

LUIZ ALBERTO FONTANA FRANÇA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS
NEGOCIAIS: PERSPECTIVAS DA TUTELA DA BOA-FÉ.**

**CURITIBA
2005**

LUIZ ALBERTO FONTANA FRANÇA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS
NEGOCIAIS: PERSPECTIVAS DA TUTELA DA BOA-FÉ.**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão da graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.


**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

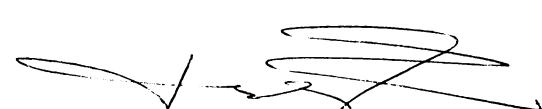
LUIZ ALBERTO FONTANA FRANÇA.

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS NEGOCIAIS:
PERSPECTIVAS DA TUTELA DA BOA-FÉ.**


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.



Prof. Dr. Luiz Edson Fachin



Prof.ª Dr.ª Ana Carla Harmatiuk Matos.

**CURITIBA
2005**

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1- INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 2- DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL..... | 4 |
| 2.1- Aspectos da Constitucionalização do direito privado..... | 4 |
| 2.2- Autonomia Privada..... | 7 |
| 2.3- Aspectos da boa-fé..... | 10 |
| 2.3.1- função hermenêutica..... | 14 |
| 2.3.2- função de limitação no exercício de direitos subjetivos..... | 14 |
| 2.3.3- função de criação de deveres jurídicos..... | 15 |
| 3- RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA..... | 17 |
| 3.1- Negociações preliminares..... | 17 |
| 3.1.1- proposta..... | 19 |
| 3.1.2- aceitação..... | 20 |
| 3.2- Minuta e pré-contrato..... | 21 |
| 3.3- Tutela da confiança..... | 23 |
| 3.4- Ruptura das tratativas..... | 25 |
| 4- RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL..... | 29 |
| 4.1- Evolução histórica..... | 29 |
| 4.2- Noção e fundamento..... | 31 |
| 4.3- Elementos caracterizadores..... | 34 |
| 4.3.1- Consentimento as negociações..... | 36 |
| 4.3.2- Dano..... | 36 |
| 4.3.3- Nexo de causalidade..... | 39 |
| 4.3.4- Culpa..... | 39 |
| 4.4- Natureza jurídica..... | 41 |
| 5- CONCLUSÃO..... | 44 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 46 |

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a chamada responsabilidade civil pré-contratual sobre o enfoque do direito civil-constitucional. Para tanto se faz uma análise do contrato frente aos princípios contratuais, em especial o da boa-fé, bem como frente às diretrizes presentes no texto constitucional (uma sociedade livre, justa, solidária, etc). Vista a partir deste contexto, a questão da responsabilidade civil pré-contratual, procura-se demonstrar sua aceitação na doutrina pátria, em comparação com as teorias e leis desenvolvidas em outros lugares do mundo. Neste sentido é necessário demonstrar a aplicação responsabilidade pré-contratual no Brasil e ainda sua aceitação pela jurisprudência. Para realizar isto foi dada ênfase ao desenvolvimento da responsabilidade civil pré-contratual desde sua formulação por Ihering até os dias atuais, aos elementos caracterizadores do instituto, bem como as discussões sobre a sua natureza jurídica, indicando as duas teorias mais aceitas. Busca-se demonstrar por fim a necessidade de se repensar o direito civil frente aos avanços da sociedade, e, principalmente, o contrato e a responsabilidade civil, haja vista o centro da disciplina ter sido deslocado do patrimônio, para a pessoa humana.

1- INTRODUÇÃO.

O presente tema sempre foi extremamente debatido pela doutrina, desde a concepção por IHERING da “*culpa in contrahendo*”.¹ Muitas foram as teorias que procuraram explicar a responsabilidade civil pré-contratual através dos tempos, sem que, contudo, se chegasse a um consenso sobre o fundamento da responsabilidade pré-contratual, o limite dos danos indenizáveis, ou a natureza jurídica do instituto. Isto sem sombra de dúvidas se reflete na jurisprudência e mesmo no agir das partes durante as tratativas para formalização de um contrato.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social muitas foram as mudanças ocorridas na sociedade e no direito. Neste ínterim o direito civil brasileiro patrimonialista e codificado sofreu profundas modificações com a criação de diversas leis que visavam regular aspectos específicos da vida privada, sem o caráter de completude dos códigos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com todo um movimento de re-personalização do direito civil, em que o indivíduo e não mais seu patrimônio está no centro do sistema, os institutos do direito civil passaram a ser interpretados de acordo com as diretrizes constitucionais².

Ao mesmo tempo ocorre um desenvolvimento econômico muito grande, com a complexificação das relações privadas, em que o indivíduo se relaciona com um número cada vez maior de pessoas em busca de bens que possam satisfazer suas necessidades.

¹ Apesar da sistematização da *culpa in contrahendo* ter se dado com IHERING, muito antes disto o tema já era debatido. Neste sentido BENATTI nos traz o caso narrado por Cícero de Cânio e Pizio em que este agindo de má-fé induziu aquele a comprar uma casa em Siracusa. Sendo, contudo, nos dizeres do próprio BENATTI “A tutela concedida pelo direito romano à parte prejudicada durante as negociações pela atividade incorreta da outra era limitada e fragmentária.” (A reponsabilidade Pré contratual. Coimbra: Livraria Alamedin, 1970, pág. 12.).

² Conforme sintetiza o professor Paulo Luiz NETO LOBO “A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi, Teresina, nº 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>)

A visão clássica do contrato (e das obrigações de maneira geral)³ acaba por ser superada, passando-se a levar em conta nestes momentos valores como dignidade da pessoa humana, honestidade, lealdade, boa fé.

É neste contexto que se coloca atualmente o desenvolvimento da responsabilidade civil pré-contratual. O tema se torna cada vez mais atual, portanto, frente a todos os avanços sociais e econômicos, que influenciam a noção de contrato e de responsabilidade.⁴

O presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil pré-contratual do ângulo do rompimento das tratativas negociais, analisando os aspectos que envolvem este contato social⁵ antes da formação do contrato.

Assim, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará do direito civil constitucional, analisando em síntese a constitucionalização do direito privado, a autonomia privada e alguns aspectos da boa-fé, todos estes pressupostos para a análise da responsabilidade civil pré-contratual, haja vista o ser humano estar no centro do sistema jurídico, e apesar de existir um direito a não contratar também existe um dever de agir de boa-fé nas negociações preliminares, pois essas geram a confiança na outra parte no acordo futuro.

Na seqüência analisar-se-á a relação obrigacional como relação complexa, em que se criam diversos deveres acessórios, além do dever principal. Neste sentido se delimita o momento em que ocorrerá a responsabilidade pré-contratual diferenciando-se as negociações preliminares de figuras afins, verificando-se qual o papel da boa-fé especificamente nas negociações preliminares, e finalmente analisando-se o rompimento das tratativas negociais.

³ Vínculo jurídico entre devedor e credor.

⁴ Segundo Mário Julio de ALMEIDA COSTA “Não falta quem assinale que a contratação ou contratualidade e o progresso seguem, na história, uma interligada curva ascendente”. (Direito das Obrigações, p. 175)

⁵ O contato social que para Clóvis do COUTO E SILVA é fonte dos direitos que nascem já na relação pré-contratual. Nos dizeres de Vera Jacob FRADERA (In. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. Revista de Informação Legislativa, ano 34, n.º 136), nos trazendo a concepção do professor Clóvis “a fase pré-contratual estaria adstrita ao terreno do contato social, no qual a proximidade entre as partes não é tão próxima como um contrato já constituído, mas onde, não obstante, já é exigido um comportamento pautado pela lealdade, pela confiança, logo, cooperativo.”

Por fim, adentrar-se-á na responsabilidade pré-contratual trazendo sua evolução histórica, seu fundamento, seus elementos caracterizadores e sua natureza jurídica.

Por óbvio não se esgotará o tema, mas se buscará a partir de marcos como a re-personalização do direito privado, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da tutela da confiança sistematizar o pensamento atual sobre a responsabilidade civil pré-contratual.

2- DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.

2.1- Aspectos da Constitucionalização do direito privado

O Código Civil brasileiro de 1916 foi inspirado no modelo liberal, e assumiu os valores da burguesia emergente, quais sejam: o individualismo, o patrimonialismo (nos dizeres de PERLINGIERI⁶, a categoria do ser é subordinado àquela do ter: quem possui é), a igualdade formal, o *pacta sunt servanda*. Esta situação e a pretensa completude do Código Civil o levaram a ser considerado o centro das relações privadas. Conforme ressalta Renan LOTUFO:⁷

Esta concepção, com larga influência da cultura francesa, impregnou outras culturas e povos, tornando-se quase que regra entender-se que o direito civil estava no Código, e que nada além do Código servia à interpretação das relações entre pessoas comuns do povo.

Segundo esta concepção o Código era considerado a “Constituição do homem privado”.

Mudanças ocorreram, principalmente com a promulgação de diversas Constituições após a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais que se mostravam impregnadas pelas idéias que surgiram na sociedade. Estas Constituições deixaram de ter um caráter meramente programático e estrutural da organização do Estado, e passaram a tutelar, também, os direitos humanos e sociais, bem como a família, a economia, etc.

Ou seja, a nítida dicotomia que se tinha entre o público e o privado deixou de existir. Neste diapasão a Constituição Federal brasileira de 1988 recepcionou diversos

⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil- Introdução ao direito Civil Constitucional. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 3.ed., Ver e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁷ LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional- Cadernos I. São Paulo: Max Limonad, p. 8.

temas antes tratados no direito Civil. Nos dizeres da professora Carmen Lúcia SILVEIRA RAMOS:⁸

Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e direito privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais.

A visão do Código Civil numa posição central no sistema jurídico privado, como estatuto único e monopolizador das relações privadas, perde espaço, por não conseguir mais regular todas as situações da sociedade. O Estado interfere cada vez mais nas relações privadas, buscando atender aos anseios sociais, imprimindo uma regulação cada vez maior a vida privada, através de leis esparsas e também da Constituição que dá o arcabouço de validade dos institutos jurídicos do direito civil.

É neste contexto que surge a constitucionalização do Direito Privado⁹, ou seja, a idéia de promover a reunificação do sistema, não mais centrado na Codificação, mas na Constituição, em seus princípios e seus valores como explicita o professor PERLINGIERI:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto Constitucional.¹⁰

⁸ A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁹ Conforme GIORGIANNI, Michele citado por NANNI, Giovanni Ettore “O direito privado, assim ‘socializado’, é com certeza diverso do Direito Privado do Code Napoléon, que exauria a sua tutela, por um lado, no direito subjetivo (ou seja, sobretudo na propriedade) ou antes, no seu titular, e, por outro lado, na vontade individual, ou seja, no contrato. Mas, todavia, os institutos privatísticos tradicionais- como a propriedade, o contrato a obrigação- revelam-se insuprimíveis da atividade econômica dos particulares, tanto que lhe foram acrescentados novas expressões de autonomia privada, como, por exemplo, a empresa.” (A evolução do direito obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, in Cadernos de Direito Civil Constitucional II)

¹⁰ Ob. Cit.

Ou seja, as normas constitucionais alcançam aplicação direta e indistinta¹¹ às normas de direito privado, sendo a Constituição o ápice do ordenamento, reunificando o sistema jurídico.

A unidade do sistema é promovida através dos princípios e dos valores Constitucionais, que perpassam todo o sistema jurídico, posto a Constituição estar no topo da hierarquia legal.¹² Desta forma, “o direito de tal modo torna possível, com seus instrumentos, a transformação social”.¹³ Passa-se de um direito civil individualista para um direito civil socializado, que visa os objetivos instituídos na Constituição, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) a serem alcançados através dos fundamentos da República: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, II, III e IV).

O que se quer demonstrar aqui, portanto, é que há uma repersonalização do direito civil, em que a pessoa humana volta a centralidade do sistema.¹⁴ E, por consequência, o chamado tríplice vértice fundante do direito civil¹⁵ necessita ser relido, de forma que a visão clássica e patrimonialista dos institutos dê lugar a uma visão constitucional (solidarista e pautada na dignidade da pessoa humana) dos mesmos.¹⁶

¹¹ PERLINGIERI faz a distinção quanto aos papéis que pode ocupar a constituição na teoria das fontes: neste sentido exprime que a constituição pode ser vista como um limite às normas ordinárias; pode ser visto de acordo com tendo uma relevância meramente interpretativa; como tendo uma aplicabilidade somente indireta as relações civis; e a aplicabilidade direta. (Perfis do Direito Civil- Introdução ao direito Civil Constitucional).

¹² FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. “Nada obstante, adicione-se outro nível ao qual designamos de material ou substancial, representado por uma ‘revolução copernicana’ que vai além da organização formal do ordenamento, alcançando, pois não apenas o Código, mas também os códigos como signos culturais de um certo tempo e de um espaço localizado.”

¹³ PERLINGIERI, Pietro. Ob. Cit. p. 3

¹⁴ Constituição Federal de 1988 Art. 1º Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹⁵ Contrato, Propriedade e Família.

¹⁶ Neste sentido LÔBO, Paulo Luiz Netto “O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.” (Constitucionalização do direito privado).

O fenômeno da Constitucionalização do direito privado segue as características do Estado Social de Direito, quais sejam: a descodificação, a re-personalização, a despatrimonialização, a publicização, a igualdade material, a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido aqui trazido Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO nos afirma que:

no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana- isto é, os valores existenciais- no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do direito.¹⁷

Ou seja, os princípios existentes na Constituição de função social dos institutos e principalmente de dignidade da pessoa humana, devem perpassar todos os ramos do Direito, independente de público ou privado (até porque está distinção tem sido revista), para que estes ramos possam estar adequados à sociedade na qual se insere.

Neste sentido, a responsabilidade civil pré-contratual também deve ser repensada de acordo com este paradigma do direito civil-constitucional, respeitando a dignidade da pessoa humana¹⁸, o sentido social do direito e os demais princípios e normas constitucionais. É neste diapasão que se verá que a autonomia privada, enquanto realização da liberdade não pode mais ser vista como absoluta, bem como que os princípios contratuais clássicos devem ser integrados aos princípios inseridos pela concepção constitucional e agora pelo Código Civil de 2003, quais sejam boa-fé, função social, solidariedade.

2.2- Autonomia Privada.

¹⁷ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil 65. p.27.

¹⁸ No mesmo sentido o professor POPP, Carlyle “Na medida em que se percebe- e isto o direito europeu há anos tem percebido- a eficácia direta da constituição a todo o ordenamento jurídico, surge a necessidade de reinterpretar o sistema constitucional, inclusive à luz de regras infraconstitucionais.” (Responsabilidade Civil Pré Negocial, pág. 28).

A autonomia privada se insere no contexto constitucional como uma manifestação da liberdade (protegida constitucionalmente) e acaba sendo de grande importância para a análise da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento das tratativas. Isto porque a liberdade se projeta na seara contratual através da chamada liberdade contratual. Então liberdade contratual é a manifestação da autonomia da vontade na seara contratual, e da mesma forma que a pessoa tem o direito de contratar, de decidir o conteúdo das cláusulas contratuais, também tem o direito de não contratar, até rompendo as tratativas já iniciadas com o outro contratante. A questão que se coloca aqui é, conforme bem asseverou o professor Carlyle POPP¹⁹:

o querer negativo no sentido de abster-se de firmar um negócio jurídico também é um ato de liberdade, de autonomia privada. A questão cerne do tema reside exatamente nos limites deste autogestionamento negativo.

Sobre a autonomia privada ensina PERLINGIERI²⁰ que a mesma “não pode ser determinada em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência”. E continua o ilustre civilista afirmando que a autonomia pode ser entendida como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos- em qualquer medida- livremente assumidos”.²¹

A autonomia privada foi inicialmente formulada como sendo uma expressão do liberalismo econômico, em que a liberdade individual ganhava uma importância até certo ponto exacerbada.

Na verdade, a autonomia privada, ou a liberdade contratual do indivíduo não é absoluta, e nem poderia ser, pois está o agir do indivíduo limitado pela moldura

¹⁹ POPP, ob. Cit. p. 219.

²⁰ Perfis de Direito Civil Constitucional, p. 17.

²¹ Ob. Cit. p. 17.

previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico. Conforme afirma o professor FACHIN:²²

A expressão da autonomia privada é uma manifestação de poder. O poder, nesse caso, é de criar relações a que o direito empresta validade. Essa conformidade com o ordenamento jurídico impõe os quadrantes da autonomia privada: a lei somente chancela o negócio que não ultrapasse a moldura da juridicidade.

E da mesma forma o professor Paulo NALIN:²³

A esse poder de livre manifestação e regulação dos interesses se atribui o nome de autonomia privada. Saliente-se que os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes são aqueles, a meu ver, pré-dispostos na moldura jurídica, mesmo que esta somente estabeleça princípios orientadores ou ditames gerais.

Assim, este poder de regulamentação dos interesses privados sofre limitações, a liberdade individual é limitada em prol da sociedade. Esta lição é apreendida já das lições de OLIVEIRA ASCENSÃO:²⁴

O homem não está isolado. A autonomia exerce-se em relação aos outros. E exerce-se muito freqüentemente com os outros. Surgem-se assim as formas de colaboração. O instrumento típico para realização desta cooperação é o contrato.

Sobre o tema assim asseverou o professor FACHIN:²⁵

A autonomia privada não vige sobre a égide da irrestrita liberdade negocial na época contemporânea. A inspiração derivada do princípio da função social que impregna os institutos jurídicos traz consideráveis seqüelas limitantes à autonomia privada.

Esta limitação é dada, por conseqüência, pelo próprio ordenamento jurídico pelo desenho constitucional que é dado a autonomia privada e também pelas normas infra-constitucionais que restringem a autonomia.²⁶ Orlando GOMES²⁷ nos ensina que:

²² FACHIN, Luiz Edson. O novo conceito de ato e negócio jurídico, p. 56.

²³ NALIN, Paulo. Do contrato- conceito pós moderno, p. 162.

²⁴ Teoria Geral do Direito Civil, 1991, p. 13.

²⁵ O novo conceito de ato e negócio jurídico, 60.

²⁶ Segundo o professor Francisco AMARAL “*Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes*” (Direito civil- Introdução.)

²⁷ Transformações gerais do direito das obrigações, 1890, p. 45.

A crescente complexidade da vida econômica exigiu para as relações de produção e de troca novos instrumentos jurídicos e a esfera da autonomia privada vem encolhendo na medida em que o estado interfere na economia, dirigindo-a ou substituindo o empresário privado.

Portanto, as noções de autonomia privada são revistas e limitadas com a constitucionalização do direito privado, devendo sempre ser sopesada a autonomia privada em face de interesses sociais protegidos pela constituição.

No que tange a responsabilidade pré-contratual e a liberdade de não contratar, rompendo as tratativas já iniciadas (fruto da autonomia privada), deve-se rever este instituto à luz dos princípios constitucionais. Isto porque como se verá o rompimento das tratativas não pode ser visto como um direito absoluto da parte, pois deve obedecer as limitações impostas pelo próprio sistema, inclusive àquelas provenientes de princípios e valores elegidos pelo constituinte, para que se respeite a boa-fé das partes que entram em negociações e a confiança da parte na seriedade das negociações preliminares.

2.3- Aspectos a boa-fé.

A autonomia privada, portanto, como se viu na seção anterior, não é absoluta, mas deve ser limitada pelo próprio ordenamento. Neste sentido a boa-fé é vista no sistema jurídico como um dos limites impostos à autonomia, se colocando como um princípio informador de todo o sistema jurídico privado, devendo incidir também no momento pré-contratual.

Assim, faz-se necessário analisar a boa-fé²⁸, suas modalidades, suas funções, para que se possa entender o que vincula as partes no momento anterior a conclusão do contrato e o motivo da possibilidade de rompimento das tratativas não ser absoluto.

²⁸ A boa-fé, conforme leciona COUTO E SILVA “A boa fé possui múltiplas significações dentro do direito.”(A Obrigação como processo).

A boa-fé esta inserida em nosso ordenamento jurídico como um princípio geral do direito privado, ao lado da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade. Portanto a boa-fé decorre propriamente dos valores captados pela Carta Constitucional de 1988²⁹ advindos dos anseios da sociedade.

Ocorre, porém que a boa fé não se encontra expressamente inserida na Carta Constitucional. Todavia, ainda que não escrita expressamente à expressão boa-fé no texto constitucional, isto não retira sua juridicidade ou sua força normativa.

Constitucionalmente a boa-fé deriva da dignidade da pessoa humana, neste sentido preleciona Teresa NEGREIROS:

o princípio da boa-fé atual nesta ordem de idéias, como instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é do que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional.³⁰

No âmbito contratual a boa-fé está também inserida expressamente nas normas infra-constitucionais. No art. 422 do Código Civil brasileiro, por exemplo, se assevera que "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé."

Apesar de um inegável avanço a presença expressa de dispositivo falando da boa-fé no código civil brasileiro, o artigo não mostra a amplitude da atuação do princípio nas obrigações. Isto porque o artigo não fala em momento algum nos momentos pré-contratuais, ou mesmo do momento pós-contratual³¹.

Comparando o art. 422 do CC brasileiro³² a outros artigos da legislação estrangeira percebe se que ele seguiu a orientação do § 242 do BGB³³ alemão na

²⁹ Uma sociedade livre justa e solidária, mediante a erradicação da pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades.

³⁰ Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé, p. 270.

³¹ Antônio Junqueira de AZEVEDO elencando as insuficiências do disposto na lei assim se pronunciou : "Segunda insuficiência: o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até a sua execução. Sempre digo que o contrato é um certo processo em que há um começo, prosseguimento, meio e fim. Temos fases contratuais — fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual." (Projeto do Código Civil- A Boa fé nos contratos, disponível em <www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 15 de jul 2004, 12:25.15).

³² Conforme Antônio Junqueira de Azevedo a boa fé estaria referida somente em três momentos no Projeto de CC A presença da boa-fé no Projeto está em três artigos: em um sobre o exercício de direito, em outro sobre interpretação

redação dada ao tema da boa-fé. Em outros ordenamentos há previsão expressa da incidência da boa-fé no momento pré-contratual, como o art. 1337 do CC italiano³⁴ e o art. 227 do CC português,³⁵ ressaltando que a boa fé nestes dois ordenamentos é positivada também em outros dispositivos.

A respeito do conteúdo do princípio da boa fé, a primeira idéia que deve ser trabalhada é a de distinção entre boa-fé subjetiva e boa fé objetiva.

A boa fé subjetiva somente percebe o fenômeno da boa fé em seu aspecto interno, psíquico³⁶. Nos dizeres de Judith Martins-COSTA:³⁷

A boa fé subjetiva denota, portanto, primeiramente, a idéia 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 usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente).

Por sua vez a boa fé objetiva seria o agir conforme um padrão admitido pela sociedade como sendo de boa fé. Ou seja, não se avalia a boa-fé somente por um

— como se deve interpretar os negócios jurídicos — e no que me diz respeito boa-fé nos contratos, no art. 421, cujo texto é o seguinte: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. (Projeto do Código Civil- A Boa fé nos contratos, disponível em <www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 15 de jul 2004, 12:25.15).

³³ § 242- “O devedor está obrigado a efetuar a prestação como exigem a fidelidade e boa-fé em atenção aos usos do tráfico.”

³⁴ Art. 1337 do CC italiano: “As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.”

³⁵ Art. 227 do CC português “1- Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

³⁶ TJPR, autos 1681199400. Ementa: DECISAO: ACORDAM OS SENHORES DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA SEGUNDA CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELACAO, CONFIRMANDO A SENTENCA EM SEDE DE REEXAME NECESSARIO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. EMENTA:APELACAO CIVEL E REEXAME NECESSARIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUCAO FISCAL DISTRIBUIDA DEPOIS DA ALIENACAO DO BEM - PENHORA INEFICAZ - INEXISTENCIA DE ALIENACAO FRAUDULENTA - NAO INCIDENCIA DO ARTIGO 185 DO CTN - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA - BOA FE DOS ADQUIRENTES - VERBA DE SUCUMBENCIA MANTIDA NA FORMA FIXADA - CAUSALIDADE - DECISAO CORRETA - RECURSO VOLUNTARIO NAO PROVIDO - SENTENCA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSARIO. ALIENACAO DE BENS FEITA POR QUEM NAO SE ENCONTRA EM DEBITO COM A FAZENDA PUBLICA E TENHA ADQUIRIDO O BEM, OBJETO DE PENHORA AINDA NAO REGISTRADA, AMPARADA PELA BOA-FE, NAO VIOLA A REGRA DO ARTIGO 185 CTN - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (STJ- RESP 46910-SP, 2A T, REL. MIN. PECANHA).

³⁷ A boa fé no direito privado, p. 411-412.

aspecto interno, mas realça o aspecto externo da boa-fé, o agir das partes (utiliza-se um padrão de comportamento admitido pela sociedade como sendo de boa-fé, são utilizadas para caracterizar este padrão expressões como 'bom pai de família', 'homem médio'). Conforme afirmação de Judith Martins-COSTA:³⁸

ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e principalmente, na consideração para com os interesses do "alter", visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.

Portanto, é um padrão de conduta que passa pela lealdade³⁹ e pela cooperação⁴⁰.

A boa fé objetiva, assim, agirá também nas negociações preliminares, devendo ela informar este momento contratual, incidindo sobre o agir das partes⁴¹.

São imputadas normalmente a boa fé objetiva três funções, quais sejam: a função integrativa hermenêutica, a de limitar o exercício dos direitos subjetivos e a de criação de deveres jurídicos⁴². Portanto, para que possamos analisar a boa fé como princípio geral incidente também nas negociações preliminares, analisaremos ainda que de maneira sucinta estas três funções por ela exercida.

³⁸ A boa fé no direito privado, p. 413.

³⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A Boa fé nas negociações preliminares. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 5, n.º 16, p. 51: "Na verdade, porém, a boa fé no sentido de lealdade e confiança recíprocas, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos."

⁴⁰ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A ética e a boa-fé no adimplemento contratual. In: Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.

⁴¹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2003, pág. 456 "A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não-interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria-prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada"

⁴² Conforme Teresa NEGREIROS "As diversas funções atribuídas ao aludido princípio – doutrinariamente definidas como as de **cânone interpretativo-integrativo e de norma de criação de deveres jurídicos e de limitação ao exercício de direitos subjetivos** – podem então ser analisadas conjuntamente segundo uma perspectiva constitucional. A perspectiva civil-constitucional configura o dever de boa-fé como uma especificação do princípio da dignidade humana, em conformidade com os fundamentos e os objetivos constitucionalmente previstos no campo da ordem econômica". (Fundamentos de uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, p. 282).

2.3.1- função integrativa hermenêutica.

Esta função visa analisar o negócio jurídico de forma a completar lacunas e uniformizar a jurisprudência levando-se em conta a boa-fé. Nos dizeres de Clóvis do COUTO E SILVA⁴³ *“Não se pode negar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé.”*

Neste sentido Judith Martins-COSTA diz que esta função é vista como a via adequada para a valoração pelo juiz do plano do legislador, pois *“na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um conjunto significativo, partindo para tal escopo, do complexo contratual”*.⁴⁴ Assim, acaba o juiz por aclarar o sentido do negócio jurídico e os deveres das partes (ainda que não expressos), pautado na boa-fé e considerando o contrato como uma totalidade. Analisam-se as regras contratuais como um conjunto, bem como qual à vontade das partes de acordo com a boa-fé.

Então a boa-fé se coloca como mais um elemento para a interpretação de normas jurídicas, segundo a finalidade com que está inserida no ordenamento a regra. Este é o sentido que deve ser aplicado às normas jurídicas, como por exemplo, o art. 112⁴⁵ do CC em que deve se analisar a intenção das partes na declaração de vontade, e esta intenção têm que estar de acordo com a boa-fé.

2.3.2- função de limitação no exercício de direitos subjetivos.

Esta função vê a boa-fé como sistematizadora das hipóteses de inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos. Conforme Judith Martins-COSTA

⁴³ Obrigação como processo, p. 32.

⁴⁴ Ob. Cit., p. 430.

⁴⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

“Sob esta ótica, apresenta-se à boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”.⁴⁶

Alguns exemplos desta função da boa-fé, classicamente colocados pela doutrina, são a proibição de *venire contra factum proprio*, o *tu quoque*, dentre outros. A proibição de *venire contra factum proprio*, também chamado de teoria dos atos próprios, se caracteriza por seus dois aspectos, o positivo e o negativo. Sob um aspecto positivo é a exigência de atuação com coerência, já sob um aspecto negativo pode ser visto como expressão da confiança gerada pelo agir anterior da parte em contradição com o exercício de uma posição jurídica. Já o *tu quoque* da doutrina francesa seria a impossibilidade da parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte da mesma obrigação.

2.3.3- função de criação de deveres jurídicos.

A doutrina indica que em cada relação obrigacional existiriam os chamados deveres principais (ou deveres primários de prestação), os deveres secundários (acessórios ou autônomos), e o que nos interessa aqui os deveres acessórios de conduta (deveres instrumentais ou laterais ou de tutela). Estes deveres acessórios de conduta são pautados no agir das partes de boa-fé.

Antunes Varela distingue estes deveres de conduta dos outros deveres antes elencados por eles poderem surgir antes ou depois de se ter constituído a relação obrigacional, ou mesmo independentemente da constituição da relação obrigacional. Ainda, afirma o autor português que os deveres de conduta podem ter como titular ativo pessoa estranha a relação obrigacional, e quanto a disciplina jurídica que “a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar, como vimos, à acção

⁴⁶ A boa fé no direito privado, p. 457.

judicial de cumprimento própria dos deveres de prestação. Mas a sua violação pode obrigar à indemnização dos danos causados”.⁴⁷

Estes deveres incumbiriam tanto ao credor quanto ao devedor e visam “ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção à identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”.⁴⁸

Os deveres aqui tratados não derivariam somente da boa-fé, mas também da lei, ou cláusula contratual. Ainda assim, demonstra o relevante papel da boa-fé também na criação de deveres de conduta que podem preceder o vínculo obrigacional, ou seja, deveres que podem estar presentes no momento pré-contratual. E no caso de violação destes deveres no momento pré-contratual, pode ser criada a obrigação de indenizar, ou mesmo a violação dar origem à resolução do contrato.

Exemplificativamente teríamos como deveres de conduta: dever de informação⁴⁹, dever de segredo, dever de proteção⁵⁰, dever de lealdade, dentre outros.

⁴⁷ Das obrigações em geral, v. I, p. 129

⁴⁸ COSTA, Judith Martins. Da boa-fé no direito privado. P. 440.

⁴⁹ No âmbito das relações de consumo o art. 46 do CDC.

⁵⁰ Responsabilidade pela integridade física e patrimonial do outro contratante.

3- RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA.

3.1- Negociações preliminares.

A formação do contrato pode ser entendida como um processo, em que uma sucessão de atos se destinam a um determinado fim (a realização do objetivo contratual). Isto demonstra que a vontade não se obtém de maneira instantânea⁵¹. E ao se entender a formação contratual como um processo pode-se chegar à identificação de fases na formação do contrato, de acordo com o agrupamento de elementos que a compõem.

Neste sentido poderiam se separar em três fases distintas o contrato: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual. Para este trabalho vai nos interessar o momento pré-contratual (que se inicia com as negociações preliminares e vai até a formação do contrato), em que ainda não há um vínculo formal entre as partes, mas que, ainda assim, podem ser causados danos, e que neste caso deverão ser ressarcidos, de acordo com a responsabilidade civil pré-contratual. Por isso, se faz necessária a análise desta fase, de modo a se delimitar o período em que ocorrendo dano o mesmo poderá ser caracterizado como pré-contratual, bem como se explicitar o papel da boa-fé neste momento contratual, para que se possa analisar quando que o rompimento das tratativas implicará em responsabilidade pré-contratual, e quando a ruptura vai poder ser entendida como sendo o exercício regular de um direito.

Sobre a fase pré-contratual GHESTIN citado por Enéas Garcia COSTA assim a define:

⁵¹ Ainda que o contrato possa ser formado instantaneamente, com os chamados contratos de adesão e o fenômeno denominado de massificação dos contratos. Neste sentido observa Carlyle POPP “ainda que aparentemente somente alguns negócios jurídicos sejam precedidos por uma fase de negociação, não é o que acontece. Nem sempre contudo ela é extermada... Logo, este mecanismo, proposta e aceitação, revela, também, ainda que em caráter latente, um aspecto preparatório de cada uma das partes no que tange ao negocio celebrado.”(Responsabilidade Civil Pré-Negocial).

Entre a iniciativa que constitui a entrada em negociações, ou a oferta, e a conclusão do contrato, se situa, freqüentemente, um período pré-contratual que pode ser às vezes de longa duração. A complexidade dos contratos modernos, os estudos que eles exigem a fim de conhecer não somente os dados de fato, mas também as regras de ordem pública aplicáveis, as autorizações freqüentemente necessárias, notadamente em matéria de cambio e urbanismo, se conjugam para prolongar o período pré-contratual.⁵²

E mesmo esta fase pré-contratual pode ser dividida em quatro momentos, quais sejam: o período da ideação (de elaboração psíquica interna, na consciência das partes), as negociações preliminares, a proposta e a aceitação.⁵³ O momento que a parte exteriorizaria sua elaboração, sua vontade⁵⁴ é com as negociações preliminares, ressalvando-se, contudo, que a vontade pode ser exteriorizada diretamente com uma proposta, mas que para assim ser considerada precisará atender alguns requisitos, conforme se verá, tendo em vista que a proposta vincula a parte e exprime a vontade da parte a respeito da formação do contrato.

Nos dizeres de Maria Helena DINIZ “as negociações preliminares nada mais são do que conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro”.⁵⁵

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO afirma que:

A fase das negociações, também chamada de negociações preliminares, ou, simplesmente preliminares, é aquela em que as partes desenvolvem contactos bilaterais tendentes à formação da vontade contratual em termos de acordo. Podemos considerar que a fase das negociações se estende desde a primeira abordagem entre as partes, com o fito de contratar, até a emissão da proposta contratual.⁵⁶

O que fica claro, portanto, em todos estes autores, é que a formação do contrato percorre um “*iter*” formativo que poderá ser maior ou menor. Em se tratando de

⁵² GARCIA, Enéas. Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé. P. 17.

⁵³ Antonio Chaves divide em três momentos: ideação, período exterior (que se concretiza com a proposta) e período que a proposta é posta em movimento. Por sua vez Carlyle POPP divide as negociações preliminares em fase negociatória e fase decisória. E por sua vez estes dois estágios estariam inseridos em três etapas: inicial, intermediária e final, que concluiria-se com a formação do contrato ou com o fim das negociações.

⁵⁴ Seja de forma expressa, seja pelo comportamento concludente.

⁵⁵ Tratado teórico e prático dos contratos, v. I, p. 66.

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO. Direito das obrigações, p. 437.

mera negociação preliminar não há um vínculo jurídico entre as partes, mas há uma relação de mútua confiança⁵⁷.

3.1.1- proposta

A proposta para o professor Carlyle POPP seria o início da fase decisória das negociações preliminares. A importância da distinção entre a proposta e as negociações preliminares reside no fato da responsabilidade por retirada injustificada ter efeitos diversos nos dois casos, e ser segundo afirma o professor POPP uma “zona limítrofe entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade pré-negocial”.⁵⁸ Ou seja, com o desenvolvimento das tratativas a confiança das partes na realização do contrato aumenta.

Ainda, as negociações preliminares podem se iniciar com a proposta, mas esta situação, apesar de ser a mais comum, comporta exceção. Nos dizeres de Antônio CHAVES: “Enquanto a proposta e a aceitação são elementos necessários para a formação do contrato, os atos preparatórios tendem a formular a proposta ou a facilitar a aceitação e não são necessários nem estão diretamente conexos ao contrato”.⁵⁹

Assim, Orlando GOMES distinguiria as negociações preliminares da proposta, pois as primeiras “não devem ser confundidas com a proposta e a aceitação. Estas não

⁵⁷ Sobre este “*iter*” de formação do contrato, cabe trazer o entendimento da Corte de Cassação sobre o tema “como é sabido, o contrato se aperfeiçoa somente quando o acordo entre os contratantes estende-se a todas as cláusulas discutidas entre as partes; sejam elas principais ou acessórias. **Se em abstrato a formação do contrato pode ser esquematizada na verificação de apenas dois atos, a proposta e a aceitação, na prática, ao contrário, além desta hipótese verificam-se outras: as partes, com efeito, antes que uma delas formule uma proposta em sentido próprio, podem trocar uma série de declarações, que exprimem opiniões de alguma delas a respeito do conteúdo de um futuro contrato, até que com base nelas uma das partes consiga formular uma proposta; as partes podem, de outro lado, trocar uma série de propostas e contra-propostas, alcançando gradativamente o acordo sobre vários pontos que comporão o conteúdo do futuro contrato, até alcançar um ato que não contém modificações das precedentes propostas, possa ser considerado de aceitação definitiva e aperfeiçoamento do contrato**”.(GARCIA, Enéas. Ob; cit. p. 202).

⁵⁸ POPP. Ob. Cit. p. 236.

⁵⁹ Responsabilidade Civil Pré-Contratual, p. 65.

são, como aquelas, meros atos preparatórios do contrato sem caráter vinculativo, mas, sim, declarações de vontades capazes de formar a relação contratual”.⁶⁰

A proposta seria um negócio jurídico unilateral receptício, que teria como finalidade declarar a intenção do policitante de se vincular ao oblato, se este aceitar. A proposta, assim, tem que ser séria, completa, clara, inequívoca, já explicitando os elementos e as condições que o posterior contrato vai trazer. Antes disto as partes poderão se aproximar, negociar, fazer consultas, mas tudo isto se caracterizará como negociações preliminares, e não como proposta, pois esta só será assim considerada quando tiver as características antes elencadas⁶¹.

3.1.2- aceitação

A aceitação, por sua vez, é definida como sendo a declaração do destinatário de uma proposta. Ou seja, é um negócio jurídico unilateral receptício em que o oblato declara a aceitação à proposta feita pelo policitante. Ou, ainda, pode o oblato não aceitar a proposta do policitante, mas fazer uma contra-proposta dirigida a este. Neste caso, em sendo feita nova proposta deverá a mesma ser aceita pela outra parte da negociação.

As partes encontram-se vinculadas a suas declarações, mas estes compromissos parciais não geram a obrigatoriedade de se firmar o contrato, podendo haver, inclusive, a revogação da proposta, que desde que justificada, ou melhor dizendo não havendo quebra do princípio da boa-fé no agir, não gera responsabilidade.

⁶⁰ Contratos, p. 64.

⁶¹ Alguns autores vinham afirmando que a responsabilidade civil pré-contratual somente teria seu momento de início com a proposta. Como se viu a proposta é um momento específico na formação do contrato, mas antes de ocorrer a proposta propriamente dita já há uma relação entre as partes, ou nos dizeres do professor COUTO E SILVA um contato social, que não pode ficar sem a proteção do direito, mas que já deve desde logo ser protegido, de forma a resguardar a pessoa humana e valores como a confiança.

Ressalte-se ainda que como bem explicitou o professor FACHIN:⁶² “a vontade de concluir um contrato pode ser exteriorizada por diversos modos”. Ou seja, não só a expressa declaração⁶³, mas também através de uma declaração tácita, ou seja, através do comportamento concludente, e mesmo do silêncio⁶⁴ o contrato pode ser concluído. Assim, também entende a doutrina estrangeira, conforme lição do autor português Carlos Alberto MOTA PINTO:

a inequívocidade dos factos concludentes não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expreso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar com toda a probabilidade.⁶⁵

Estas hipóteses de conclusão do negócio jurídico pelo silêncio ou pelo comportamento concludente estão previstas em no direito positivo brasileiro em seu art. 111 do CC, que não tem correspondente no Código Civil de 1916. Referido artigo tem a seguinte redação:

Art. 111- O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração expressa de vontade.

3.2- Minuta e pré-contrato.

⁶² O Aggiornamento do direito civil brasileiro. In: Repensando Fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo. p. 121.

⁶³ Sobre a diferença entre declaração expressa e declaração tácita assim se pronunciou o ilustre professor português: “O critério da distinção entre declaração tácita e declaração expressa consagrada pela lei (art. 217.) é o proposto pela teoria subjectiva: a declaração é expressa quando feita por palavras, escrito ou quaisquer outros meios directos, frontais, imediatos de expressão da vontade e é tácita quando de seu conteúdo directo se infere um outro, isto é, quando se destina a um certo fim, mas implica e torna cognoscível, a latere, um autoregulamento sobre outro ponto- em via oblíqua, imediata, lateral- (<<quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam>>”).(Teoria Geral do Direito Civil, p. 425).

⁶⁴ O chamado silêncio eloqüente, portanto, tem relevância jurídica, sendo mais que uma mera omissão (um nada dizer ou nada fazer). Sobre isto o professor MOTA PINTO afirmou que “o calar pode ser uma forma de declaração como o falar ou o escreve” e continua afirmando que “o silêncio não tem qualquer valor como declaração negocial, em princípio- não é eloqüente. Só deixará de ser assim quando a lei, uma convenção negocial ou o uso lho atribuem”.(Teoria Geral do Direito Civil, p. 427-428).

⁶⁵ Teoria Geral do Direito Civil, p. 423.

Cabe também distinguir as negociações preliminares, os contratos preliminares ou pré-contratos e os acordos parciais ou minutas.

O tratamento destas figuras no âmbito das negociações preliminares se justifica, pois devido à complexidade econômica que se coloca ocorre o “surgimento de negócios jurídicos no âmbito pré-contratual”.⁶⁶

Os contratos preliminares são contratos estipulados entre as partes com o fim de obrigarem as partes à celebração de contratos futuros. A doutrina majoritária a considera, portanto, um ‘*pacto de contrahendo*’⁶⁷, ou seja, há a obrigação de concluir o contrato definitivo (obrigação de fazer). Nos dizeres de Caio Mário da Silva PEREIRA⁶⁸ “pode-se conceituar o contrato preliminar como aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde que será contrato principal”.

Apesar de ter a natureza jurídica de um contrato (dotado dos atributos de um contrato, inclusive excludibilidade) o contrato preliminar estaria inserido na fase pré-contratual, conforme leciona MENEZES CORDEIRO “De qualquer forma, podemos considerar que o contrato-promessa se encontra funcionalmente dirigido para a conclusão do contrato-definitivo. Assim sendo, justifica-se a sua inclusão no processo genético deste último”.⁶⁹ Todavia, dada sua natureza jurídica de contrato, a responsabilidade que adviria do descumprimento do contrato preliminar seria contratual, e não pré-contratual⁷⁰.

Por sua vez as minutas⁷¹ seriam os acordos parciais que as partes chegam no transcorrer das tratativas.⁷² Nos dizeres de WINDSCHEID⁷³ “minuta é um documento escrito que as partes, antes de concluir, ou de considerar concluído o contrato, redigem

⁶⁶ POPP, Carlyle. Ob. cit, p. 244

⁶⁷ Como aceito pela doutrina majoritária.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil, v. 3, p. 56.

⁶⁹ apud. GARCIA, Enéas Costa. Ob. Cit., p. 55

⁷⁰ A este respeito Judith Martins-Costa: “antes de mais, é preciso deixar claro: o campo operativo da responsabilidade pré-negocial- ou pré-contratual- não é o mesmo dos chamados pré-contratos, ou contratos preliminares, e isto por uma razão muito simples: o inadimplemento de pré-contrato, resulta em responsabilidade contratual, porque aquele constitui contrato que contém obrigação de fazer (contrair contrato definitivo), sendo esta a obrigação descumprida.” (A boa-fé no direito privado).

⁷¹ Antônio CHAVES nos traz como sinônimos de minuta: rascunho, borrão, esboço, bosquejo, plano, dentre outros.

⁷² Conforme o nos afirma Carlyle Popp se trataria de um meio termo entre as negociações preliminares e o pré-contrato. Ob. cit, p. 245.

⁷³ Citado por CHAVES, Antônio Chaves. Ob. cit. p. 71.

a respeito de acordo objetivado". Antônio CHAVES ainda faz uma distinção em minutas completas e incompletas conforme elas tenham objeto determinado, alcancem toda a matéria do contrato em formação, seja redigida por escrito contendo a subscrição das partes.

Na verdade, cada vez mais com a superação do formalismo e do nominalismo, a definição de minuta completa como sendo documento escrito poderá ser revista, fazendo-se desde logo a divisão entre minuta formal (que se adequa a definição de documento escrito, etc) e minuta em sentido material (não necessariamente documento escrito, assinado por ambas as partes, mas sim acordo entre as partes sobre determinados pontos).

Sobre os efeitos da minuta na responsabilidade pré-contratual cabe salientar o posicionamento do professor Carlyle POPP⁷⁴ em sua tese de doutoramento ao afirmar, pautado na boa-fé de ambas as partes, que:

Apesar de não poderem ser configurados como um pré-contrato, há a efetiva possibilidade de execução específica, desde que nos pontos inseridos na minuta esteja claramente configurado um caráter vinculativo, caracterizando responsabilidade pré-contratual quando o seu descumprimento for imputável.

Este posicionamento que afirma a possibilidade de execução específica neste caso, todavia, ressalta-se ainda é minoritário.

3.3- Tutela da confiança.

Todos estes momentos pré-contratuais, como asseverou Orlando Gomes não tem força vinculante⁷⁵, não surgindo delas a obrigação de contratar.

Ainda que as partes não tenham a obrigação de contratar, cabe salientar que obviamente já há um contato social entre as partes, estabelecidos numa relação de

⁷⁴ POPP, Carlyle. Ob. cit, p. 247.

⁷⁵ Vide nota 74 sobre posicionamento diverso, sobre a possibilidade de execução específica.

confiança. Então, ainda que não haja um vínculo formal estabelecido entre as partes, já emerge desta relação uma série de deveres, isto porque a obrigação não pode ser vista como mero vínculo entre o devedor que se sujeita ao credor, mas como uma relação complexa.⁷⁶

Necessário estabelecer, portanto, neste momento do trabalho, após as considerações gerais feitas no primeiro capítulo sobre a boa-fé, e depois de se analisar no que consistiria o momento pré-contratual como fase da formação do contrato, analisar-se o papel exercido pela boa-fé e pela confiança nesta fase de formação do contrato.

Primeiramente sobre a boa-fé e a confiança cumpre esclarecer que ambas ganham especial relevância na perspectiva do direito civil-constitucional, ao trazerem uma concepção socializada do direito civil e, por conseguinte, dos contratos. O agir das partes é colocado em evidência a partir do momento que valores como a honestidade, a lealdade, a solidariedade passam a ser tutelados pelo direito através da boa-fé e da confiança⁷⁷.

Além de a boa fé objetiva ter as três funções já elencadas (quais sejam: hermenêutica, limitação ao exercício dos direitos subjetivos e criação de deveres jurídicos), cria também o agir da parte a expectativa de que o futuro contrato será firmado, que as partes estão empenhadas para a mesma finalidade, ou seja, o agir das partes gera a confiança recíproca, no mesmo sentido Mário Júlio de ALMEIDA COSTA afirma o seguinte:

⁷⁶ Em que um conjunto de diferentes atos se destinam a um mesmo fim. Neste sentido a lição de ALMEIDA COSTA “deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação- tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários-, os deveres laterais (<Nebenpflichten>), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc. Todos os elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: a relação complexa, ainda designada relação obrigacional em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual.” (citado por GARCIA, Enéas. Responsabilidade... p. 14).

⁷⁷ Sobre esta abertura do sistema jurídico vale ressaltar a afirmação de Clóvis do Couto e Silva “Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética” (A obrigação como processo, p. 42) e também sobre o aspecto ético da boa-fé o pensamento de Paulo NALIN “O estudo do tema – boa-fé – desvinculado de um certo liame ético, pode-se afirmar, é um erro, pois inegável a natureza moral e social do princípio”.(Ética e boa-fé no adimplemento contratual, p. 206)

tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e , por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.⁷⁸

Então, a representação gráfica feita por BENATTI de que 'relação pré-contratual = relação de confiança' se mostra de acordo com o paradigma atual do direito brasileiro.

Tutela-se, portanto, a confiança enquanto são legítimos os interesses das partes contratantes, ela enquanto reflexo da boa fé no agir das partes no momento pré-contratual. A violação, portanto, dos deveres laterais (ou anexos, ou instrumentais) do contrato, criados a partir da cláusula geral da boa-fé, importam não só violação do aludido princípio criador, mas também numa quebra da confiança das partes⁷⁹.

Esta confiança não nasce com o simples iniciar das tratativas, mas com o agir da parte durante este momento⁸⁰. Neste sentido já se pronunciaram Guido PATTI & Salvatore PATTI:

resulta exata a constatação de uma máxima de experiência segundo a qual <o início de uma tratativa não autoriza ninguém a ter esperança sobre seu êxito positivo> com efeito, somente o progredir das tratativas pode caracterizar o fato idôneo a justificar o convencimento de uma das partes na conclusão do contrato.⁸¹

⁷⁸ citado por FACHIN, Luiz. *Aggiornamento...*, p. 134.

⁷⁹ Sobre a ligação entre a confiança e a boa-fé relevante o ensinamento de Paulo NALIN de que "A confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não só porque se louva dos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos, como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realiza em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial". (Do Contrato: conceito pós moderno, p. 154).

⁸⁰ Este seria o caso, por exemplo, da Apelação Cível 591028295 do TJRS que é referido pela doutrina nacional como um marco e chamado de caso dos tomates, em que por conta de uma mudança na política da empresa (causada por mudanças no mercado de extrato de tomates), não seria mais comprados os tomates produzidos pelos agricultores do RS, cuja ementa seria a seguinte: 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 industrializa-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre frustração da expectativa da 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 congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.

⁸¹ Citado por GARCIA, Enéas. *Ob. Cit.* p. 200.

3.4- Ruptura das tratativas.

Faz parte do conteúdo da liberdade no âmbito dos contratos a possibilidade de firmar contrato, e também o aspecto negativo desta liberdade, ou seja, a possibilidade de não se vincular. É, esta liberdade, um direito das partes oriundo da autonomia privada. O pensamento clássico via este direito como absoluto, por ainda não existir vínculo entre as partes.⁸²

Todavia, conforme já salientado anteriormente, a autonomia privada comporta limitações, não sendo ela absoluta. Neste sentido na fase das tratativas há uma oposição entre a liberdade contratual (autonomia privada) e a boa-fé (confiança proveniente de um dever de lealdade entre as partes). O recesso das tratativas pode ocorrer, a questão que se coloca é o estabelecimento de um limite, pautado na boa-fé, desta liberdade de não contratar⁸³.

Via de consequência, a retirada da parte das tratativas pode ser legítima, quando for justificada (por exemplo, no caso da outra parte ter rompido deveres laterais ou instrumentais, como o dever de sigilo, ou de proteção), ou ilegítima, quando for injustificada⁸⁴. Ressalte-se ainda que há entendimento ainda que minoritário na doutrina brasileira de que:

⁸² Representante desta linha de pensamento é CARVALHO SANTOS que afirma enfaticamente “qualquer das partes pode livremente romper as negociações, ainda que a outra estivesse convencida de que o contrato se realizaria, mesmo porque as negociações prévias são havidas como uma mera tentativa, revestida de um caráter provisório.” (Código Civil brasileiro interpretado. vol. XV).

⁸³ PRATA, Ana citada por GARCIA, Enéas, ob. Cit. p. 199. “Esta liberdade de desistência, inerente aos preliminares de qualquer contrato, e sem a qual nenhum sujeito jurídico correria o risco de encetar negociações, tem, porém, de sofrer a medida de restrição que a legítima e razoável confiança criada na contraparte pelo avanço das negociações justificar. É que, se a salvaguarda de um amplo espaço de liberdade aos sujeitos nos contactos preparatórios de um negócio jurídico é necessária à fluidez do tráfego jurídico, o estabelecimento de limites normativos à manifestação do arbítrio lesivo é, também ele, essencial à segurança de tal tráfego, valor sem cuja tutela muitas vezes se tenderia a evitar iniciativas criadoras de riscos, assim deixando de se celebrar negócios.”

⁸⁴ Nesta linha o acórdão do TJRS, autos de Apelação n.º 598209179: **EMENTA: RESPONSABILIDADE PRE-CONTRATUAL OU CULPA IN CONTRAHENDO. TENDO HAVIDO TRATATIVAS SERIAS REFERENTES A LOCAÇÃO DE IMÓVEL ROMPIDA PELA REQUERIDA SEM JUSTIFICATIVA E SEM OBSERVÂNCIA DOS DEVERES ANEXOS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, CABE INDENIZAÇÃO. LÍCOES DOUTRINARIAS. APELO PROVIDO EM PARTE.** (Apelação Cível N.º 598209179, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado em 19/08/1998)

a violação da boa-fé pode ocorrer mesmo se a ruptura for legítima, pois às vezes, a intensidade da confiança existente entre elas determina o dever de reparar as despesas sofridas pelo ingresso em negociações. É uma aplicação do princípio da boa-fé conciliado com a justiça contratual.⁸⁵

Porém esta seria uma possibilidade excepcional. O exemplo dado pelo autor é quando a negociação não se concretizou porque as partes não chegaram a acordo sobre o preço, por exemplo, pois neste caso seria um justo motivo para não contratar, mas que dependendo da situação concreta e do grau de confiança poderá ser uma situação indenizável. Não parece, porém, se tratar de rompimento legítimo indenizável esta hipótese. No caso deve haver indenização sim, mas somente quando a parte deixar de contratar agindo contrariamente a boa-fé e ferindo a confiança depositada pela outra parte.

O fato da justificativa para o recesso⁸⁶ das tratativas ser legítima não permite uma análise subjetiva da justificativa, muito pelo contrário, pois deve ser analisada a questão da confiança no caso concreto, analisando a situação fática colocada, a natureza do negócio jurídico, as características das partes envolvidas⁸⁷. Muito menos é de se falar que toda vez que haja o recesso nas negociações está a parte obrigada a revelar seus motivos.

A doutrina elenca algumas hipóteses de rompimento das tratativas em que se pode reconhecer o comportamento injustificado (censurável) da parte, que passaremos a noticiar.

A primeira hipótese de conduta reprovável no recesso das tratativas seria o caso da reavaliação subjetiva sobre a conveniência do contrato. Outra hipótese, decorrente da primeira, seria a de recesso das tratativas para contratar com terceiro que oferece melhor preço. Em ambos os casos pode haver uma violação da confiança

⁸⁵ POPP, Carlyle. Ob. Cit. p. 262.

⁸⁶ “Não há absoluta necessidade, ainda que seja recomendável, que a parte que abandone as tratativas informe a outra dos motivos que a conduziram neste sentido”. (Carlyle POPP. Ob. cit, p. 262).

⁸⁷ “Da perspectiva exposta descende o caráter necessariamente objetivo que deve ter o ‘affidamento’: para ser razoável e, como tal, juridicamente relevante, o ‘affidamento’ na conclusão do contrato deve apoiar-se sobre elementos subjetivos, de caráter não equívoco, não podendo-se fazer referência, a fim de considerar inserido o legítimo convencimento da conclusão no futuro contrato, ao simples estado psicológico dos sujeitos agentes.” (RICHTER, Giorgio Stella citado por GARCIA, Enéas. Ob. Cit. p. 201)

(dever de lealdade existente entre as partes) da parte na conclusão do projeto contratual.⁸⁸

Outro caso seria a da parte que desiste do contrato por conta de alguma inimizade surgida entre as partes, que seria injustificada no caso de ter sido criada como mero pretexto pela parte desistente. Regis FICHTNER PEREIRA nos ilustra a hipótese de recesso para contratar com terceiro a quem se pretende favorecer, que por ser uma consideração de ordem pessoal seria injustificada, contrária à confiança já fundada na contra-parte. Ainda seria hipótese de rompimento das tratativas injustificada àquela da parte que a partir do momento que percebe que o contrato não se realizará não avisa a contra-parte, e continua nas negociações, ocorrendo, portanto, ofensa ao dever de lealdade e a confiança existente entre as partes. Por fim, a doutrina nos traz a hipótese de modificação do projeto contratual, após já ter havido a concordância da contra-parte. Neste caso a modificação do projeto para uma situação mais gravosa, faria com que ocorresse a desistência nas negociações,⁸⁹ havendo quebra da regra geral de boa-fé.

⁸⁸ Nos dizeres de FICHTNER PEREIRA “o dever de lealdade entre as partes envolvidas em negociações mais complexas, e que atingiram um maior grau de comprometimento entre as partes, exige que, intervindo um terceiro com melhor oferta, seja dada ciência dessa oferta ao outro contraente, para que a ele seja facultado realizar o negócio nas mesmas condições.”(ob. Cit. p. 348).

⁸⁹ Sobre esta última hipótese assim se manifestou ANA PRATA “inesperada e objectivamente infundamentada alteração do projecto contratual, já negociado e acordado, e a responsabilidade de constituir-se-á tanto nos casos em que a motivação da alteração tenha sido a de, pela gravosidade e carácter surpreendente das novas exigências, levar a contraparte à desistência do contrato, como naqueles em que tenha sido a imponderação ou incúria do negociador a explicar que só nesse momento se tenha apercebido da vantagem de reformular o clausulado contractual”. (citada por GARCIA, Enéas. Responsabilidade Pré e Pós Contratual à luz da boa-fé, p. 209).

4- RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL.

4.1- Evolução histórica.

A primeira notícia que se teve de questões envolvendo a “*culpa in contrahendo*” aparece em um texto do jurista romano Cícero que narra a história de Cânio e Pizio. Pizio banqueiro siracusano, sabendo do desejo de Cânio de adquirir uma casa de veraneio em Siracusa o convida para cear em sua casa (que ficava situada perto do mar). Antes da ceia Pizio recomendou que pescadores da localidade comparecessem a sua casa, no momento da ceia, oferecendo grande quantidade de peixes. No momento do banquete os pescadores compareceram trazendo grandes cestos com peixes, e o anfitrião afirmou a Cânio que aquela conduta era usual. Com isto, Cânio maravilhado insistiu para comprar a casa, o que acabou acontecendo. E no dia seguinte à compra Cânio esperou em vão os pescadores.

Apesar desta primeira notícia histórica do tema, esta questão era tratada no direito romano como uma hipótese de anulação do negócio pautada no dolo. Como nos afirma Enéas GARCIA:

em que pese haver no exemplo citado um caso típico de violação do dever de lealdade, cabe ressaltar que no caso a matéria mais aproxima-se do dolo, e nesse sentido foi tratada. O instituto do dolo como forma de anulação do negócio já era conhecido dos romanos e a solução do problema não leva em conta, propriamente, a questão da responsabilidade pré-contratual, mas sim o desvio da manifestação de vontade em razão do comportamento da parte contrária.⁹⁰

Neste mesmo sentido ainda cabe ressaltar a afirmação de Francesco BENATTI de que “a tutela concedida pelo direito romano à parte prejudicada durante as negociações pela atividade incorrecta da outra era limitada e fragmentária”.⁹¹

⁹⁰ Ob. Cit., p. 245.

⁹¹ A responsabilidade pré-contratual. p. 12.

Foi somente em 1861 que a questão da responsabilidade pré-contratual foi enfrentada de maneira sistemática, por Rudolf VON IHERING⁹². A questão que buscava responder o autor alemão em seu ensaio era a seguinte: se um sujeito foi causa, por culpa sua, de nulidade de um contrato, deve ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do contrato.

IHERING busca a partir dos institutos do direito romano a solução para a questão colocada. A conclusão a que chega o insigne jurista alemão é 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 dano”.⁹³

Apesar da restrição da apreciação do tema pelo autor alemão aos casos em que tenha ocorrido a nulidade do contrato, IHERING teve grande importância no desenvolvimento do tema principalmente por apreciar a existência dos deveres principais e acessórios, e principalmente pela distinção entre interesse positivo e interesse negativo no contrato⁹⁴.

Seguiram-se as análises de IHERING e de outros doutrinadores como do italiano Gabriele FAGGELA que foi o primeiro a se referir à possibilidade de indenização pelo rompimento das negociações preliminares em seu trabalho intitulado ‘*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*’ de 1906. Neste trabalho o autor italiano destaca o momento anterior a formação do vínculo contratual. O autor italiano admite que o fato de se entrar em negociações é colocado sob a proteção do direito. Sustenta o autor que haveria um acordo tácito entre as partes, ao entrarem em negociações, destinado à formação do contrato. E que a

⁹² Récio CAPELLARI em seu *Responsabilidade Pré contratual* nos traz a notícia de que POTHIER, RICHELMANN e SCHWEPPE precederam IHERING na análise do tema. Todavia tendo os autores tratado o tema sob a ótica do erro e do dolo, sem uma visão mais aprofundada do assunto.

⁹³ GARCIA, Enéas. Ob. Cit. P. 246.

⁹⁴ Sobre as idéias de IHERING cabe trazer a síntese feita por BREBBIA “A parte danificada pela não formalização de um contrato válido tem direito a uma reparação se não houve culpa de sua parte; a indenização desse prejuízo pode corresponder ao chamado interesse positivo ou de cumprimento, que compreende tudo que o credor teria se o negócio fosse válido; ou bem, ao interesse negativo ou de confiança, consistente no dano sofrido à razão de ter acreditado na validade do negócio e que, portanto, não teria padecido se houvesse sabido que não era válido”. (apud. GARCIA, Enéas. Ob. Cit., p. 246).

retirada intempestiva e injustificada das tratativas violaria o acordo tácito das partes, sendo este o fundamento jurídico da responsabilidade.

Ainda é de se destacar o texto do autor francês SALEILLES publicado em 1907 sob o título 'De la responsabilité précontractuelle' a propôs d'une étude nouvelle sur la matière'. O autor francês escreveu seu artigo inspirado pelas idéias de FAGGELA, porém considerando que o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual era a boa-fé e a equidade, que imporiam limites para a retirada das negociações.

Percebe-se ainda que estes três autores divergem quanto à limitação da indenização nos casos de responsabilidade civil pré-contratual. Enquanto IHERING limitava a indenização ao interesse negativo, SALEILLES e FAGGELA criticavam esta posição. Todavia enquanto FAGGELA limitava os danos aos danos emergentes, o autor francês estendia a indenização aos danos decorrentes dos negócios não realizados.

Estes trabalhos influenciaram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, inclusive o Brasil. Apesar de primeiramente a responsabilidade civil pré-contratual ter sido refutada pela doutrina pátria (J. X. CARVALHO MENDONÇA, CARVALHO SANTOS, dentre outros), que entendia que as negociações preliminares não traziam nenhum direito ou dever à parte, a matéria já começou a ser tratada em alguns julgados. Cita Récio CAPPELARI alguns julgados que seriam a origem da apreciação do tema no Brasil como o acórdão 21821 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo de 1936 e também o laudo arbitral de Ruy BARBOSA sobre a responsabilidade pré-contratual do Estado. Todavia a doutrina pátria teria começado a tratar deste assunto somente com Pontes de Miranda e a obra específica de Antônio Chaves, cujo título é 'Responsabilidade Civil Pré-Contratual'.

Ainda que o tema esteja sendo tratado no direito pátrio em alguns livros, cabe salientar que vários de nossos manuais como o de Carlos Roberto GONÇALVES e de Rui STOCCO sequer mencionam a responsabilidade pré-contratual.

4.2- Noção de responsabilidade civil pré-contratual e seu fundamento.

As hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual não se restringem à hipótese de rompimento das tratativas. Daí advém a dificuldade encontrada para definição exata do instituto, e também das definições trazidas pela doutrina. Antes, portanto, de trazer à baila algumas noções dadas pela doutrina sobre a responsabilidade civil pré-contratual, faz-se necessário delimitar quais seriam as hipóteses abrangidas pelo instituto.

Régis FICHTNER PEREIRA elenca as seguintes hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual:

- a) quando tenha havido ruptura injustificada das negociações contratuais,
- b) quando durante o desenrolar das negociações um dos contrataentes venha a causar danos à pessoa ou aos bens do outro contraente,
- c) quando tenha ocorrido o estabelecimento de contrato nulo ou anulável e um dos contraentes conhecia ou deveria conhecer a existência do vício no negócio jurídico,
- d) quando, mesmo instaurada a relação jurídica contratual, das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados.⁹⁵

Outros autores também elencam hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual, dando maior ou menor ênfase a determinado fato⁹⁶, como revogação da proposta. Ainda assim, em síntese, a doutrina tem aceitado como sendo hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual o rompimento injustificado das tratativas, estabelecimento de contrato nulo ou anulável quando uma das partes deveria conhecer o vício, violação de um dos deveres laterais de conduta (dever de lealdade, dever de informação, dever de cooperação). Por se tratarem de hipóteses muito diversas, e que levam em consideração tanto contratos não firmados, quanto contratos firmados, ou seja, hipóteses com características muito diversas, as definições sobre o tema acabam por serem muitas vezes imperfeitas, ou mesmo incompletas.

O conceito deste instituto para TRABUCCHI considera que existiria responsabilidade civil pré-contratual quando ocorresse “a revogação injustificada da

⁹⁵ Responsabilidade civil pré-contratual. p. 102-103.

⁹⁶ Para TRABUCCHI poderá ocorrer responsabilidade civil em quatro hipóteses, seriam elas: a) quando a pessoa se comportar de má fé in contrahendo, b) quando revogue sem justificativa a proposta contratual, c) quando se retire das negociações de má-fé, d) quando não tenha dado conhecimento à contra-parte de causa de invalidade do negócio que conhecesse ou devesse conhecer. (citado por CHAVES, Antônio. Ob. Cit. p. 97.)

proposta de contrato ou quando a parte se retira das tratativas de má-fé por haver insinuado a outra parte a existência conhecida ou aquela que deveria conhecer, de uma causa de invalidade do contrato”.⁹⁷

Sobre este conceito Récio CAPPELARI faz crítica por conta da utilização do termo ‘má-fé’. Isto porque a utilização do termo boa-fé acabaria por ser mais abrangente, pois incluiria as hipóteses que se referem aos deveres laterais, por exemplo.

O autor também faz críticas as definições⁹⁸ que se referem a culpa, pois excluiria as hipóteses de responsabilidade objetiva. E as definições que se exige consentimento inequívoco às negociações⁹⁹.

Ainda, é de se destacar a o entendimento de PONTES DE MIRANDA que não se utilizou à expressão boa-fé ao tratar do tema, mas a tangenciou ao se referir ao agir das partes. Assim se pronunciou PONTES DE MIRANDA:

culpa in contrahendo é toda a 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 suporte fático (...), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios, minutas ou informes.¹⁰⁰

Atualmente, se aceita como sendo o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual, principalmente na hipótese de ruptura nas tratativas, a boa-fé objetiva que já se encontra posta desde a véspera contratual como criadora de deveres as partes contratantes. A confiança gerada nas partes devido ao agir nas negociações preliminares se torna o elemento central na aferição da responsabilidade pré-contratual. Isto porque foi superada a noção de culpa pelo rompimento das tratativas,

⁹⁷ Apud. CAPPELARI, Récio. Ob. Cit., p. 29.

⁹⁸ Incluiria-se nesta categoria de definições a de Arnold Wald que afirma que a responsabilidade civil pré contratual surge se uma das partes age culposamente causando prejuízo a outra parte.

⁹⁹ Este seria o caso da definição de SERPA LOPES que afirma estar a responsabilidade da culpa in contrahendo relacionada a casos excepcionais “onde se possa lobrigar ter havido um consentimento inequívoco, sobretudo pelos gastos e despesas realizados pela outra parte no interesse comum, em relação a um ponto das conversações, atingido já por um definitivo consentimento”.(Curso de Direito Civil. v. 3, p. 76.).

¹⁰⁰ Apud. MARTINS COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. p. 508.

prevalecendo a idéia que as partes devem agir com lealdade e cooperação neste momento.

Neste sentido, cabe ressaltar a definição que nos traz Judith Martins Costa sobre a responsabilidade civil pré-contratual, afirmando que esta existirá quando:

o comportamento de uma das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir em relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, gerando, assim, o dever de indenizar.¹⁰¹

4.3- Elementos caracterizadores.

Sobre os elementos relevantes para a caracterização da responsabilidade pré-contratual há alguns debates sobre a inclusão ou não da culpa como elemento necessário para a verificação da responsabilidade civil pré-contratual. E mesmo existem doutrinadores que fazem a distinção entre os elementos genéricos (atinentes aos casos de responsabilidade de maneira geral) e os elementos específicos necessários para a verificação da responsabilidade civil pré-contratual.

A primeira divisão feita que nos dá notícia à doutrina foi a de FAGGELA, distinção esta que também foi utilizada por SALEILLES. Estes autores dando um cunho mais objetivo a esta responsabilidade consideraram que bastaria a ocorrência de três elementos para ela ficar caracterizada, seriam eles: consentimento às negociações, a relação de causalidade e o dano patrimonial. Ou seja, estes autores

¹⁰¹ A boa-fé no direito privado, p. 486.

excluem a idéia de culpa como sendo elemento necessário a caracterização da responsabilidade pré-contratual¹⁰².

Este entendimento não é compartilhado por Antônio CHAVES, que entende serem os elementos caracterizadores: o consentimento às negociações, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, não se podendo falar em responsabilidade pré-contratual sem se falar em culpa.¹⁰³ No mesmo sentido nos traz o tratadista o pensamento de PLANIOL E RIPERT para quem:

*A ruptura de preliminares pode ocasionar responsabilidade, mas unicamente se, atendendo às circunstâncias, a ela se encontra unida a culpa. E a necessidade prática de assegurar às partes que iniciam tais preliminares uma completa liberdade de estudo e de decisão, até o próprio momento da oferta e da aceitação, leva-nos a admitir a existência daquela culpa somente com grande precaução.*¹⁰⁴

Há ainda, a divisão feita por Récio CAPPELARI que divide em elementos genéricos (aí incluídos o consentimento às negociações, o dano patrimonial, a relação de causalidade e a inobservância ao princípio da boa-fé) e elementos específicos (confiança na seriedade das tratativas e enganosidade da informação). O autor afirma que ao admitir-se a culpa como elemento caracterizador, estar-se-ia negando a existência da boa-fé objetiva ou decorrente de fato de outrem (menores, prepostos). E que, portanto, seria mais correto se falar em inobservância da boa-fé, pois esta possuiria a característica de ampliadora de conceitos, e abrangeria todas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual.

Após esta explanação sobre as divergências doutrinárias existentes sobre os elementos caracterizadores da responsabilidade civil pré-contratual, optamos por adotar a classificação que é comumente usada: consentimento às negociações, dano, culpa e nexo de causalidade. Buscaremos agora distinguir cada um destes elementos, trazendo os entendimentos doutrinários sobre cada um deles.

¹⁰² Conforme afirmou FAGGELA “Il fondamento di questa responsabilità non é dunque né in un vincolo convenzionale obbligatorio a trattare, né nella colpa del recedente, il quale opera nella leggitima sfera Del suo diritto...”(apud. CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. p. 159).

¹⁰³ Afirma Antônio CHAVES que “A verdade é uma só: a culpa é elemento caracterizador da responsabilidade.pré-contratual.” (Ob. Cit, p. 161.)

¹⁰⁴ citado por Antonio CHAVES. Responsabilidade pré-contratual. p. 162.

4.3.1- Consentimento as negociações

Conhecida lição de Carlos Alberto da MOTA PINTO nos afirma que os contratos não surgem na vida jurídica por geração espontânea. Conforme já vimos no segundo capítulo deste trabalho o *'iter'* de formação do contrato pode ser dividido em várias fases.

Para existir a responsabilidade civil pré-contratual é necessário, portanto, que tenha havido consentimento das partes às negociações, de forma a se gerar a confiança na formação do contrato. Explica-se a necessidade deste elemento caracterizador por ser possível que uma das partes resolva fazer estudos e pesquisas para verificação da viabilidade de um contrato futuro, mas não haja ainda entabulado conversas com a outra parte, ou tenha havido a recusa da outra parte em entrar em negociações.

O importante para caracterizar a existência das negociações é a qualidade do contato mantido entre as partes, pois deste contato é que nascerá a confiança no outro contraente, e na conclusão do negócio.

Este consentimento nas negociações pode ser expresso, ou mesmo implícito, se aferindo do comportamento da parte. O que interessa é as partes estarem de acordo com o início das negociações.

4.3.2- Dano

O dano para Antônio CHAVES se trata “do elemento objetivo da responsabilidade, consistindo, na perturbação compensável economicamente que a ação ou omissão culposa produz nos interesses juridicamente protegidos do prejudicado”.¹⁰⁵ O prejuízo causado pela parte, seja ele material, seja ele imaterial deve

¹⁰⁵ Responsabilidade Civil pré-contratual. p. 148.

ser ressarcido. Ressalta a doutrina, todavia, que não é qualquer dano que será ressarcível, mas somente aquele dano efetivo, certo e atual¹⁰⁶.

Há de se tutelar o interesse negativo dos contratantes, ou seja, o prejuízo decorrente da não conclusão do contrato, restituindo as partes a situação idêntica a que teriam se não houvessem entabulado as negociações.

Dentro do conceito de interesse negativo se colocariam sem dúvida os danos emergentes, àquela diminuição do patrimônio dos contratantes que não teria ocorrido se não houvessem sido entabuladas negociações que não chegaram a serem concluídas. Nos dizeres de Récio CAPPELARI:

a reparação das despesas efetivadas nas negociações, é evidente, uma vez que tais despesas representam uma diminuição efetiva no patrimônio lesado. É direito incontestado do contraente em face de sua confiança lesada imotivadamente. Alocam-se neste espaço todas as despesas efetivamente realizadas, as quais tinham como escopo a realização do futuro contrato”.¹⁰⁷

Além dos danos emergentes deve também ser indenizado o lucro cessante. Conforme redação do art. 402 do CC brasileiro “as perdas e danos abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar”. Por lucro cessante entende-se a “perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na dimensão diminuição potencial do patrimônio da vítima”.¹⁰⁸

Inicialmente a doutrina e a jurisprudência entendiam que o lucro cessante não poderia ser indenizado, pois equivaleria a ressarcir o interesse positivo da parte, o interesse em ver concluído o contrato. Este entendimento não é mais aceito, pois os lucros cessantes não se confundem com o interesse positivo. Neste sentido, Enéas Garcia COSTA:¹⁰⁹

o lucro cessante não se confunde com o interesse positivo do contrato. A parte, que demanda o lucro cessante, não pretende obter da outra parte da relação negocial aquilo que seria devido em razão do contrato frustrado ou extinto. Mas busca o

¹⁰⁶ Récio CAPPELARI nos traz lição de LALOU para quem “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. (Responsabilidade pré-contratual, p. 37)

¹⁰⁷ Responsabilidade pré-contratual. p. 130.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, p. 72.

¹⁰⁹ GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit, p. 289.

ressarcimento dos danos oriundos de um comportamento contrário à boa-fé, dano este representado pela perda de outras oportunidades de negócio.¹¹⁰

Caso trazido pelos doutrinadores para exemplificar a possibilidade de inclusão dos lucros cessantes no interesse negativo é a possibilidade de perda de uma outra oportunidade negocial com outrem devido às negociações entabuladas, mas não concluídas.

Questão mais polêmica seria a de um limite à indenização, ou seja, a possibilidade da reparação pelo rompimento das tratativas exceder o interesse negativo, de forma a ser reparado o interesse positivo, o interesse da parte no cumprimento do dever principal da obrigação. A doutrina mais atual tem aceitado que a reparação da tutela do interesse positivo pode ser buscada,¹¹¹ e inclusive o montante da reparação do interesse negativo superar o positivo¹¹², de forma que este não limita àquele.

Inclusive, conforme lição do professor Carlyle POPP a parte pode buscar a conclusão do contrato, através de uma tutela específica de obrigação de fazer dada pelo Judiciário¹¹³. Duas hipóteses trazidas pela doutrina são a do contrato já acordado dependente unicamente de forma especial para se considerar concluído, e também quando o proponente após fazer proposta obrigatória, rompe as negociações de forma a não possibilitar também a contraparte a contratar com terceiro.

Ainda, há possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial surgido nesta fase formativa do contrato, pois a violação a confiança depositada pode gerar dano moral. Exemplos trazidos pela doutrina seriam os de quebra do dever de sigilo por

¹¹⁰ No mesmo sentido Ana PRATA “Que a indenização do dano negativo compreende tanto os danos emergentes como os lucros cessantes é opinião pacífica na doutrina portuguesa.” E também Antônio CHAVES “O que importa é reconhecer a possibilidade da existência de lucros cessantes mesmo em matéria pré-contratual, não nos moldes da responsabilidade contratual, mas, pelo menos, numa proporção que venha a constituir, por um lado, uma admoestação para o pré-contratante infiel, que pagando tão simplesmente as despesas a que deu causa, não restabelece o desequilíbrio ocasionado...” (Responsabilidade Pré-Contratual).

¹¹¹ Neste sentido Récio CAPPELARI: “Diante de tais considerações, cremos que o caminho mais correto a se seguir é no sentido de considerar, em certos casos, a possibilidade de reparação do interesse positivo...”

¹¹² BENETTI, Francesco. “Por isto, o interesse negativo pode não só ser igual ao positivo, mas até superá-lo, quando a vantagem de que uma pessoa teria podido tirar de um contrato diferente que não chegou a celebrar, fosse superior àquela que lhe resultaria se tivesse celebrado um negócio válido.” (Ob. Cit., p. 167).

¹¹³ No mesmo sentido lição de Ana PRATA ao afirmar que pode já existir obrigação de contratar, decorrente do princípio da boa-fé, nos casos que o conteúdo contratual já se encontra acordado.

conta do rompimento das tratativas, ou mesmo difamações e calúnias provenientes deste rompimento.

4.3.3- Nexo de Causalidade

O terceiro elemento necessário à caracterização da responsabilidade aqui tratada seria o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a culpa e o prejuízo causado.

Conforme apregoa o professor POPP “A teoria do nexo causal é relevante na medida em que o dever de indenizar não nasce da prática do ilícito civil, mas sim, do fato deste ilícito ter gerado dano.”¹¹⁴

O dano para ser indenizável, portanto, precisa ter como causa uma ação ou omissão do agente, sendo somente indenizáveis os danos que decorrerem de maneira direta e imediatamente do agir da parte. Não sendo indenizável o dano, via de consequência, se o mesmo for futuro, ou a relação entre este e o agir da parte for remota, ou ainda se o agir tenha sido irrelevante para o dano.

A causa do dano pode ser segundo este entendimento a ruptura abrupta das negociações preliminares. Contudo esta questão deverá ser examinada no caso concreto, em que se poderão analisar as negociações preliminares e o agir das partes em seu decorrer, bem como a relação entre estas e o dano alegado.

4.3.4- Culpa

A culpa genericamente é a violação de um dever de conduta da parte¹¹⁵. Nos dizeres de Régis FICHTNER PEREIRA:

¹¹⁴ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré- negocial, p. 293.

a culpa, em sentido lato, que no caso da responsabilidade pré-contratual se exprime através da inobservância dos deveres inerentes à exigência de comportamento segundo a boa-fé, é, portanto, sempre elemento indispensável para a configuração deste tipo de responsabilidade civil.¹¹⁶

Então, tenha agido à parte com intenção de prejudicar (dolo), tenha à parte agido sem intenção de prejudicar (negligência, imprudência e imperícia) pode ser responsabilizada civilmente.

Pode haver, neste diapasão, a responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares quando a parte agir dolosamente se retirando das negociações, ou quando a parte agir culposamente neste momento, em desacordo com a boa-fé e a confiança.

No caso do tema tratado, a culpa terá uma íntima relação com a confiança e com a boa-fé das partes. Neste sentido se consideram requisitos para a responsabilidade civil pré-contratual a inexistência de justo motivo para ruptura das negociações, a criação de uma razoável confiança na conclusão do negócio. O que se analisará no caso será a boa-fé na formação do contrato, a lealdade e a cooperação que a parte deverá ter de forma a evitar prejudicar a outra parte.

Deverá ser analisada, portanto, no caso da ruptura das tratativas a existência de justo motivo para a ruptura das negociações. Pois, conforme nos adverte Régis FICHTNER PEREIRA:¹¹⁷

A existência de um justo motivo para ruptura sempre a torna legítima e livra a parte que encerrou as negociações de qualquer possibilidade de ser responsabilizada por prejuízos em que a parte contrária possa ter incorrido.¹¹⁸

Existem ainda as excludentes de responsabilidade, em que não se caracterizaria a culpa. Seriam excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva do

¹¹⁵ Nos dizeres de Carlos Roberto GONÇALVES “Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo”. (Responsabilidade Civil, p. 475).

¹¹⁶ Ob. Cit., p. 314.

¹¹⁷ Ob. Cit., p. 321.

¹¹⁸ Ressalvado o entendimento do professor Carlyle POPP (Ob. cit., p. 262) de que em alguns casos ainda que legítima a retirada das negociações pode ser a parte responsabilizada, conforme informação anteriormente trazida neste trabalho.

lesado na ruptura das negociações, e a hipótese de caso fortuito ou força maior causando perda do objeto ou impossibilidade de continuidade das tratativas. Não se verificando nestes casos a incidência de todos os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil pré-contratual, ainda que exista dano.

4.4- Natureza jurídica

Várias foram as teorias que buscaram explicar a responsabilidade pré-contratual e sua natureza¹¹⁹. De todas as teorias as que ganharam mais adeptos e geram certa controvérsia até hoje são a da responsabilidade civil contratual, a da responsabilidade civil extracontratual, e a teoria que considera a responsabilidade civil pré-contratual como sendo um "*tertium genus*". Tendo em vista a maior relevância destas três passaremos a analisá-las.

A teoria que considera a responsabilidade neste caso como sendo contratual iniciou-se na Alemanha. Os adeptos desta teoria entendem que antes de formado contrato entre as partes já existe um vínculo obrigacional decorrente da lei da qual nascem deveres laterais, e que, portanto, a responsabilidade neste caso seria contratual. Antônio CHAVES assim se manifestou sobre esta teoria:

De acordo com os seus partidários, uma vez que, iniciando as negociações para a formação de um contrato, as partes se encontram unidas por uma relação jurídica que as obriga a manterem relações recíprocas, o dever de indenizar deverá reger-se por normas contratuais.¹²⁰

Além disso, argumentam os proponentes desta teoria que a obrigação deve ser vista como uma totalidade, não havendo como se fazer uma clara distinção entre contrato celebrado e negociações contratuais.

¹¹⁹ Dentre as teorias que admitem a responsabilidade podem-se citar: a teoria da base contratual pura, teoria da base contratual especial, teoria do enriquecimento sem causa, teoria de gestão de negócios, teoria do enriquecimento ilícito, teorias baseadas na declaração unilateral de vontade, teoria do abuso de direito, dentre outras

¹²⁰ Responsabilidade pré-contratual, p. 107.

A crítica que se faz a esta teoria é de que não foi firmado ainda contrato, de forma que se falar em responsabilidade contratual seria um contra senso. Ainda, as regras que disciplinam a responsabilidade contratual não poderiam ser utilizadas de forma absoluta, pois não solucionariam as questões da responsabilidade pré-contratual de maneira adequada.

Outra teoria seria a da responsabilidade extracontratual, à qual a maioria da doutrina brasileira é adepta. Segundo estes autores a responsabilidade adviria da violação genérica de não causar prejuízo. Além desta, outras justificativas trazidas pela doutrina para afirmar que a responsabilidade pré-contratual é extracontratual são: a ausência de formação do contrato e, portanto, ausência de um vínculo obrigatório entre as partes, as dificuldades de se examinar a responsabilidade pré-contratual sem se analisar a culpa (que na responsabilidade contratual é presumida), bem como outras dificuldades demonstradas pela doutrina na caracterização desta responsabilidade como contratual.¹²¹

A crítica que se faz a esta teoria é que as regras atinentes à responsabilidade extracontratual também não são sempre adequadas à responsabilidade pré-contratual. Além disso, esta teoria não abrangeria todas as possibilidades de responsabilidade pré-contratual (excluindo, por exemplo, os danos causados por preposto, ou por menor). Ainda, afirmam os críticos que os deveres pré-contratuais advêm de um contato social qualificado entre as partes, e não de mera convivência social, conforme seria na responsabilidade extracontratual.

Por fim, dadas as divergências trazidas pela doutrina sobre a natureza da responsabilidade pré-contratual, alguns doutrinadores criaram uma terceira teoria que consideraria esta responsabilidade como sendo um "*tertium genus*". Consideram estes doutrinadores que a responsabilidade pré-contratual não se amolda nem as possibilidades da responsabilidade contratual, nem a extracontratual.

¹²¹ Sobre isto elenca Mario Julio de ALMEIDA COSTA várias divergências entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, como por exemplo divergência na fixação de competência, na solidariedade ou não da pluralidade passiva, no prazo prescricional, momento de constituição em mora, etc.(apud. Régis Fichtner PEREIRA. Ob. Cit., p. 244.)

À parte o entendimento dos eminentes juristas que propugnaram esta terceira teoria, não parece ser este o entendimento mais correto. No atual estágio de evolução da responsabilidade pré-contratual, as soluções trazidas pela doutrina e pela jurisprudência, bem como o entendimento sobre os elementos e a caracterização desta responsabilidade, trazidos pelo Judiciário, se aproximam mais da responsabilidade extracontratual.

Ainda, cabe destacar que esta dificuldade em caracterizar uma teoria como a correta vem, inclusive, da separação formal que se fez entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Nos dizeres de Anelise BECKER ambas as teorias:

“cresceram, evoluíram e se modificaram sob a inspiração de um mesmo processo econômico e social”, concluindo que “o dogma da vontade no contrato e o primado da culpa no delito são espécies de um único gênero: o elemento subjetivo na fonte das obrigações.”¹²²

Mostra a autora em seu texto que os elementos que deverão existir em ambas as responsabilidades são os mesmos e que há uma similitude estrutural e de finalidade entre ambas.

Por isso, pode-se chegar a conclusão que a responsabilidade pré-contratual existirá devido ao contato social já firmado entre as partes, e a quebra na confiança, sendo utilizado a regime geral da responsabilidade civil, art. 186, 187 e 927 do CCB. Neste sentido a conclusão a que chega o professor FACHIN é de que:

Sem embargo das diferenças, quer se trate de responsabilidade contratual, quer de extracontratual, não há negar a possibilidade de impor o dever de indenizar. E a moderna tendência “vai no sentido de parificar o regime dos dois tipos de responsabilidade”.¹²³

¹²² Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. in. Revista de Direito do Consumidor n.º 13., p. 43.

¹²³ O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança fundamental, p. 139.

5- CONCLUSÃO

A responsabilidade civil pré-contratual tem, como se buscou demonstrar, várias nuances. Todavia, ainda é um tema que ainda não tem sido tratado de maneira efetiva pelo Judiciário brasileiro, e que muitas vezes tem sido ignorado, ou quando muito somente noticiado, pelos Manuais de direito civil.

Ainda assim, tem se visto que o direito das obrigações está em constante evolução, devendo o contrato e a responsabilidade civil ser re-lidos para se adaptar as diretrizes constitucionais de solidariedade e dignidade da pessoa humana. Em consequência desta perspectiva civil-constitucional a boa-fé e o comportamento das partes na formação do contrato ganham uma nova dimensão, a partir do momento que o ser humano passa a ser o ente centralizador de todo o sistema jurídico.

A autonomia privada que inicialmente foi formulada enquanto expressão do liberalismo econômico, também deve que ser relida, de forma a se adaptar as limitações impostas pelo próprio sistema. O direito de contratar e de não contratar deve ser analisado à luz dos preceitos da Constituição, não podendo ser vistos como absolutos.

A boa-fé se projeta, neste contexto, para antes da formação do vínculo obrigacional entre as partes contratantes, e também para depois de encerrado o vínculo obrigacional. A boa-fé objetiva cria no momento pré-contratual o dever de cooperação e de lealdade entre as partes, e também é a fonte dos chamados deveres instrumentais ou laterais (dever de sigilo, dever informação, etc). Sendo a boa-fé o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual.

A formação do contrato pode ser dividida em fases. A fase pré-contratual, em que se verificaria a responsabilidade pré-contratual, se inicia com as negociações preliminares e se encerra com a formalização do contrato.

A ruptura das tratativas pode ocorrer até a formalização do contrato, sendo decorrência da autonomia privada das partes. Portanto, a ruptura poderá ser legítima

ou ilegítima, dependendo do agir da parte e da confiança depositada na continuidade das negociações ou na formalização do negócio.

Para se caracterizar a responsabilidade pré-contratual será necessário fazer uma análise da situação concreta e dos elementos caracterizadores, quais sejam: culpa, dano, nexo de causalidade e consentimento às negociações. Sendo possível também existir dano moral (em que não há necessidade de demonstração de dano material) advindo do rompimento das tratativas.

Por fim, concluiu-se que será utilizado o regime geral da responsabilidade civil, sendo a natureza da responsabilidade civil pré-contratual extracontratual. Ressaltando-se, todavia, que a responsabilidade contratual e a extracontratual tem a mesma estrutura e a mesma finalidade, havendo manifestações a favor de uma teoria unitária da responsabilidade civil.

Referências bibliográficas:

AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado. A boa fé nas relações de consumo. In: Revista do Direito do Consumidor n.º 14. Abril/junho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 20-27.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 1991.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em geral, v. I e II. 7ª ed. Coimbra: Livraria Alamedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria Geral do Direito Civil. Lisboa, 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto do Código Civil- A Boa fé nos contratos, disponível em <www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 15 de jul 2004, 12:25.15.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: Revista de Direito do Consumidor n.º 13. jan/mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 42-55.

BENATTI. Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. De Adriano Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Almedina, 1970.

CAPPELARI, Recio Eduardo. Responsabilidade pré-contratual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARVALHOS SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1945, v. XV e XVI.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Giuseppe da. Origem e evolução dos contratos preliminares. In: Revista de Direito Civil n.º 42. out/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 21-33.

COSTA, Judith Martins. A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jose de Aguiar. Da responsabilidade civil. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança fundamental. In: *Repensando Fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 115-149.

FACHIN, Luiz Edson. O novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba:Ed. Scientia et Labor e EDUCA, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRADERA, Vera Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino americano e o americano do norte In: Revista de Informação legislativa n.º 136. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 169-179.

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

GOMES, Orlando. Contratos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Orlando. Obrigações. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das obrigações. São Paulo: RT, 1980.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa fé nas negociações preliminares. In: Revista de Direito Civil n.º 16. Abril/junho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 48-52.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, 1999. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 set. 2003, 17:53:25

LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional- Cadernos I. São Paulo: Max Limonad.

MENEZES CORDEIRO. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando Fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 173-210.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Do Contrato conceito pós moderno: em busca de uma formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. III.

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

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 3.ed., Ver e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2004.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson(coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Campinas: Bookseller, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Clovis V. do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um direito civil constitucional. In: Revista de Direito Civil 65.

THEODORO JUNIOR. Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

WALD, Arnold. Obrigações e contratos. São Paulo: RT, 1990.