celebração”*, ou seja,

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 51-52.

¹²² POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 230.

¹²³ Artigo 462, CPC: O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

momento em que há troca de informações, procurando desenvolver “o juízo de conveniência e oportunidade sobre o negócio”.¹²⁴

A ocorrência de um inadimplemento imputável ao devedor, caracterizando a responsabilidade contratual, ou de uma “*violação imputável ao dever geral de a ninguém lesar*”, o que configura aquilo que chamamos de responsabilidade aquiliana ou extracontratual, geram, indiscutivelmente, o dever e a obrigação de satisfazer o dano. Se, ignorado isso, se considerasse uma responsabilidade “*fora do negócio jurídico como gênero, caracterizada pela violação danosa e imputável do dever geral de a ninguém lesar*”, em que lesante e lesado, ainda que sem relação de crédito preexistente, entrem em contato para convencionarem um negócio, via de regra um contrato, é possível perceber, todavia, uma particularização daquele dever geral.¹²⁵

O contato estabelecido na vida social das pessoas comporta uma variedade de graus de proximidade e distância estabelecidas entre elas, de modo que a “*proximidade máxima é, nos contatos sociais revestidos de dimensão jurídica, a ocasionada pelo negócio jurídico*” e a “*proximidade mínima é aquela refletida no vínculo derivado da responsabilidade delitual ou aquiliana, derivada da infração culposa ou dolosa do dever de a ninguém lesar*”. Entre esses dois polos há “*graus intermédios de ‘contato social’, de ações intercomunicativas que são menos do que um contrato (contato qualificado pelo ato voluntário), porém já são mais do que a rarefeita relação social derivada de uma relação nascida de um delito civil*” – é nessa zona intermediária que se desenvolvem as denominadas negociações preliminares.¹²⁶

Ainda que possa o contrato surgir abruptamente, “*bastando uma proposta de negócio, seguida de imediata aceitação, para que se tenha sua formação*”, na maioria dos casos “*sua conclusão é antecedida de negociações preliminares ou*

¹²⁴ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 13.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 19.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 19.

tratativas, isto é, de conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta até se encontrar uma solução satisfatória”, ocasião em que as partes negociantes “*trocam impressões, formulam hipóteses, indagam sobre a mútua situação econômico-financeira, mas nada realizam*”. Trata-se, em suma, de conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada parte contratante, que tem como objetivo o preparo do consentimento das partes para a conclusão do contrato futuro¹²⁷.

No mesmo sentido, e indo mais afundo no que se refere à responsabilidade pré-contratual propriamente dita, discorre Carlos Roberto Gonçalves:

Nem sempre, no entanto, o contrato nasce instantaneamente de uma proposta seguida de uma imediata aceitação. Na maior parte dos casos a oferta é antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de negociações preliminares caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates (*tractus, trattative, pourparlers*), também denominada *fase da pontuação*. Nesta, como as partes ainda não manifestaram a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio. Qualquer delas pode afastar-se, simplesmente alegando desinteresse, sem responder por perdas e danos. Mesmo quando surge um *projeto* ou *minuta*, ainda assim não há vinculação das pessoas. Tal responsabilidade só ocorrerá se ficar demonstrada a deliberada intenção, com a falsa manifestação de interesse, de causar dano ao outro contraente, levando-o, por exemplo, a perder outro negócio ou realizando despesas. O fundamento para o pedido de perdas e danos da parte lesada não é, nesse caso, o inadimplemento contratual, mas a prática de um ilícito civil (CC, artigo 186).¹²⁸

Diante do avanço do sistema capitalista e do aumento progressivo da complexidade das negociações, a fase de formação dos contratos, sobretudo as tratativas preliminares, tem se revelado cada vez mais importante. Muito embora códigos respeitáveis como o francês não tenham disciplinado a matéria, e no mesmo caminho seguiu o direito brasileiro no projeto do novo código civil, “*é papel do intérprete descortinar estas situações de grande destaque*”. Muitas foram as circunstâncias concretas que colaboraram para o aumento desta relevância, das quais pode-se destacar, exemplificadamente, os “*chamados contratos associativos, como o franchising, a joint venture, os de distribuição, entre outros, onde inúmeros pontos devem ser discutidos e adaptados à realidade concreta. Aliado a isto se*

¹²⁷ REFERÊNCIA LIVRO TJ, p. 42.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

enquadra o fenômeno da globalização do sistema capitalista e seus reflexos no mundo jurídico".¹²⁹

Durante a fase das negociações preliminares, em que os negociantes ainda não constituíram uma relação jurídica obrigacional, no sentido de que um deverá prestar algo em favor do outro, as partes estão envolvidas em um projeto de contrato, através de uma relação jurídica de outra natureza que faz surgir deveres de conduta de acordo com o princípio da boa-fé. A partir desta ideia, Regis Fichtner Pereira dispõe que:

É quase intuitivo que no momento em que duas pessoas iniciam conversações com a finalidade de realizar um negócio jurídico, não se encontram mais na mesma situação em que se encontram duas pessoas que conversam socialmente, trocando meras experiências ou impressões pessoais. Já existe, durante a fase das negociações, uma finalidade objetivamente verificável, de natureza econômica, para os atos praticados pelas partes. Esses atos se destinam a um fim, ainda que eventual, qual seja, o de instituírem os contraentes entre si uma relação jurídica de natureza contratual. Não se pode, portanto, qualificar os atos praticados entre duas partes, com vistas à formação de uma relação jurídica contratual, como meros atos de conduta. Não jurídicos, abrangidos somente pelas regras da moral.¹³⁰

As partes não ficam, na fase das negociações, vinculadas inexoravelmente às suas propostas negociais da mesma forma como a figura do policitante na previsão do artigo 427 do CC e podem, no decorrer das conversações, alterar suas proposições iniciais com o objetivo de persuadir o consorte a celebrar o acordo final, o que não pode, contudo, levar ao entendimento de que "as negociações são destituídas de vinculação e configuram um campo de não obrigatoriedade, no qual não surgem deveres, nem responsabilidade para os envolvidos". Esta fase é sim contemplada de normatividade, haja vista que "*nela incide o princípio da boa-fé objetiva como limite imanente ao poder de autonomia privada e de ação das partes,*

¹²⁹ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 228.

¹³⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 53-54.

criando uma gama de deveres específicos de conduta com o fim de conferir eticidade à relação e evitar lesão a bens ou interesses dos envolvidos".¹³¹

As negociações preliminares, sejam elas orais ou escritas, via de regra não vinculam as partes negociantes, pois é inerente ao princípio da liberdade contratual que os indivíduos tenham a autonomia de optar pela contratação, sem que a negativa estabeleça a obrigação de indenizar em favor da outra parte. A recusa de iniciar negociações jamais será abusiva e, se durante as conversações falte o indispensável elemento volitivo de prosseguir nas tratativas, cessará o consentimento mútuo fundamental ao sucesso da contratação.

Contudo, as negociações preliminares não são procedimentos completamente discricionários, diante da presença dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, que já estão presentes ao tempo das tratativas. As negociações antecedem ao momento da contratação, surgindo com o início do contato social entre os negociantes e é o momento em que se concilia a autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade dos negociantes sobre as legítimas expectativas de confiança depositadas entre si.

2.2 FASE DECISÓRIA – PROPOSTA E ACEITAÇÃO

O consentimento mútuo é pressuposto de existência do contrato, na medida em que sem ele não há o suporte fático para que o fato ingresse no mundo jurídico. Na doutrina de Clóvis do Couto e Silva, *“o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem*

¹³¹ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 13-14.

*dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado.*¹³²

No campo das negociações contratuais, a manifestação da vontade se dá através das figuras jurídicas da proposta e da aceitação, de modo que o contrato se forma tão somente a partir do momento em que há duas declarações de vontade, relativamente a um mesmo objeto, ou seja, quando *“o oblato manifesta a sua aquiescência à proposta efetivada pelo policitante, ou quando ambas as partes, no mesmo momento, concordam em estabelecer o contrato”*.¹³³

Considera-se que *“nem toda a iniciativa ou manifestação de vontade no sentido de dar vida a um contrato é oferta em sentido técnico, mas só a declaração de vontade dirigida por uma parte à outra com a intenção de provocar uma adesão do destinatário à proposta”*. A oferta revela uma vontade já definida de contratar nos alicerces oferecidos, não se submetendo a mais estudos ou discussões, mas requisitando à outra parte se aceitará ou não, revelando-se, assim, em um negócio jurídico unilateral e constituindo-se em elemento da formação contratual. Dessa forma é possível dizer que proposta, oferta, policitação ou oblação *“é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar”*.¹³⁴

As figuras da negociação e da oferta constituem realidades jurídicas diversas e momentos distintos do processo de formação dos contratos, em que a primeira diz respeito à fase negocial e consiste em uma situação jurídica caracterizada pela discussão acerca de determinado negócio jurídico, *“na qual uma parte apresenta à outra suas ideias e proposições, vulgarmente chamadas de proposta, sendo de sua essência o debate acerca das cláusulas do futuro contrato”*, e que se estende desde o contato inicial dos negociantes até a apresentação da proposta em sentido técnico,

¹³² SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p. 35.

¹³³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

momento a partir do qual as partes entram na fase decisória, cujo termo final se dá com a aceitação e conclusão do negócio. Assim, *“a oferta ou proposta em sentido técnico é negócio jurídico unilateral sobre o qual não cabe mais nenhuma discussão, tão-somente aceitação ou recusa, sendo esta sua característica essencial”*, o que justifica a disposição do artigo 431 do Código Civil quando impõe que *“a aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”*, o que equivale àquilo que chamamos de contraproposta.¹³⁵

A proposta representa a atitude decisiva para celebração do contrato, baseada em uma declaração de vontade categórica e decisiva, diferenciando-se nesse ponto das negociações preliminares, as quais não têm esse caráter e, como já visto, trata-se de estudos e sondagens, sem força obrigatória. Em contrapartida, a proposta *“cria no aceitante a convicção do contrato em perspectiva, levando-o à realização de projetos e às vezes de despesas e à cessação de alguma atividade”*, razão pela qual vincula o policitante, que responde por todas essas implicações, se retirar-se do negócio de forma injustificada.¹³⁶

Ao tratar da formação dos contratos, o Código Civil brasileiro de 2002 manteve a redação do então artigo 1.080 do diploma civil de 1916 no agora artigo 427¹³⁷, optando por dar, *“como regra geral, caráter vinculativo à proposta efetivada pelo policitante”*, de forma que a parte que dirige uma proposta de contrato a outra, fica a ela vinculada, *“a não ser que tenha expressamente ressalvado a possibilidade de retirá-la, ou que a natureza do negócio ou as circunstâncias do caso permitam a conclusão no sentido de que a proposta não era irrevogável”* ou ainda nas hipóteses do artigo 428 do Código Civil^{138, 139}.

¹³⁵ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 13.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

¹³⁷ Artigo 427, 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.

¹³⁸ Artigo 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

A revogabilidade da oferta é, portanto, excepcional, e a justificativa lógica “*para ser quase vedado o direito de arrependimento (revogação da proposta) e ter uma amplitude bem maior a exclusão de sua obrigatoriedade ab initio*” é o respeito e a proteção à boa-fé e à confiança, pois deve ser considerado que “*se a parte confiou na declaração unilateral emitida ela passa a integrar a esfera jurídica do declaratório e, como tal, tem direito a exigir o seu cumprimento*”, ao passo que, do contrário, ou seja, se “*desde o início estava claro que não tinha ela o caráter de definitividade, não haverá qualquer violação à boa-fé objetiva*”.¹⁴⁰

Nas palavras claras e objetivas de Iso Chaitz Scherkerkewitz:

A proposta deve ser firme, ou seja, deve possuir todos os elementos essenciais para que possa concluir a contratação. Deve mencionar a qualidade da coisa ofertada, a sua quantidade, o seu preço, as suas condições de pagamento e as condições de entrega do produto ou da realização do serviço. A proposta também pode ser indeterminada quanto à quantidade, desde que se lhe estabeleça o preço. O preço também não precisa ser determinado, mas deve ser determinável, ou seja, é possível a vinculação do preço a um índice de conhecimento geral, ou ao valor do dia da mercadoria na Bolsa de Mercadorias da Cidade X etc. O proponente deve ser certo, podendo ser a proposta dirigida a pessoa incerta, indeterminada.¹⁴¹

Assim, para que seja considerada como tal, a proposta derivada de uma manifestação unilateral de vontade do peticitante, com caráter vinculante, cuja eficácia tem início com a ciência da parte interessada também através de declaração de vontade, afora ter os requisitos essenciais do negócio jurídico objeto da avença, deve ser séria, completa, precisa e inequívoca, motivo pelo qual é indiscutível que, com as ressalvas mencionadas, a proposta é vinculante e não admite o direito de arrependimento. No entanto, se a proposta não apresentar algum dos requisitos anteriormente mencionados, “*não se estará diante de tal figura, mas sim, de mero*

¹³⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 48.

¹⁴⁰ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 238.

¹⁴¹ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 103-104.

convite para início de tratativas. Assim, ausentes estarão todos aqueles caracteres da proposta, em especial a obrigatoriedade e a irrevogabilidade”.¹⁴²

A concordância com os termos da proposta é, portanto, o que se chama de aceitação ou oblação, caracterizada como a imprescindível manifestação da vontade que julgará concluído o contrato, porquanto *“somente quando o oblato se converte em aceitante e faz aderir a sua vontade à do proponente, a oferta se transforma em contrato”*. Logo, a aceitação é a concepção da vontade do oblato no sentido de concordar, feita no prazo ajustado e abarcando adesão absoluta à proposta recebida, proferida de forma expressa ou tácita, em respeito ao artigo 432 do Código Civil^{143,144}.

O autor Carlyle Popp, ao abordar o tema sobre a formação dos contratos, alude àquilo que chama de *“a formação progressiva”* dos contratos, nos seguintes termos:

Ainda que a doutrina clássica tema em não perceber ou quando visualiza a questão o faça sob uma perspectiva oitocentista, o mundo negocial mudou. Este cambiamento proporcionou não só uma valoração importante da fase dos tratos preliminares como revolucionou toda a visão formativa anterior. O fenômeno proposta x aceitação não mais pode subsistir se vislumbrado somente sob um ângulo clássico. Nos dias de hoje, a complexidade das negociações – que não raro envolvem, além das partes, técnicos especializados (advogados, auditores, contadores, agentes financeiros, peritos etc...), não consegue mais refletir ofertas e aceitações, pelo menos naqueles moldes. Ante as dificuldades, técnicas e fáticas, dos tratos, as declarações negociais surgem aos poucos, etapa a etapa. Sobrevêm proposições bilaterais, aceitações unilaterais, seguidas de novas propostas e considerações. Nem sempre é possível uma visualização clara, neste tipo de tratativas, do local e do momento onde ocorreu a proposta ou onde está a aceitação. Apesar disso, continuam a se constituir em etapas importantes na formação do negócio jurídico.¹⁴⁵

¹⁴² POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 239.

¹⁴³ Artigo 432, Código Civil: Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80-81.

¹⁴⁵ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 239-240.

Nesse compasso, mostra-se comum a elaboração de documentos que demonstrem a atual situação jurídica das combinações feitas pelas partes, *“como minutas, acordos parciais, acordos de sigilo (confidentiality arrangements), cartas de intenção (letters of understanding) ou mesmo possibilitem a realização do contrato definitivo (como as comfort letters ou lettre de patronage) e a obtenção de garantias”*. Este *“sistema de vinculação negocial e de encontramento do querer recíproco”*, é denominado *formação progressiva do contrato*. Naqueles casos em que as partes superaram determinados pontos, não sendo mais possível recuar a questão anterior, estes documentos preparatórios, e porque não, esses *“acordos parciais”*, são frequentemente utilizados.¹⁴⁶

A doutrina se divide quanto ao caráter vinculante destes acordos parciais, ao passo que *“a doutrina clássica e mesmo a imensa maioria dos juristas contemporâneos o afirmam negativamente”*, basicamente ao argumento de que *“não basta a mera vontade no sentido de superar os pontos divergentes, sendo imprescindível nova manifestação, então no sentido de exprimir o seu querer vinculativo”*. No entanto, conforme exposto por Carlyle Popp:

Este posicionamento, apesar de francamente majoritário, não se coaduna com uma visão onde o centro é a pessoa humana e cujo enfoque primordial é a boa-fé objetiva. Ora, se todo o fundamento para a responsabilidade pré-contratual é o vilipêndio à confiança, é impossível não visualizar nenhum reflexo jurídico em partes do futuro negócio que já se encontram definidas pelos negociadores. Estes compromissos parciais podem não gerar a obrigatoriedade do firmamento do contrato, nem responsabilidade pré-contratual se inadimplidos, desde que haja motivo legítimo para o encerramento das negociações. Ele, porém, são vinculantes e impedem nova discussão sobre a mesma questão, salvo motivo relevante (legítimo) e superveniente. É um caso claro de preponderância da boa-fé objetiva sobre a autonomia privada. Este predomínio é fruto de uma visão mais humanista das relações negociais, não se podendo desconsiderar o comportamento anterior das partes e a confiança por ele gerado na outra.¹⁴⁷

O elemento volitivo é um dos requisitos mais importantes na formação do contrato e, somente após as declarações de vontade, é que este negócio está apto a produzir efeitos jurídicos. Via de regra, uma das partes faz a proposta e a outra, após analisá-la, aceita ou declina, considerando que também pode existir uma fase

¹⁴⁶ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 241-242.

¹⁴⁷ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 242-243.

de negociações preliminares, a qual, porém, não se constitui como regra. No instante do aceite é que se pode considerar concluído o contrato. Dessa maneira, determinar com precisão este momento é de grande relevância para o negócio jurídico, e conforme seja o contrato, entre presentes ou ausentes, haverá uma maneira peculiar de constatar sua conclusão, o que, no entanto, não tem relevância para este trabalho.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

O instituto da responsabilidade civil é perseguido por um *“excesso de inputs”*, a partir do qual se acredita que atinja diversos fins, por vezes conflitantes como *“reparar o lesado, repartir perdas, distribuir riscos, punir o lesante, prevenir comportamentos ilícitos, controlar a atividade de produção, assegurar o respeito à pessoa humana, etc”*, de modo que o Código Civil de 2002 apresenta a obrigação de indenizar como figura autônoma nos seus artigos 927¹⁴⁸ e 957¹⁴⁹, reunindo numa única entidade os princípios referentes às implicações da responsabilidade civil, *“efeitos comuns às suas modalidades (discernidas pelo critério do fundamento, a saber, a responsabilidade subjetiva e objetiva) e às suas espécies (distinguidas pelo critério da fonte, a saber, a responsabilidade extranegocial e a negocial)”*.¹⁵⁰

A existência de uma comum eficácia, originária da obrigação de indenização, não constitui *“nem identidade de regimes, nem de causas, nem de tipologia dos danos nem muito menos das espécies de deveres violados”*. Ademais, mesmo no cerne da responsabilidade extranegocial, é preciso atentar-se a distinções baseadas na *“ambiência e no momento em que o dano foi produzido”*. Assim, se já havia entre os negociantes uma proximidade de contato, cujo objetivo era o de, provavelmente, finalizar negócio jurídico, o dano então causado poderá ter como consequência o surgimento da obrigação de indenizar, originando aí *“o campo operativo da responsabilidade pré-negocial”*.¹⁵¹

E assim prossegue Judith Martins-Costa sobre o tema:

¹⁴⁸ Artigo 927, Código Civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁴⁹ Artigo 954, Código Civil: A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 13.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 13-14.

Conquanto o Código Civil de 2002 não a tenha regrado de forma expressa, (à diferença do que fez, por exemplo, o Código Civil italiano, artigo 1.337, o Código Civil grego, arts. 197 e 198, ou o Código Civil português no artigo 227, n.1) a verdade é que, tal qual ocorre em outros Ordenamentos o instituto é claramente dedutível da combinação entre as regras do artigo 389¹⁵² (que trata da indenização pela inexecução de obrigações, não as restringindo às obrigações *contratuais*); artigo 186 (cláusula geral de ilicitude subjetiva); artigo 187 (que comina de ilicitude ato manifestamente contrário à boa-fé); artigo 422 (impositivo do dever de conduta segundo a boa-fé desde a conclusão do contrato, abrangendo a fase em que *nasce a conclusão*, portanto, a fase das tratativas); e o artigo 927 (norma impositiva da obrigação de indenizar, reenviando aos pressupostos dos arts. 186 e 187).¹⁵³

A responsabilidade pré-contratual é uma abrangente e vasta figura de qualquer dano decorrente de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva durante a fase de preparação do negócio jurídico. O momento da violação dos deveres de consideração é importante para fixar os limites da responsabilidade *in contrahendo*, pois quando a infringência lesiva ocorre durante a execução do contrato, tem-se a denominada violação positiva do contrato, enquanto que sua lesão depois da extinção do negócio configura a denominada responsabilidade pós-contratual.¹⁵⁴

No que se refere à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, há, basicamente, três posicionamentos: contratual, baseado na ideia de obrigação como processo, *“decorrente de uma sucessão de tempos, que vai desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual”*; extracontratual, ao argumento de que a violação ocorreria em período antecedente à formação do contrato, *“ausente vínculo contratual entre as partes no momento das negociações preliminares”*; e *sui generis* ou terceira via, *“uma vez que nem as responsabilidades contratual ou extracontratual seriam adequadas para justificar a natureza jurídica dessa responsabilidade pré-*

¹⁵² Artigo 389, Código Civil: 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.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 15.

¹⁵⁴ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 25.

contratual, bem como de obter soluções satisfatórias para as diversas situações surgidas na fase das negociações preliminares".¹⁵⁵

Para Regis Fichtner Pereira, não é somente a existência do compromisso da prestação a ser adimplida que diferencia a responsabilidade civil contratual da extracontratual, mas também tudo aquilo que justifica o fato de *"as partes terem se unido no contrato para obterem uma finalidade. As pessoas envolvidas em uma relação contratual passam a ter um contato social qualificado, que não pode receber do direito o mesmo tratamento que é dado ao contato social comum"*.¹⁵⁶

E prossegue:

O contato que as partes desenvolvem com a finalidade de discutirem as bases de um eventual negócio jurídico a ser constituído é contato qualificado. Embora não haja ainda relação jurídica contratual – afastando a cogitação de responsabilidade civil contratual – entre as partes há, não obstante, deveres jurídicos qualificados, que fazem surgir entre elas uma relação jurídica especial, cuja configuração afasta os preceitos da responsabilidade civil extracontratual.¹⁵⁷

Rogério Donnini defende ser extracontratual a responsabilidade pré-negocial nas relações reguladas pelo Código Civil, *"uma vez que decorre de um ato ilícito (rompimento imotivado das negociações preliminares), num momento em que não existe um contrato, embora haja a imposição de um comportamento das partes de acordo com a boa-fé"*, ou seja, entende ser nesse caso uma responsabilidade aquiliana.¹⁵⁸

Diante da inexistência de previsão expressa pelo legislador de regime jurídico para a responsabilidade pré-contratual (ou pré-negocial), esta poderá se submeter

¹⁵⁵ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 217.

¹⁵⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 467 p. p. 100.

¹⁵⁷ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101.

¹⁵⁸ DONNINI, Rogério José Ferraz. *Culpa post pactum finitum e culpa in contrahendo: responsabilidade aquiliana ou contratual?* Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 398, p. 203-210, jul. 2008. p. 206.

ao regime contratual ou extracontratual dependendo da existência ou não do vínculo contratual entre os negociantes.

Destaca-se que a responsabilidade pré-contratual é gênero do qual fazem parte várias figuras, as quais, segundo a doutrina alemã, são identificadas em quatro tipos básicos: por celebração de contrato nulo ou anulável; por danos provenientes da fase negocial, no caso de ter havido contrato válido; por danos oriundos da fase negocial, quando não há celebração do contrato; por rompimento injustificado das negociações. No entanto, independentemente de qual hipótese se trate, todas têm em comum a violação, ainda na fase negocial, de um dos deveres de consideração derivados da boa-fé objetiva.¹⁵⁹

3.1 ABORDAGEM SOBRE A OBRA DE JHERING

Foi Rudolf von Jhering que, em 1860, publicou o primeiro estudo a ser considerado *“obra-prima sobre a responsabilidade pré-contratual”*: *“Culpa in Contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”*, cuja motivação surgiu quando, segundo o autor, ao lecionar sobre a teoria do erro, frequentemente sentia-se contrariado por não achar respostas satisfatórias *“para reconhecer a responsabilidade civil do errante em razão de danos gerados à contraparte em face de sua culpa”*.¹⁶⁰

Preocupado em resolver uma questão prática, a elaboração teórica inédita até então desenvolvida por Jhering foca para a problemática do contrato nulo, na hipótese em que, por falha em sua formação, determinado contrato tem sua nulidade decretada, de forma que esta falha possa ser atribuída a um dos contratantes que

¹⁵⁹ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 174.

¹⁶⁰ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 46-47.

teria acatado a continuidade das negociações ou omitido a falha que inviabilizaria o contrato.¹⁶¹

Conforme análise da obra feita por Daniel Ustárrroz, o princípio do estudo de Jhering:

Apresentava o exemplo do consumidor que se dirigia ao mercado e, confundindo o sinal característico da moeda com o kilo, postulava a entrega de 100kg de carne, em vez de \$100 do produto. Na visão da doutrina da época, o contrato deveria ser tido como nulo, mediante prova do lapso. É que, se uma pessoa quer comprar 100 kg, e outra apenas vender \$100, não há vontades que se encontram, mas sim desencontro de vontades... A partir dessa premissa, difícil era a perquirição de culpa contratual, quando nem sequer contrato perfeito fora formado. Identificava Jhering, portanto, uma ‘lacuna sensível’ que gerava injustiças e desconsolo: ‘ parte culpada sai livre, a inocente é vítima da culpa alheia’.¹⁶² Se no século XIX esta constatação já inspirava atenção, no século XX e no atual o problema se multiplicou.¹⁶³

Logo, diante da constatação de que “a parte culpada sai livre, a inocente é vítima da culpa alheia”, havia para Jhering uma “lacuna sensível”¹⁶⁴ que gerava injustiças e desconsolo, tornando muito difícil “a perquirição de culpa contratual, quando nem sequer contrato perfeito fora formado”. Nesse contexto e com base em precedentes do direito romano, Jhering encontra a *actio emti* e passa a julgar crível retirar efeitos jurídicos de contratos putativos, nesses termos: ¹⁶⁵

A conclusão do contrato não origina meramente uma vinculação ao cumprimento, mas antes também, em certas circunstâncias, quando este efeito está excluído por causa de um qualquer obstáculo jurídico, uma obrigação de indemnização; a expressão ‘nulidade’ do contrato designa,

¹⁶¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 245.

¹⁶² JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 02 apud USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 47.

¹⁶³ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 47.

¹⁶⁴ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 02 apud USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 47.

¹⁶⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 47.

segundo a terminologia romana e actual, apenas a ausência daquele efeito, mas não a de todos e quaisquer efeitos.¹⁶⁶

O professor passa a avaliar qual seria o embasamento do dever de indenizar nas hipóteses de danos ocasionados a um dos contratantes, decorrentes da nulidade do contrato, concluindo que *“a parte que deu causa à nulidade não responde simplesmente pelo fato de o contrato ser nulo, mas porque, devendo ter conhecimento da nulidade, deixa de informar a outra parte sobre esse vício, causando-lhe danos”*. Quanto ao ressarcimento desses danos por quem deu causa à invalidade do contrato, Jhering defende a impossibilidade da condenação do responsável a adimplir proporcionalmente à prestação prometida e descumprida, pois a obrigação de cumprir não poderia proceder do contrato nulo, devendo a indenização se limitar a recolocar as partes ao estado em que se encontravam no momento anterior à conclusão do contrato nulo, como se o negócio jurídico não tivesse sido realizado, o que o autor chamou de “interesse negativo”, que, portanto, se limita a tutelar o interesse decorrente da não-conclusão do contrato, por culpa de uma das partes, enquanto o que denomina de “interesse positivo” exprime o direito à execução do contrato da maneira como foi estabelecido por elas.¹⁶⁷

A responsabilização pelo ilícito pré-negocial, portanto, limita-se, na teoria de Jhering, ao interesse negativo, *“afinal seria incoerente atribuir à vítima indenização pelos benefícios que o cumprimento de um contrato nulo ou inválido geraria. A força de sua teoria também é verificada nesse aspecto, pois, passados mais de século e meio de sua elaboração, ainda é defendida por diversos autores”*.¹⁶⁸

Em síntese, nas palavras de Enéas Costa Garcia:

O grande mérito da teoria de JHERING foi chamar a atenção para o problema da responsabilidade pré-contratual. Há um certo consenso na doutrina no reconhecimento da originalidade da criação de JHERING, sendo ele o primeiro a lançar as bases da nova teoria. Suas distinções a respeito do interesse contratual positivo e negativo,

¹⁶⁶ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 24.

¹⁶⁷ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117-118.

¹⁶⁸ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 49.

dos deveres principais e acessórios do contrato são de valor inquestionável e comportam aplicação prática de extrema relevância, tendo sido incorporadas pela doutrina e jurisprudência, sem mudanças significativas.¹⁶⁹

Por fim, ainda que se reconheça a excelência do trabalho de Jhering sobre a matéria da responsabilidade daquele que dá causa a contrato nulo, tornando generalizado o uso da expressão *culpa in contrahendo* para assinalar os atos danosos sobrevivendo da fase pré-contratual, “a crítica que se pode fazer ao uso indistinto desta expressão é a inconveniência da referência à culpa”, haja vista que “nem sempre a culpa é elemento decisivo para a determinação da responsabilidade pré-contratual, pois muitos casos decorrem da violação de um dever de boa-fé, que não pode ser enquadrado no conceito rígido de culpa”.¹⁷⁰

3.2 A VIOLAÇÃO DOS DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA E O ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

A imensa maioria da doutrina considera ter sido o sistema civilístico alemão o que melhor desenvolveu a doutrina da responsabilidade pré-contratual, possivelmente porque de lá surgiu a doutrina de Jhering, em que se diz que “*incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte*”.¹⁷¹

Sobre o mesmo tema, Pontes de Miranda:

Culpa in contrahendo é toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir o contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo. O uso do tráfico cria tal dever, que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fático (v.g., não deixar que o documento caia da janela e se perca), exatidão

¹⁶⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 247.

¹⁷⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 244.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 486.

no modo de exprimir-se, quer em punctuações, anúncios, minutas, ou informes.¹⁷²

Originalmente, tal como foi concebida por Jhering, a responsabilidade pré-contratual somente tinha lugar naqueles casos em que a parte que tinha ciência de uma causa de invalidade do contrato deixasse de comunicá-la ao outro negociante, causando-lhe evidente prejuízo. O direito contratual contemporâneo, por sua vez, proporcionou a inclusão do elemento da boa-fé como fonte da responsabilidade pré-contratual.

É a partir de ações intercomunicativas, *“que são menos que um contrato (contato qualificado pelo ato voluntário), porém já são mais do que a rarefeita relação social derivada de uma relação nascida de um delito civil”*, que se desenvolvem as chamadas negociações preliminares, *“que pode se apresentar como cenário de danos injustos, imputáveis, derivados de uma ação ou de uma omissão antijurídica e, nessa medida, indenizáveis sob a forma da responsabilidade pré-negocial”*.¹⁷³

A aproximação das partes ao começarem as negociações para celebração de um contrato cria entre elas relação jurídica agregada de deveres de conduta específicos fundados na boa-fé, os quais podem ser violados pois *“cada uma delas pode, por exemplo, conduzir negociações paralelas sem informar a outra e rompê-las arbitrariamente, mesmo à beira da conclusão do contrato, bem como omitir à contraparte informações vitais para a decisão de contratar, que só ela possui”*.¹⁷⁴

A ruptura injustificada das negociações preliminares é analisada por Karina Nunes Fritz que assim refere:

Ainda quando esse processo transcorra de forma simples e rápida, isso não exime os envolvidos da observância dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, os quais podem ter maior ou menor

¹⁷² MIRANDA, Pontes de *apud* PEREIRA, R. F., Op. cit., p. 52.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 19.

¹⁷⁴ VICENTE, Dario Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, Padma, 2004. v. 18, p. 3-20. p. 7.

intensidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Assim, exemplificadamente, mesmo que as conversações para a compra e venda de um veículo transcorram rapidamente, surge para o vendedor o dever de informar plenamente o comprador acerca de todas as condições materiais (problemas nos freios no carro) do automóvel, ao passo que para o comprador surge o dever de cuidado quando usa o veículo para um test drive, a fim de não danificá-lo. A proximidade entre as partes e o aumento dos riscos de dano daí resultantes é que legitima a vinculação especial e a gama de deveres recíprocos que se formam neste momento.¹⁷⁵

A responsabilidade pré-contratual decorrente da ruptura das tratativas será aplicada sempre que, anteriormente à celebração do contrato, um dos negociantes rompe as negociações sem justo motivo, ou seja, *“a seu bel prazer, desta desistência originando-se dano à contraparte, o qual pode ser consubstanciar pelas despesas perdidas, pelo tempo inutilizado, pelo esforço que ficou sem proveito, pela perda da oportunidade de negociar com outrem, etc”*.¹⁷⁶

Diante do fato de que, na perspectiva de conclusão de um contrato futuro, a ausência de um motivo justificador à ruptura é fonte geradora de um dano efetivo, faz-se necessária a análise da “indenizabilidade” do dano na matéria da responsabilidade pré-contratual, cuja origem *“parte do princípio de que da obrigação pré-contratual de boa-fé decorre o dever de não interromper as negociações preliminares sem justa causa”*. Assim, em sendo possível constituir vínculos pré-contratuais, provenientes de um posicionamento de confiança instituída entre as partes negociantes, *“igualmente viável se faz o reconhecimento do dever de reparação por prejuízo causado pela ruptura sem justa causa”*, pois *“um poder generalizado e arbitrário de interromper as tratativas poderia acabar privilegiando aqueles que têm conduta desleal no mercado de consumo e comércio”*, o que justifica o estímulo a uma prática segundo os ditames da boa-fé e um reconhecimento de que se torne essencial proporcionar o cabimento de indenização.¹⁷⁷

¹⁷⁵ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p.18.

¹⁷⁶ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 109.

¹⁷⁷ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Algumas notas sobre a responsabilidade pré contratual*. Porto Alegre: Ajuris, 1999, v. 76, p. 79.

Consabido que ocorrido um dado fato em que tenha lugar a responsabilidade pré-contratual, nasce imediatamente um dever de reparação, um dever de indenizar, cuja origem parte do princípio de que da obrigação pré-contratual de boa-fé decorre o dever de não interromper as negociações preliminares sem justa causa.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

A decisão sobre concluir ou não contratos está na esfera da liberdade pessoal, concretizando legítimo exercício da autonomia privada, razão pela qual, *“em linha de princípio, o abandono das negociações por quem decide não concluir o contrato não configura ilicitude, não dando ensejo ao dever de indenizar”*. No entanto, dependendo do estágio das negociações, *“o rompimento das tratativas pode caracterizar exercício disfuncional (abusivo), para os efeitos do art. 187”* do Código Civil.¹⁷⁸

3.3.1 Expectativa legítima

A admissão da responsabilidade pré-contratual, para a maioria da doutrina, demanda como componente essencial *“à sua configuração a confiança na conclusão do contrato, a qual constitui um dos bens jurídicos protegidos nas negociações por meio da boa-fé objetiva”*, afastando-se qualquer interpretação subjetiva quanto ao definição do termo confiança, pois em se tratando da confiança havida na celebração do negócio, não se está aludindo a *“um estado psicológico de crença ou convicção de que o negócio será fechado, mas a uma situação que deve ser objetivamente apurável”*, o que justifica se dizer que *“a confiança deve estar embasada em dados concretos e objetivos, suscetíveis de comprovação, para que seja protegida em sede de responsabilidade pré-contratual”*.¹⁷⁹

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 29.

¹⁷⁹ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 29.

Portanto, não se trata de verificação subjetiva quanto à eventual confiança do contraente na celebração do contrato, mas sim de se constatar se existiam *“fortes razões objetivas para confiar que o negócio jurídico que vinha sendo projetado iria se estabelecer”*.¹⁸⁰ Ou seja, em cada caso concreto deve ser apurado se “qualquer homem médio”, ajuizado e precavido, colocado em igual situação, igualmente consideraria garantida a celebração, *“porque essa certeza ou foi dada expressamente pela contraparte ou resulta de comportamento concludente ou exsurge da situação de negociação em si”*.¹⁸¹

Em se tratando de negociações preliminares que tenham por escopo eventual formação de futuro negócio jurídico, respaldado no contato social que surge entre os sujeitos envolvidos, *“mais do que nunca é necessário respeitar a boa-fé”*, haja vista que quando eles iniciam as tratativas, *“é comum que, em um primeiro momento, tenham eles consciência de que as negociações podem frustrar-se”*. Porém, conforme vão se desenvolvendo e progredindo em direção à conclusão do contrato, mais aumenta a legítima expectativa dos negociantes na formação do vínculo, razão pela qual eles devem observar preceitos de correção e lealdade durante todo o *iter* negocial. *“Têm as partes a obrigação de não fazer, qual seja, de não frustrar as expectativas legítimas, enfim, a confiança depositada na parte contrária no que concerne à honestidade e retidão do relacionamento iniciado”*.¹⁸²

Conforme estudo apresentado por Récio Eduardo Cappelari:

Averiguada, pois, a importância da legítima confiança no plano jurídico, pode-se dizer que, sempre que se entra em negociações, ressalvadas, é claro, as possíveis exceções a serem averiguadas nos casos concretos, entra-se crendo na seriedade da conduta do cocontratante e, caso este comportamento honesto não se verifique, ocasionando danos, há o efetivo direito de ressarcimento. Desta observação, pode-se concluir que, para que se configure a RPC [responsabilidade pré-contratual] por ruptura das tratativas, é imprescindível que haja uma confiança (=afidamento) razoável na

¹⁸⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 331.

¹⁸¹ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 31.

¹⁸² POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 123.

futura conclusão do contrato, além da falta de justo motivo para a ruptura do dano.¹⁸³

Destarte, esse procedimento no *iter negocial* protege a importância na confiança, a expectativa legítima quanto à seriedade do comportamento alheio despertada em todo aquele que entra em negociação. Trata-se de uma tutela do interesse negativo, ou seja, a segurança de que a parte poderá voltar ao *status quo ante* em caso de frustração das negociações. No entanto, para “*haver responsabilidade pela confiança é fundamental a presença de prejuízo, seja mediante dano emergente ou lucro cessante*”.¹⁸⁴

Em artigo que trata sobre a responsabilidade pré-contratual e especificamente o dever de informar, Paula Ferraresi Santos defende que deve haver cautela “*a fim de evitar o engessamento da economia*”, não se podendo admitir que “*toda e qualquer quebra de confiança ocorrida no momento das negociações preliminares possa gerar a respectiva indenização*”, uma vez que “*o sistema jurídico adota não só a boa-fé objetiva, mas também a autonomia privada e a liberdade de contratar*”. Assim, nos casos em que houve a criação de uma legítima expectativa na parte contrária, a qual confiou nas informações prestadas e a interrupção das negociações preliminares, são os dignos de tutela da responsabilização civil do outro negociante, “*já que não seria legítima a escusa de que ninguém é obrigado a celebrar um contrato. Há, assim, evidente abuso de direito, o qual deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico*”.¹⁸⁵

3.3.2 Dano

Assim como toda a responsabilidade civil, a pré-contratual pressupõe dano, sendo que, tratando-se de ruptura injustificada das negociações é cabível, tradicionalmente, apenas a indenização do interesse negativo, “*vale dizer, do*

¹⁸³ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 47.

¹⁸⁴ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 123

¹⁸⁵ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 222.

*interesse da parte em não ser envolvida em negociações inúteis e desleais, sem abranger o interesse positivo, equivalente às vantagens auferidas pela parte com a conclusão e execução do negócio jurídico”.*¹⁸⁶

Jhering, na obra já analisada, limitou o dano indenizável na culpa *in contrahendo* ao que chamou de interesse negativo e sustentou que, nas hipóteses de responsabilidade civil pela conclusão do contrato nulo, o responsável não é obrigado ao equivalente da prestação prometida, tendo em vista que do contrato nulo não pode surgir a obrigação de cumprir a prestação ajustada entre as partes. A obrigação do responsável pela estipulação do contrato nulo se cinge, segundo o professor, a colocar a parte contrária na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio, ou recolocá-la em situação econômica idêntica a que estaria, caso o contrato nulo não tivesse sido estipulado. Por isso elaborou Jhering *“a tese de que o dano a ser ressarcido nesses casos não coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato, mas sim com o seu interesse na não-conclusão de um contrato nulo; ou seja, a ele não cabia indenização pelo interesse positivo na execução do contrato, mas sim pelo interesse negativo, que consistia no interesse em não concluí-lo”.*¹⁸⁷

Récio Eduardo Cappelari refere que:

A outra parte terá direito ao ressarcimento do prejuízo – isto é, ao assim chamado interesse contratual negativo – ‘quando possa provar que, confiando no estado das negociações, incorreu em despesas, que não teria enfrentado, se tivesse podido prever que o contrato não se teria concluído ou, então, perdeu ocasião ou recusou ofertas outro tanto (ou mais) vantajosas, provindas de outra pessoa, sofrendo assim um prejuízo...’¹⁸⁸

Nos casos de ruptura injustificada das negociações o dano é essencialmente material, mas podem ocorrer também aspectos psicológicos, ainda que, nesse caso, os danos sejam de difícil caracterização, uma vez que *“meras frustrações ou aborrecimentos pelo fracasso das tratativas fazem parte do risco que o contratante*

¹⁸⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 38.

¹⁸⁷ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 371-372.

¹⁸⁸ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 109.

*assume ao iniciar um processo negocial, não devendo, portanto, configurar a dor moral ressarcível". Cabe, portanto, à parte alegadamente lesada, que demonstre precisamente em que consiste o dano moral, sua gravidade "e a relação de causa e efeito com o fato do rompimento ilegítimo das negociações para que possa ser ressarcida da dor sofrida".*¹⁸⁹

¹⁸⁹ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 40.

4 REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Exemplo emblemático e nacionalmente conhecido nos tribunais foi o “caso dos tomates”, julgado em 1991 pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em que um produtor de tomates pleiteou indenização em face da indústria que, por vários anos, comprava sua safra e, previamente, doava as sementes e distribuía caixas de sua propriedade para o recolhimento dos tomates, se recusou a firmar contrato de compra e venda da produção do autor da ação, o que lhe gerou danos com a perda da produção, uma vez que não teve a quem vender a safra. A referida decisão admitiu expressamente a incidência do princípio da boa-fé objetiva durante a fase das tratativas. Vejamos a ementa do julgado:

“CONTRATO – TRATATIVAS – CULPA IN CONTRAHENDO – RESPONSABILIDADE CIVIL. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera, às instâncias da ré.”¹⁹⁰

Outro bom exemplo jurisprudencial é aquele apresentado por Daniel Ustárroz, a respeito de um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná sobre um “*caso em que, após dois anos de investimento e preparação para celebração de um contrato, um dos negociantes desistira do negócio*”. A síntese da solução apresentada pela relatora refere que¹⁹¹:

a empresa X preparava-se para executar o projeto da instalação do Centro de Distribuição e para o desenvolvimento das atividades de logística dentro do local, realizando investimentos sob o comando da empresa Y, que durante todo o período das tratativas comportou-se de forma a inculcar na Autora a certeza de que o contrato seria firmado, eis que todas as suas exigências estavam sendo rigorosamente cumpridas pela Requerente, e as

¹⁹⁰ Apelação Cível n. 591.028.295, in Revista Jurídica n. 171, jan. 1992, p. 56-67 apud PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 467 p. p. 421-422.

¹⁹¹ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 59.

negociações para a contratação definitiva transcorreram normalmente até meados do ano de 2004. Portanto, a Autora tinha a legítima expectativa de que iria contratar com a Requerida Y, e por essa razão fazia vultosas despesas, a fim de atender aos interesses da mesma (...) Em suma, a empresa Y, ao levar a Autora a crer na contratação definitiva para o desempenho dos serviços de logística da Requerida, e ao abandonar as tratativas de modo inesperado e imotivado, revela a sua conduta desleal na condução das negociações preliminares ao contrato principal. Mormente em se considerando a circunstância inequívoca de que a Requerida não comunicou formalmente à Autora acerca da desistência da utilização de seus serviços, optando por contratar outra empresa para a implantação do Centro de Distribuição quando ainda não havia encerrado as tratativas junto à Requerente, deixando-a suportar todos os prejuízos advindos do contrato não realizado. Logo, a conclusão é a de que houve violação ao princípio da boa-fé objetiva, devendo a empresa Y responder pelas perdas e danos ocasionados na fase pré-contratual.¹⁹²

O autor, ao concluir, refere que *“não é o fato da desistência em si que é censurado, mas a forma como se exerce essa prerrogativa oferecida pelo ordenamento. A noção de ilicitude não decorre da desistência por si só, mas do seu cotejo com o contexto em que foi praticada e dos efeitos gerados ao destinatário”*.¹⁹³

Mais recentemente, foi proferida brilhante decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, muito didaticamente, aborda o tema da responsabilidade pré-contratual pela violação de deveres de conduta gerados da boa-fé objetiva na fase das negociações preliminares. No caso concreto, empresa varejista e empresa de produção de eventos mantiveram negociações sobre evento a ser produzido por esta, em que “a empresa de eventos realizou uma visita técnica, elaborou memoriais descritivos e, segundo alega, iniciou a contratação de terceiros, efetuando despesas da ordem de R\$ 200.000,00. O evento, porém, foi adiado e, posteriormente, cancelado pela empresa varejista, não tendo havido a formalização de um contrato”. A decisão do tribunal *a quo* reconheceu que “o comportamento das partes teria criado na empresa de eventos a indubitosa expectativa de que o contrato viria a ser celebrado, fato que, aliado à iminência do evento, justificaria a contratação de terceiros antes mesmo da formalização do contrato”, e, diante do contexto fático, concluiu que “o cancelamento do evento pela empresa varejista ofendeu o princípio da boa-fé

¹⁹² 33ª C.C, AC 1231388-0, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 04.05.2009 apud USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 60.

¹⁹³ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 60.

objetiva, gerando uma responsabilidade pré-contratual”, pois “a inexistência de negócio jurídico não libera as partes dos deveres de cooperação, devendo atuar com honestidade, lealdade e probidade”. A decisão do STJ manteve a condenação pela responsabilidade pré-contratual, conforme se vê da ementa a seguir:

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). 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. (REsp 1367955/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul igualmente julgou casos semelhantes de responsabilidade pré-contratual decorrente da violação da boa-fé, com condenação pelos danos materiais sofridos, bem como por danos morais configurados nos casos concretos, conforme ementas abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE "PONTO COMERCIAL". INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. LUCROS CESSANTES NÃO CONFIGURADOS. I - Os contratantes devem agir com transparência, lealdade e probidade, inclusive na fase pré-contratual, respeitando a boa-fé objetiva que rege as relações contratuais. Hipótese na qual houve omissões a fatos essenciais à celebração do contrato, atitude que não se coaduna com a conduta esperada nas relações jurídicas, dando causa ao rompimento do pacto e ao dever de indenizar, forte no art. 187 e 927, ambos do Código Civil. II - Omissão quanto ao real faturamento do negócio, bem como sobre a possibilidade de o imóvel ser posto a venda justificam a indenização da autora ao dano moral experimentado. As adversidades sofridas pela autora, a aflição e o

desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. III - Manutenção do montante indenizatório considerando a conduta da parte ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. IV - Considerando que a autora investiu em reformas no imóvel para continuar explorando o ponto comercial e que isto não foi possível, em razão da venda do imóvel, patente é o dever de indenizar o dano material. V - (...) a aquisição de um empreendimento, de uma empresa ou de um ponto comercial não gera automaticamente certeza de lucro ou ganhos. Assim, o montante que a autora alega ter deixado de perceber trata-se de uma previsão de faturamento que lhe foi passada, mas não de um ganho certo que percebia e deixou de perceber por um ato praticado pelas rés. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70048335574, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 19/07/2012)

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRA LITERÁRIA. ROMPIMENTO DO CONTRATO AINDA NA FASE DS TRATATIVAS. BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL INEXISTENTE. I - Os contratantes devem agir com transparência, lealdade e probidade, inclusive na fase pré-contratual, respeitando a boa-fé objetiva que rege as relações contratuais. Hipótese na qual a inclusão de pessoa como coautora de obra literária, de forma arbitrária, não transparente e quando já avançadas as tratativas para a confecção do livro, não se coaduna com a conduta esperada nas relações jurídicas, dando causa ao rompimento do pacto e ao dever de indenizar, forte no art. 187 e 927, ambos do Código Civil. II - O rompimento da negociação, após três meses de tratativas, inclusive com captação de recursos junto aos patrocinadores, realização de todas as etapas preliminares, tais como aprovação do protótipo, preparo da divulgação, etc. acarreta dano moral indenizável. As adversidades sofridas pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. III - Manutenção do montante indenizatório considerando o equívoco dos réus, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. IV - O dano material não se presume. In casu, pelo que restou acordado entre as partes, o recebimento dos valores estava condicionado à venda dos livros. Assim, se trata de um lucro hipotético, imaginário, o qual não se coaduna com o lucro cessante. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70045843901, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 16/02/2012)

A Jornada de Direito Civil realizada em 2002 discutiu o presente tema e aprovou os enunciados que tratam do já falado artigo 422 do Código Civil, afirmando que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (Enunciado n. 24), bem como que “o artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual” (Enunciado n. 25).

CONCLUSÃO

O conceito de boa-fé objetiva surgiu no domínio dos contratos, ampliando-se, posteriormente, para outras esferas, inclusive quanto às relações pré-contratuais, razão pela qual, a partir da ideia de que a obrigação é um processo, que começa desde a fase pré-contratual, desdobrando-se para a fase pós-contratual, é admissível “a aplicação da boa-fé objetiva não só na conclusão e execução do contrato, mas também nas suas fases anterior e posterior”.¹⁹⁴

Logo, verifica-se que restou equivocada a colocação do artigo 422 do CC/2002, ao restringir a aplicação da boa-fé somente na conclusão e execução do contrato. A boa-fé é uma cláusula geral que, fundada na confiança e no princípio da solidariedade, norteia todo o sistema jurídico, não sendo compatível a sua aplicação restrita. Dessa forma, deve-se considerar que a boa-fé objetiva aplica-se também na fase pré e pós contratual.”¹⁹⁵

Via de regra, pode-se dizer que as partes têm liberdade para começar e abandonar a fase das negociações sem motivo específico, assumindo cada uma as despesas efetuadas nesse período. No entanto, a quebra desta regra se dá quando um dos negociantes dá como certa a celebração do contrato, criando no outro a confiança e expectativa legítimas na concretização do negócio, ocasião em que, para se eximir da responsabilidade, deve apresentar um motivo legítimo para a ruptura. Dessa maneira, são requisitos específicos da responsabilidade por abandono injustificado das tratativas: *“a existência de negociações, a confiança legítima de que o contrato será fechado e a violação do dever de lealdade por meio do rompimento ilegítimo. Além destes, devem ser acrescentados os requisitos*

¹⁹⁴ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 213.

¹⁹⁵ SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. p. 213.

genéricos da responsabilidade civil: dano, culpa e nexo causal entre rompimento e dano".¹⁹⁶

Dessa forma, cumpre que se passe a efetivamente consolidar o princípio da boa-fé contratual unido à matéria de responsabilidade civil, *"passando-se a reconhecer situações de comprometimento e vinculação onde ainda nem exista contrato, mas desde que se faça visualizada a existência de confiança depositada por contratantes no interesse de realização de um negócio jurídico"*, bem como, verificado prejuízo, permita-se, conforme as necessidades concretas identificadas, uma integral indenização.¹⁹⁷

Admite-se, portanto, a responsabilidade pré-contratual no sistema brasileiro, a partir do diálogo estabelecido entre as fontes jurígenas, evidenciada *"a compatibilidade entre a 'culpa in contrahendo' e o ordenamento nacional, o qual reconhece o dever de indenizar quando qualquer contratante desconsidera o comportamento devido, gerando dano injustificado"* a outra parte.¹⁹⁸

Com efeito, a consideração da boa-fé nas negociações preliminares encerra diversas preocupações, determinando efeitos concretos no tocante ao comportamento das partes em seu relacionamento pré-contratual e servindo como fonte de responsabilidade pré-contratual.

¹⁹⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 53.

¹⁹⁷ CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Algumas notas sobre a responsabilidade pré contratual*. Porto Alegre: Ajuris, 1999, v. 76, p. 85.

¹⁹⁸ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. p. 66.

REFERÊNCIAS

- CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. *Algumas notas sobre a responsabilidade pré contratual*. Porto Alegre: Ajuris, 1999, v. 76, p. 65-86.
- CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 140 p.
- DONNINI, Rogério José Ferraz. *Culpa post pactum finitum e culpa in contrahendo: responsabilidade aquiliana ou contratual?* Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 398, p. 203-210, jul. 2008. p. 206.
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 334 p.
- FARO, Frederico Kastrup. *Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, abr./jun. 2009, p. 3-39.
- FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, maio 2009, p. 9-56.
- FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008. 335 p.
- FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 395 (jan. 2008) p. 173-208.
- GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 360 p.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 273 e 275 apud POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p. p. 115.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 725 p.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008. 89 p.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 51 p.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 544 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008, p. 11-51.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, p. 132 apud GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 11.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 467 p.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. 360 p.

SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, n. 49, p.209-244, jan./mar. 2012. P. 209-224.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos (teoria e prática)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 432 p.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*; org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252 p.

USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012. 142 p.

VICENTE, Dario Moura. *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002*. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, Padma, 2004. v. 18, p. 3-20.