

ALESSANDRO EDUARDO DE ANDREA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL: A
RESPONSABILIZAÇÃO PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES
CONTRATUAIS**

Monografia apresentada como requisito
parcial à graduação como bacharel em
Direito no Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Nalin

CURITIBA


2005

TERMO DE APROVAÇÃO


ALESSANDRO EDUARDO DE ANDREA

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL: A RESPONSABILIZAÇÃO PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS


Monografia aprovada como requisito parcial à graduação como Bacharel no Curso de Direito no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.



Prof. Dr. Paulo Nalin
Orientador



Prof. Eros Belin de Moura Cordeiro



Prof. Priscila Lacerda Junqueira de Arantes

Curitiba, 24 de outubro de 2005

SUMÁRIO

RESUMO	i
1. INTRODUÇÃO	1
2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	4
2.1 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.....	4
2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	5
3. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO	7
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL.....	7
3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO.....	9
4. A POLÊMICA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL	11
5. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL NAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS	15
5.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO.....	17
5.2 O DEVER DE LEALDADE OU CORREÇÃO.....	19
5.3 O DEVER DE PROTEÇÃO E CUIDADO.....	20
5.4 O DEVER DE SEGREDO OU SIGILO.....	20
6. A RESPONSABILIZAÇÃO PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS	22
6.1 ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL.....	24
6.1.1 A Existência de Negociações.....	24
6.1.2 A Culpa.....	25

6.1.3 O Dano.....	26
6.1.4 O Nexo de Causalidade.....	28
6.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – DOIS JULGADOS BEM CARACTERIZADORES.....	29
6.2.1 Negociações para Cessão de Cotas de Sociedade.....	29
6.2.2 O Caso dos Tomates.....	30
7. CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar a responsabilidade pré-contratual como uma espécie distinta dentro da teoria geral da responsabilidade civil (*sui generis*), delineando suas características básicas, fundamentos, natureza jurídica, elementos de configuração, desenvolvimento histórico, inserção na sistemática jurídica, etc.

O tema, ainda pouco desenvolvido no Brasil, requer aprofundamento por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, para que, diante do caso concreto, possa o Direito regular as questões dessa natureza. Isso, claro, com base nos princípios que fundam o assunto – princípio da boa-fé, dentre outros – pré-determinando as condutas a serem observadas por aqueles que ingressam num contato social, sobretudo quando este se revela de natureza pré-contratual.

1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo, que tem como foco a responsabilidade pré-contratual, será iniciado com uma breve incursão pela teoria geral da responsabilidade civil no direito brasileiro – responsabilidades extracontratual ou aquiliana e contratual. Esta breve análise não tem como seu objetivo primordial o esgotamento do tema, mas sim sua delimitação, para que a explanação acerca da responsabilidade pré-contratual possa encontrar-se embasada.

Mais adiante, o tema central deste trabalho será analisado com maior profundidade. Discorrer-se-á, num primeiro momento, sobre o histórico da figura da responsabilidade pré-contratual, bem como a sua colocação em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Abordar-se-á o conceito de responsabilidade pré-contratual, para que o tema seja delimitado e enquadrado, assim como sua natureza jurídica.

Por fim, será analisada a responsabilidade atribuída àquele que, injustificadamente, rompeu as tratativas ou negociações preliminares à celebração de um determinado contrato. Com outras palavras, neste tópico teremos uma visão concreta de como a responsabilidade pré-contratual se aplica diante de casos da vida real, seus elementos de configuração, o dano sofrido, o nexo de causalidade, etc. Passaremos, ainda, pela análise jurisprudencial do tema em foco, tendo uma visão de como os tribunais pátrios tem solvido casos em que a ruptura das negociações se apresenta na vida cotidiana da sociedade.

Trata-se a responsabilidade pré-contratual de um assunto ainda pouco discutido pela doutrina nacional, mas que na Europa já vem sendo estudado há algum tempo¹. Percebemos certa dificuldade até mesmo em sua conceituação. Para RÉCIO EDUARDO CAPPELARI:

“O que existe são inúmeros deveres bem individualizados, diferentes uns dos outros, sendo que a sua diversidade radica na diversidade do comportamento a que as partes estão adstritas em cada um deles, na diversidade do nexo de imputação exigível, para que sua violação importe a responsabilidade e, por fim, na diversidade das sanções que a lei faz corresponder a

¹ RUDOLPH VON JHERING em 1861 já iniciava seus estudos acerca da culpa *in contrahendo*.

essas violações, configurando tal responsabilidade um conceito compósito, uma abstração doutrinal, um resumo de várias obrigações individualizadas pelo seu regime.”²

É exatamente por esse motivo que o tema fascina. De um lado, por que seu debate é ainda árido no Brasil e, por outro, por que é capaz de gerar algum tipo de polêmica, visto que por muitos as tratativas ou negociações antecedentes à celebração de um dado contrato inserir-se-iam no campo da autonomia da vontade onde as partes poderiam dispor de plena liberdade para desistir ou então prosseguir rumo à celebração do negócio jurídico. Com relação a este segundo ponto – autonomia da vontade – destaca PAULO NALIN que “o atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual”.³

No entanto, em que pese a aridez de seu debate, a responsabilidade pré-contratual busca colocar-se em lugar independente na teoria da responsabilidade civil, tradicionalmente dividida entre a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil contratual, como uma espécie de segmento distinto neste ramo do Direito Civil, conforme assevera REGIS FICHTNER PEREIRA. Segundo o autor, cuja tese de doutorado versa sobre o tema em foco:

“o ponto central da tese, ou seja, a hipótese principal a ser demonstrada nas páginas seguintes é a de que, ao lado das tradicionalmente reconhecidas responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual figura a responsabilidade civil pré-contratual. Este tipo de responsabilidade constitui um tertium genus na doutrina da responsabilidade civil, já que tanto os pressupostos de sua configuração, como os seus efeitos, divergem em relação aos outros tipos de responsabilidade tradicionalmente reconhecidos. É nesse sentido que a tese fala da existência de uma terceira via da responsabilidade civil.”⁴

Assim, em concordância com as idéias do autor *supra* mencionado, o presente trabalho analisará a *culpa in contrahendo* ou responsabilidade civil pré-contratual de

² CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 33.

³ NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 138.

⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

Assim, em concordância com as idéias do autor *supra* mencionado, o presente trabalho analisará a *culpa in contrahendo* ou responsabilidade civil pré-contratual de forma autônoma, apresentando seus pressupostos, natureza, elementos de configuração, etc., de forma a demonstrar que esta “terceira via” da responsabilidade civil apresentada por Regis Fichtner Pereira é plenamente adequada, ao contrário daqueles que, de alguma forma, tentam conectar o tema a algum dos tipos tradicionalmente conhecidos de responsabilidade civil (contratual e aquiliana).

Note-se, ainda, que o estudo que agora se apresenta tem por escopo fazer uma mescla entre a teoria e a prática concernentes à responsabilidade civil pré-contratual, caminhando da abstração dos conceitos e natureza jurídica para a concretude de como casos envolvendo o assunto em tela chegam aos tribunais pátrios e como são solucionados pelos magistrados.

2 – TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 – RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

Hodiernamente, com o crescente acúmulo populacional nos grandes centros urbanos, o contato e a interação entre as pessoas se fazem notar de forma cada vez mais intensa. Entretanto, nem sempre esse contato se mostra benéfico. A interação entre os indivíduos, não raro, pode provocar danos para um dos pólos dessa relação entre pessoas, como no caso de um acidente de trânsito, por exemplo, onde o contato entre aqueles que se envolveram no sinistro causou danos para uma das partes, ou até mesmo para ambas.

É justamente para pacificar esse tipo de questão que o Direito se apresenta. Cabe a ele fazer com que aquele que injustamente sofreu algum tipo de dano possa ser de alguma forma ressarcido, tenha seu *status quo ante* restabelecido.

O direito brasileiro positivou, então, tal princípio em seu artigo 186 do Código Civil⁵. Esse dispositivo foi trazido para dentro do sistema jurídico nacional por influência do Código Civil francês, que em seu artigo 1.382 previa uma cláusula geral para a responsabilidade extracontratual. Assim como no sistema francês, o legislador optou por deixar aberta a norma que dispõe sobre o dever de indenizar, cabendo papel relevante à doutrina e à jurisprudência para que tal mandamento possa sair dos degraus da abstração para o caminho das cotidianas demandas judiciais.

Destarte, para que o dever de indenizar seja observado notamos que os elementos dano, culpa e nexos de causalidade devem se fazer presentes. Por isso, o aplicador do direito no Brasil enfrenta dificuldades semelhantes às aquelas enfrentadas pelos franceses, fruto de uma regra aberta que permite interpretações elásticas, o que, por um lado, mostra-se salutar se observarmos do ponto de vista do dinamismo do direito, que não pode nem deve ficar restrito a uma norma, mas que, de outro, parece prejudicial, vez que não deixa parâmetros claros aos que operam o Direito no dia-a-dia, criando insegurança.

⁵ Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Cabe, ainda, salientarmos que a teoria da responsabilidade civil extracontratual funda-se em dois princípios basilares: o princípio do dano injusto e o princípio do equivalente. Com relação a este, apropriadamente salienta Regis Fichtner Pereira: “A regra absoluta do sistema de responsabilidade civil, que determina o dever de pagar o equivalente, quando se causa dano, é aplicada sem que seja em qualquer momento levado em consideração pelo aplicador da lei o princípio de que toda decisão deve ter como objetivo a Justiça do caso concreto”.⁶ Desse modo, o dever de indenizar deve ser analisado caso a caso, uma vez que aqueles que participaram da situação que gerou o dever de indenizar, não raro, possuem condições sócio-econômicas divergentes, e o pagamento de uma indenização pode ter pesos distintos nas balanças de um cidadão pobre e de um cidadão rico, podendo significar, ao mesmo tempo, a ruína daquele e mero detalhe para este.

2.2 – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Com o decorrer do tempo, o homem percebeu que suas possibilidades de desenvolvimento seriam maiores se houvesse a colaboração ou cooperação de demais indivíduos. Assim, para que uma meta fosse alcançada mais facilmente as pessoas passaram a cooperar umas com as outras, cada qual com o desempenho de suas respectivas atividades, fazendo com que aquele que formulou o objetivo necessitasse da colaboração de outrem, que o faria não em proveito próprio, mas em benefício do primeiro.

O Direito, então, por intermédio do ramo conhecido como Direito das Obrigações passa a regular essas relações de cooperação, segundo as quais se criam deveres jurídicos para uns e a possibilidade de exigir que tais deveres sejam devidamente cumpridos para outros. A formalização dessa relação obrigacional, por sua vez, dá-se por meio dos contratos, instrumento que garante a possibilidade de se exigir do devedor a prestação do serviço ou a entrega da coisa, daí a denominação responsabilidade civil contratual.

⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*, p. 22.

Existem três tipos básicos de responsabilidade contratual. O primeiro diz respeito ao caso de inadimplemento absoluto da obrigação (art. 389, CC), quando o devedor não cumpre sua obrigação no prazo e na forma estipulados pelas partes. O segundo tipo é visto quando o devedor não cumpre a obrigação no prazo estipulado, mas ao credor lhe parece útil que a prestação de tal obrigação seja feita mesmo fora do prazo (art. 394, CC). Desse modo, a obrigação principal é satisfeita, mas o dever de indenizar (obrigação acessória) persiste. O terceiro tipo de responsabilidade contratual, como assevera Regis Fichtner Pereira “não encontra previsão expressa no Código Civil Brasileiro. Trata-se da denominada *violação positiva do contrato*, ou *violação positiva do crédito*, cuja elaboração é obra dos autores alemães⁷. A violação positiva do contrato ocorre nas hipóteses em que o devedor cumpre a sua obrigação, mas o faz de maneira defeituosa, vindo com isso a causar danos ao credor”⁸.

Dessa maneira, mostram-se relevantes as normas que dispõem sobre a responsabilidade contratual, vez que ao credor deve ser fornecido suporte suficiente para que a obrigação que deseja possa ser cumprida, conforme estipulado pelo contrato que firmou com o devedor, devendo surgir o dever de devida indenização nos casos de inadimplemento, mora, ou prestação defeituosa, de acordo com o que foi *supra* citado.

⁷ Tal denominação foi originalmente criada por STAUB na Alemanha.

⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*, p.31.

3 – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO

Nesta parte do trabalho, ainda que brevemente, será analisado o desenvolvimento do instituto da responsabilidade pré-contratual. Em seguida, ver-se-á como se deu a inserção deste tema no direito brasileiro. Por fim, estudar-se-á a positivação da responsabilidade pré-contratual nos principais ordenamentos jurídicos, tanto nas escolas romano-germânicas, quanto nos países que adotam o sistema do *common law*.

Note-se que o estudo histórico do tema, ao contrário de ser encarado como enfadonho ou sem relevância, deve ser observado como facilitador da compreensão do assunto, fornecendo um contexto para que idéias possam ser discutidas, refutadas ou aprimoradas. Daí a colocação, aqui, desta seção, que, muito embora, não se constitua no ponto central do presente trabalho, justifica-se pela sua relevância.

3.1 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

O primeiro momento em que se tem notícia do estudo da responsabilidade pré-contratual ocorreu na Alemanha em 1861, quando da análise da culpa *in contrahendo* por RUDOLPH VON JHERING. De acordo com CARLYLE POPP, referido autor “chega à conclusão de que, ante a confiança da outra parte na validade do negócio jurídico, é passível de reparação pecuniária o seu interesse prejudicado com a declaração de invalidade do negócio firmado”.⁹ Para JHERING, a indenização devida teria por escopo colocar as partes em situação equivalente àquela em que se encontravam antes da realização do contrato nulo, inserindo, assim, no estudo do tema, aquilo que denominou de “interesse negativo”. No entanto, embora relevante, a teoria de JHERING abrangia apenas uma parte do estudo da responsabilidade decorrente da culpa *in contrahendo*.

⁹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p. 99-100.

Posteriormente, na Itália (1906), observa-se o interesse que o assunto desperta em alguns estudiosos do direito. Aqui, podemos destacar FAGELLA¹⁰, que foi o primeiro a se referir sobre a possibilidade de indenização pelo indevido rompimento das tratativas preliminares. Seguindo a esteira de FAGELLA, SALEILLES dedica-se ao estudo do tema em França, basicamente com as mesmas idéias propostas pelo italiano.

Dessa maneira, a doutrina, que originariamente não admitia a indenização em virtude do rompimento das negociações anteriores à celebração de um contrato, visto que a liberdade e a autonomia deveriam prevalecer, acaba por observar com maior atenção o tema. Os tribunais europeus, então, diante de situações como esta, começam a dar provimento a demandas que buscam indenização em virtude da quebra da confiança nas negociações. Como bem destaca REGIS FICHTNER PEREIRA:

“o Reichsgericht (tribunal alemão), não obstante as lições de VON JHERING, negou, nas decisões proferidas até o ano de 1911, em razão da ausência de regra genérica de responsabilidade pré-contratual no BGB, o reconhecimento de uma responsabilidade de natureza contratual por culpa in contrahendo, fora das hipóteses expressamente previstas no BGB, em decisões apoiadas pela doutrina majoritária. A posição do Reichsgericht somente se modificou após a publicação, em 1910, da importante monografia de FRANZ LEONHARD...”¹¹.

A partir de então, devido às construções jurisprudenciais e doutrinárias, tal instituto passa a ser inserido na sistemática jurídica, por intermédio de normas que buscam privilegiar a boa-fé como principal fundamento, não frustrando, assim, a confiança que alguém deposita na concretização de determinado negócio jurídico. Para CARLYLE POPP “esta evolução do instituto é um caso claro de desenvolvimento do direito de conformidade com um princípio ético-jurídico, valorizadora da moral objetiva e, sobretudo, da boa-fé que deve nortear todo e qualquer comportamento no âmbito das relações jurídicas”.¹²

¹⁰ Em 1906 GABRIELE FAGGELA publicou um artigo denominado “Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta costruzione scientifica”.

¹¹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 121.

¹² POPP, Carlyle. *Responsabilidade pré-negocial*, p. 102.

3.2 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO COMPARADO

No sistema da *common law*, após estudos realizados por FRIEDERICH KESSLER e EDITH FINE¹³, chegou-se à conclusão de que, em princípio, a noção de culpa *in contrahendo* não encontra bases tão sólidas quanto nos ordenamentos jurídicos das famílias romano-germânicas, tendo em vista o princípio da liberdade de contratar. Muito embora admitam a necessidade de se observar as noções de boa-fé e lealdade nas negociações, salientam que tais idéias não foram recepcionadas pela doutrina e jurisprudência americanas.

Na Alemanha, com o advento do BGB, passou-se a regular a boa-fé nas relações negociais, sobretudo com o disposto no § 242.¹⁴ No entanto, como bem salienta CARLYLE POPP, não há no Código Civil alemão regra expressa disciplinando questões relativas à culpa *in contrahendo*. Outras regras, porém, podem ser utilizadas a fim de disciplinar casos relativos a esse assunto, fazendo com que o mesmo não fique órfão de positivação no sistema alemão.¹⁵

Na Itália, o princípio da boa-fé nas relações obrigacionais também é recepcionado pelo seu artigo 1.175¹⁶. Aqui, no entanto, observam-se regras expressas acerca da responsabilidade pré-contratual, como a que decorre do disposto no artigo 1.337 do código italiano:

“Tratativas e responsabilidade pré-contratual: As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”.

Da mesma forma cabe destacar o artigo 1.338 da mesma codificação:

“Conhecimento das causas de invalidade: A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não tenha dado disso notícia à outra parte deve ressarcir o dano por esta sofrido por ter confiado, sem sua culpa, na validade do contrato”.

¹³ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*, p. 85.

¹⁴ “O devedor está obrigado a efetuar a prestação como exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos do tráfico”.

¹⁵ CARLYLE POPP cita nas páginas 164 e 165 de sua obra os §§ 122, 149, 179, 307, 309, 463 e 663 como sendo regras que permitem a aplicação positiva da responsabilidade pré-negocial no direito alemão.

¹⁶ “O devedor e o credor devem comportar-se segundo a regra da correção”.

Já no Brasil, por mais que este tema não tenha ainda sido arduamente debatido, salientamos que o legislador civil perdeu ótima oportunidade de regular tais questões no novo Código Civil brasileiro. Não há em nosso *codex* regra expressa que trata da responsabilidade pré-contratual, fazendo com que o aplicador do direito pátrio tenha que utilizar-se da analogia para poder abranger esses tipos de situações.

Podemos destacar, então, alguns dispositivos que podem ser utilizados a fim de embasar uma responsabilização pela ruptura das negociações contratuais. Um deles é o artigo 186, que remete à responsabilidade extracontratual. Se transportarmos tal dispositivo para as relações de natureza pré-contratual poderemos perceber sua utilidade, uma vez que, neste caso, também há dano decorrente de uma ação ou omissão de alguém, constituindo, assim, o ato ilícito gerador de responsabilização, que nesse caso será do tipo pré-contratual.

Relevante também se mostra o artigo 187, que assim dispõe:

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

Este dispositivo faz-se relevante por inserir a necessidade de uma conduta calcada na boa-fé e nos bons costumes, o que pode e deve ser transferido e adotado nas relações de natureza pré-negocial.

Notável inovação do novo código brasileiro pode ser percebida, no entanto, em seu artigo 422, que revela:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Esta norma, apesar de não regular autonomamente a responsabilidade pré-contratual, é a que mais se conecta a tal instituto, inculcando nas partes o dever de agir de acordo com os princípios da probidade e da boa-fé nas relações contratuais (conclusão e execução).

4 – A POLÊMICA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Como se trata de tema ainda pouco discutido pela doutrina internacional – e do mesmo modo pela brasileira – muitas teorias foram formuladas para se tentar definir a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. São elas, conforme descreve CARLYLE POPP: teoria da base contratual pura; teoria da base contratual especial ou quase contratual e do enriquecimento sem causa; teoria da responsabilidade pré-contratual como convenção ou garantia tácita; teoria da responsabilidade pré-contratual como declaração unilateral de vontade; responsabilidade pré-contratual como responsabilidade extracontratual; como abuso de direito; com fundamento na equidade e na boa-fé; teoria da responsabilidade pré-contratual como “terceira via”; e, por fim, a teoria da responsabilidade pré-contratual com natureza variável (contratual e extracontratual).¹⁷

Analisaremos, a partir de agora, apenas as teorias da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade extracontratual, contratual e como uma “terceira via” dentro da teoria geral da responsabilidade civil. Isto porque, de acordo com o que salienta CARLYLE POPP¹⁸, todas as demais foram fruto da falta de familiaridade da doutrina dominante com o tema, que não se encontrava – e talvez nem se encontre ainda – completamente amadurecido.

A grande maioria da doutrina pátria considera a responsabilidade pré-contratual como de natureza extracontratual. Dentre os principais autores podemos citar ORLANDO GOMES, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, PONTES DE MIRANDA, dentre outros. Estes, desse modo contextualizam o tema, por entenderem que na fase destinada às negociações ainda não há o negócio jurídico celebrado, ou seja, o contrato ainda não se faz perceber definitivamente, fazendo com que a retirada imotivada das negociações se caracterize como um ilícito absoluto, em virtude da infração de um dever legal (não causar dano a outrem).

¹⁷ POPP, Carlyle. *Responsabilidade pré-negocial*, p. 143.

¹⁸ *Ibidem*, p. 146.

Para CARLYLE POPP, ANA PRATA¹⁹, dentre outros, a responsabilidade pré-contratual deve ser encarada, por outro lado, como de natureza contratual. Isto porque, basicamente, e ao contrário do que acontece com a responsabilidade extracontratual, o contato entre as partes ocorre anteriormente ao ilícito. Conforme assevera CARLYLE POPP, “o contato social propicia o surgimento de deveres de conduta, fundamentados no princípio da boa-fé objetiva, mas cuja situação jurídica tem índole relativa. A relação jurídica não nasce do ilícito, mas é a ele preexistente. O dever genérico de não prejudicar não nasce do ordenamento jurídico, mas sim, do conteúdo das tratativas e da conduta das partes.”²⁰

Por fim, a teoria do “tertium genus” ou “terceira via” da responsabilidade civil, defendida por REGIS FICHTNER PEREIRA, CARNEIRO DA FRADA²¹, SINDE MONTEIRO²², dentre outros. Para tais autores, a responsabilidade pré-contratual apresenta distinções significativas com relação às responsabilidades extracontratual e contratual.

Aqueles que buscam aplicar à responsabilidade pré-contratual as normas atinentes à responsabilidade de natureza contratual, se olvidam do fato de que na fase de negociações anteriores à celebração de um determinado contrato as partes definitivamente não estão obrigadas a prestar algo a outrem. Elas têm, sim, deveres oriundos do princípio da boa-fé objetiva, os quais não caracterizam obrigações de prestação assumidas por uma das partes em benefício da outra. Além disso, cabe ressaltar outra contradição. O nosso Código de Processo Civil, em seu art. 100, IV, “d”, determina ser competente para a solução de conflitos oriundos de responsabilização decorrentes de um contrato o foro do lugar onde a obrigação deve ser cumprida. Ora, em se tratando de responsabilidade pré-contratual, não há propriamente obrigação alguma a ser cumprida, com exceção dos deveres que surgem do princípio da boa-fé objetiva, não justificando, assim, a aplicação das regras

¹⁹ PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Lisboa: [s.e.], 1991, p. 212.

²⁰ POPP, Carlyle. *Responsabilidade pré-negocial*, p. 149.

²¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997, p. 95.

²² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 516.

atinentes à responsabilidade contratual para os casos de responsabilidade pré-contratual.

Já para aqueles que defendem a aplicação das regras específicas da responsabilidade extracontratual para as situações referentes à responsabilidade pré-contratual, deve-se salientar que se acaba por criar um tipo de contradição no fato de se adotar a boa-fé objetiva como dever a ser observado pelas partes durante a fase de negociações, sendo que esta boa-fé objetiva é algo típico das relações obrigacionais. Esta boa-fé cria deveres positivos para as partes, como por exemplo, o dever de informar, sendo que a regra relativa à caracterização da responsabilidade extracontratual está calcada num dever negativo imposto às pessoas, como não causar dano a outrem, por exemplo.

É por isso que devemos encarar a relação existente entre as partes durante as negociações anteriores à celebração de um dado contrato como uma relação de natureza pré-contratual. Neste sentido concordamos com REGIS FICHTNER PEREIRA, quando o mesmo assevera:

*“é preciso se criar um sistema próprio de responsabilidade pré-contratual. Enquanto isso não ocorre, os problemas devem ser solucionados, à falta de regras específicas, com base na interpretação das regras atuais existentes, com todos os riscos que tal empreitada possa implicar. A melhor adequação da aplicação diferenciada dessas regras compensa a eventual relativa insegurança que pode causar a não aderência a um tipo predeterminado de responsabilidade civil”.*²³

Dessa maneira, visto que a responsabilidade pré-contratual não se origina de um dever geral de conduta ou comportamento negativo, típicos da responsabilidade aquiliana, mas, por outro lado, de um dever específico de atendimento ao princípio da boa-fé objetiva entre as partes, cujo relacionamento antecede ao ilícito; bem como, os contraentes durante a fase de negociações, não se encontram obrigados a prestar algo em favor de outrem, visto que contrato nenhum há que justifique tal relação obrigacional, é que se faz necessária a criação de regras específicas para o atendimento de casos que se apresentem com esta roupagem, com estas características, típicas de uma relação *sui generis* que se encontra numa posição intermediária na teoria geral da

²³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 257.

responsabilidade civil. A tentativa de se tentar moldar situações como estas em uma das duas espécies de responsabilidade civil é algo que faz com que o Direito também seja moldado, endurecido e inerte, deixando de adaptar-se às necessidades cotidianas da sociedade, que clamam por soluções inovadoras, soluções estas que desempenham o fundamental papel de incrementar a tecnologia jurídica, tornando o Direito cada vez mais moderno e apto a pacificar as mais diversas situações que a cada dia se apresentam.

5 – A BOA-FÉ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL NAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

O princípio da boa-fé assume cada vez mais importância no Direito contemporâneo, notando-se sua aplicação em todas as relações jurídicas encontradas na sociedade, variando apenas seu grau de aplicação.

Como se trata de princípio cujo conteúdo é de difícil determinação, ou seja, possui um grau elevado de abstração e indeterminação, deve ser analisado de acordo com cada caso concreto que se apresenta em sociedade.

É por isso que, para dar certo ar de concretude para o princípio da boa-fé, costuma-se variar sua aplicação de acordo com o tipo de atividade humana que se apresenta. Tais atividades humanas, de acordo com REGIS FICHTNER PEREIRA, dividem-se em relações de apropriação, típicas dos direitos reais; relações de cooperação, observadas nas relações obrigacionais; e, por fim, relações familiares.²⁴ Como tais atividades são distintas parece claro que a aplicação do princípio da boa-fé também deve ser distinto em cada caso.

Daí surge a diferenciação que se costuma fazer entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Para a primeira, o conteúdo psicológico do agente é fundamental, constituindo-se num aspecto negativo com relação ao que se espera do comportamento humano em sociedade. Observada nas relações jurídicas reais, em algumas relações jurídicas de direito de família e na responsabilidade civil extracontratual, a boa-fé subjetiva analisa a consciência do agente para poder-se constatar se o mesmo agiu porque assim o quis ou se desconhecia a proibição de sua conduta. Com relação ao aspecto negativo, a boa-fé subjetiva exige uma abstenção, expressa na fórmula *alterum non laedere*, consistente no fato de não se poder ou dever causar dano a outrem. Assim, esta espécie de boa-fé “consiste, na verdade, na ignorância psicológica de que os atos praticados pelo agente contrariam o Direito.”²⁵

²⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 71.

²⁵ *Ibidem*, p. 74.

Já a boa-fé objetiva, observada nas relações jurídicas obrigacionais, ao contrário da boa-fé subjetiva, consiste não em uma abstenção, mas, sim, num dever de colaboração e cooperação, visto que as relações obrigacionais são travadas entre pessoas que cooperam entre si para a obtenção de uma determinada finalidade. O conteúdo psicológico é descartado e insere-se, aqui, um determinado padrão de conduta, ou *standard*, segundo o qual a atuação de alguém em determinada relação deve se dar de acordo com um padrão pré-definido pela sociedade. Para o Direito Contratual, não basta que uma das partes se abstenha de causar dano ou prejuízo a outrem. Se as partes estão conectadas por um vínculo obrigacional, pressupõe-se que devem colaborar entre si para a obtenção da finalidade para a qual o contrato se presta, cumprindo com seu dever de lealdade, probidade e honestidade, fazendo com que cada parte da relação faça de tudo para bem atender o interesse da outra. Destarte, a noção de boa-fé na seara dos contratos possui papel mais importante do que nas relações não contratuais, uma vez que ultrapassa o caráter meramente negativo desta, exigindo-se, também, uma conduta positiva do agente que, em colaboração com o outro contratante, deve, sem que seja sacrificado nenhum interesse legítimo próprio, ir ao encontro do interesse da outra parte da relação.

Salutar se faz, aqui, a opinião de PAULO NALIN, ao explicitar a dificuldade encontrada pelo juiz para definir qual seria esse *standard* de comportamento:

*“Construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do bônus pater familias, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sócio-cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz”.*²⁶

Contextualizando, agora, o assunto, o leitor poderia perguntar: Por que razão utiliza-se a boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais sendo que, nesta fase, nenhuma obrigação foi ainda definida?

²⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito pós-moderno*, p.131.

Contextualizando, agora, o assunto, o leitor poderia perguntar: Por que razão utiliza-se a boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais sendo que, nesta fase, nenhuma obrigação foi ainda definida?

A utilização da boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais justifica-se pelo fato de que as partes que se encontram em tratativas anteriores à celebração de um determinado contrato não devem apenas abster-se de causar algum tipo de dano a outrem. Para além disso, surgem deveres de caráter positivo para ambas as partes que estão inseridas em negociações, que devem agir com probidade e honestidade, tendo em vista a expectativa criada rumo à celebração de determinado contrato. Deste modo, a boa-fé que se exige nas relações contratuais deve ser estendida também às relações pré-contratuais, assumindo, aqui, papel ainda mais relevante, vez que o dever jurídico principal (cumprimento da obrigação) não se faz presente nas tratativas, obviamente porque obrigação alguma há, constituindo-se os deveres oriundos da boa-fé objetiva como principais nesse contexto.

No entanto, a dificuldade que aqui se faz presente diz respeito à definição da extensão dos deveres de conduta que integram a exigência de atuar de acordo com a boa-fé na fase pré-contratual.

Com vistas a estabelecer certos padrões de conduta nas relações pré-contratuais, convencionaram-se quatro exigências fundamentais para o comportamento daqueles que se encontram ligados por este tipo de relação jurídica (pré-contratual). Tais deveres, integrantes do princípio da boa-fé, são: a) dever de informação; b) dever de lealdade ou correção; c) dever de proteção e cuidado; d) dever de sigilo ou segredo.

5.1 – O DEVER DE INFORMAÇÃO

Para que as partes que se acham na fase de pontuação rumo à celebração do negócio jurídico possam efetivá-lo, faz-se necessário que disponham das informações necessárias acerca do objeto da obrigação que se está por perfazer.

De acordo com PAULO LUIZ NETTO LÔBO “o dever de informar tem assumido importância crescente, no âmbito da responsabilidade pré-contratual. Os

produtos e serviços lançados no mercado de consumo são resultado de conhecimentos técnicos e científicos que apenas o fornecedor detém, sendo-lhe imputado o dever de informar acerca da segurança, dos riscos, do preço real...”²⁷

No entanto, parece difícil estabelecer padrões para aquilo que efetivamente deve ser informado a um dos contraentes. Aí se faz notar a questão do *dolus bonus*, visto como aquilo que é omitido quando da formação da convicção para a celebração de dada obrigação, justamente para que esta obrigação possa ser efetivada. O *dolus bonus*, admitido no Direito português²⁸, não é, entretanto albergado em nosso Direito pátrio, que preza pela ética e pela solidariedade contratual.

Para CARLYLE POPP, que, junto com o dever de informar, coloca também o dever de conselho e recomendação como integrantes do princípio da boa-fé objetiva, “para que haja o dever de informar há a necessidade de três requisitos: a) existência de informação conhecida ou que deveria ser do conhecimento de uma das partes; b) desconhecimento desta informação pela parte contrária;... c) relevância da informação para a formação racional do consentimento.”²⁹

Salienta ainda, mais adiante, que:

*“o descumprimento deste dever genérico de informar pode implicar três conseqüências distintas: a) não realização do negócio jurídico que seria realizado se a informação tivesse disponível ao declarante; b) conclusão de um contrato que, com perfeito discernimento não seria concluído; c) conclusão de um negócio que seria concluído em condições diversas se houvesse perfeito conhecimento da situação pelo declarante.”*³⁰

Nestes casos, então, a figura da responsabilidade pré-contratual poderia claramente ser invocada.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 163.

²⁸ POPP, Carlyle. *A responsabilidade pré-negocial*, p. 202.

²⁹ *Ibidem*, p. 202-203.

³⁰ *Ibidem*, p. 204.

5.2 – O DEVER DE LEALDADE OU CORREÇÃO

As partes quando ingressam em tratativas com vistas à celebração de determinado contrato, devem cooperar entre si para que a finalidade deste contrato possa ser devidamente cumprida.

Não faria sentido, então, que, por exemplo, um dos contraentes, quando das negociações preliminares, gerasse certa segurança ou certeza na parte contrária se já tivesse a consciência de que não teria plenas condições, quer financeiras, quer jurídicas, para atingir a conclusão de dado contrato. Nesse caso, em decorrência e com amparo no princípio da boa-fé, cabe aos contraentes agirem com lealdade nas negociações, expondo possíveis empecilhos à realização da obrigação. Aqui não se coloca o risco natural inerente a cada contrato que está para se formar, mas as situações que porventura possam dificultar a realização do mesmo devem ser claramente colocadas entre as partes.

De acordo com CARLYLE POPP, “para que ocorra infração ao dever de lealdade e conseqüentemente responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações preliminares, é fundamental a existência de dois pressupostos: a) a existência de efetivas negociações e que elas tenham gerado razoável confiança na outra parte; b) ilegitimidade da ruptura.”³¹

Deste modo, tendo em vista que normalmente as partes entram em negociações com vistas à celebração de um negócio jurídico específico, não podem elas quebrar a confiança que geraram na parte contrária, surpreendendo-a com a ruptura imotivada e injustificada do vínculo pré-contratual que as uniam.

No caso concreto, cabe ao juiz identificar se a ruptura das negociações foi legítima ou não. Não significa dizer que se uma das partes deseja retirar-se das tratativas preliminares deve assim fazê-lo justificadamente, expondo todos os seus motivos. O que não se admite é a quebra da confiança gerada na outra parte, algo que pode ser verificado pelo estágio em que estão as negociações. Destarte, presentes os

³¹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 210.

demais pressupostos, deve o magistrado condenar aquele que apenas por motivos de ordem interior retirou-se das tratativas ao pagamento da devida indenização.

5.3 – O DEVER DE PROTEÇÃO E CUIDADO

A partir do instante em que indivíduos se relacionam com vistas à realização de um determinado negócio jurídico observa-se o dever de proteção e cuidado. CARLYLE POPP assevera que “os deveres de proteção nascem (1) por ocasião do início das tratativas ou (2) no momento da entrada de uma pessoa em um local público ou na zona de influência da atividade alheia.”³²

Consiste no dever de não causar dano ao patrimônio ou ao estado físico de outrem. Poder-se-ia comentar que o tipo de responsabilidade a ser adotado neste caso seria a responsabilidade extracontratual, calcada no comportamento negativo de não causar dano a outrem. No entanto, quando o contato entre duas pessoas se dá com o objetivo futuro de realização de um dado negócio jurídico, podemos inserir, aqui, a figura da responsabilidade pré-contratual, sendo esta vantajosa com relação àquela, no que diz respeito ao ônus da prova que, neste caso, caberia ao indivíduo que gerou o dano.

5.4 – O DEVER DE SEGREDO OU SIGILO

É natural que quando as partes iniciam as tratativas para a realização de um vindouro negócio jurídico necessitem trocar uma série de informações a respeito do objeto do contrato. Essas informações, no entanto, devem ficar restritas aos contraentes, sem que possam ser repassadas a terceiros ou mesmo utilizadas pelas partes para obter algum tipo de vantagem ou lucro.

Tal dever, decorrente do princípio da boa-fé, visa estabelecer uma relação leal entre as partes, calcada na confiança que elas passam a adquirir uma com relação à outra na fase de negociações. Deste modo, “age de má-fé aquele que se utiliza das

³² POPP, Carlyle. *A responsabilidade pré-negocial*, p. 213.

informações a que teve acesso durante a fase das negociações para outras finalidades, obtendo proveito ilícito.”³³

De acordo com CARLYLE POPP, para que as partes tenham o dever de guardar sigilo acerca das informações que recebem do pólo contrário da relação jurídica, necessitam se fazer notar a ocorrência dos seguintes requisitos, geradores de posterior responsabilização: “a) recebimento de informações ou conhecimento de fatos da outra parte, ou de pessoa física ou jurídica a ela ligada; b) tal conhecimento foi motivado pela existência de tratativas entre as partes (por causa ou em razão delas, não importa); c) transferência destas informações a terceiros ou sua utilização em benefício próprio.”³⁴

³³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 97.

³⁴ POPP, Carlyle. *A responsabilidade pré-negocial*, p. 207.

6 – A RESPONSABILIZAÇÃO PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS

A questão de se definir se alguém deve ou não ser responsabilizado civilmente pela ruptura das negociações contratuais é algo que pode gerar certo desconforto ou insegurança para o operador-aplicador do direito, algo que será analisado mais adiante.

Antes disso, cabe salientar a distinção relativa ao campo de estudo da responsabilidade pré-contratual e dos contratos preliminares, algo que pode originar algum tipo de controvérsia, visto que inuitos confundem as duas figuras, colocando-as numa equivocada paridade. Os contratos preliminares, assim como as negociações preliminares, antecedem a celebração de um determinado negócio jurídico. No entanto, aqueles são capazes de gerar – e de fato geram – um vínculo de natureza obrigacional, uma vez que por seu intermédio obrigam as partes a realizarem um futuro negócio jurídico que será, ainda, objeto de discussão e tratativas, mas cujo dever de ser celebrado desde já é observado. Por este motivo é que não analisaremos neste trabalho a questão atinente aos contratos preliminares, que não se coaduna com as características da responsabilidade pré-contratual, vez que aqui nenhum vínculo obrigacional foi estabelecido, dependendo a caracterização de sua responsabilização de alguns pressupostos que serão posteriormente analisados.

Retomando o assunto da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, observamos, aqui, a dificuldade de se estabelecer os parâmetros referentes à indenizabilidade dos prejuízos causados pelo rompimento de tais negociações. Isto porque, neste caso, dois princípios gerais do Direito acabam por se contrapor. Como bem salienta REGIS FICHTNER PEREIRA:

“aqui estão em embate, por um lado, o princípio da autonomia da vontade e a correspondente faculdade que tem toda pessoa de não contratar. Por outro lado, está em jogo o princípio que determina que as partes devem agir de boa-fé na fase das tratativas, tendo em vista que os atos praticados pelos contraentes podem despertar na parte contrária uma confiança legítima de que o contrato será estipulado, caso não surja um motivo relevante para a sua não-estipulação. Surgem, assim, para os contraentes, na fase das tratativas,

deveres jurídicos, cuja infringência enseja a sua responsabilização pelos prejuízos causados à parte contrária.”³⁵

Deste modo, deve-se analisar o caso concreto para que o aplicador do direito possa definir se a retirada de uma das partes nas negociações que antecedem a realização de um determinado negócio jurídico faz parte de seu direito de não contratar, ou se é capaz de gerar algum tipo de responsabilização por eventuais prejuízos causados à parte contrária. Assim, uma conciliação entre os dois princípios é o que pode ser visto de mais benéfico para a solução destas questões, tendo em vista sempre o caso concreto como pano de fundo.

No que pertine à responsabilidade pré-contratual pelo rompimento das negociações, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de estabelecer alguns parâmetros para a sua aplicação, uma vez que, por mais que nossa codificação civil não os tenha delineado, o Direito não pode se abster de regular este tipo de realidade, sob pena de se criar insegurança jurídica. Para ROBERTO SENISE LISBOA “as negociações preliminares que trazem despesas consideráveis como um sina de expectativa dos interessados de que o negócio jurídico será concluído podem ensejar a responsabilidade daquele que frustrou os interesses da outra parte e, ainda por cima, causou-lhe prejuízo”.³⁶

Os requisitos que configuram a responsabilidade civil pela interrupção, por uma das partes, das tratativas anteriores à realização contratual são: a) a existência de negociações, ou o consentimento às negociações, como quer ANTÔNIO CHAVES; b) a culpa, elemento que é excluído por FAGGELLA como um dos que configuram a responsabilidade pré-contratual³⁷, e que se caracteriza como uma violação do princípio da boa-fé; c) o dano; d) o nexo de causalidade.

³⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 292.

³⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: Obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 556.

³⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, p. 145.

6.1 – ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

6.1.1 – A Existência de Negociações

A existência de negociações é fundamental – quiçá óbvio – para que reste caracterizada a responsabilidade pela ruptura das negociações. Não há que se falar em responsabilidade sem que as partes tenham tido um primeiro contato acerca do objeto do contrato que pretendem realizar. Além da existência efetiva de tratativas, estas devem despertar na parte contrária uma confiança na futura realização do negócio jurídico.

Para que se comprove a existência dessas negociações e qual sua profundidade no contato entre as partes, importante se faz a análise da qualidade das mesmas, não a quantidade. É com base na qualidade das negociações que a confiança gerada na parte contrária se mostra maior ou menor, bem como sua expectativa acerca da realização do vindouro negócio jurídico. As provas materiais da existência de tratativas, como assevera REGIS FICHTNER PEREIRA, podem se dar “através do exame das conversações mantidas entre as partes, da troca de correspondências, do acerto provisório sobre aspectos preliminares do negócio e pela contratação de comum acordo de profissionais para os levantamentos técnicos que se fizerem necessários”³⁸.

Para ANTÔNIO CHAVES, o consentimento às negociações pode se dar de maneira expressa ou tácita. Assim, não é necessário qualquer instrumento que formalize a aceitação de alguém para que se dê início às tratativas. Se a manifestação se der de maneira iniludível a aceitação está caracterizada, mesmo sendo subentendida.³⁹

³⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 308.

³⁹ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, p. 146.

6.1.2 – A Culpa

Como nos mostra ANTÔNIO CHAVES, grandes estudiosos deste tema, como FAGGELLA e SALLEILES, procuravam eximir o componente culpa da noção de responsabilização pela ruptura das negociações⁴⁰, algo que de forma alguma pode ser concebido, sob pena de que todos aqueles que ingressam em tratativas preliminares à celebração de um negócio, ao se retirarem, seriam responsabilizados.

Desta forma, a noção de culpa mostra-se fundamental para que o aplicador do Direito possa responsabilizar alguém por retirar-se de negociações. Conforme observa REGIS FICHTNER PEREIRA:

*“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 desse tipo de responsabilidade civil. Não há qualquer possibilidade de o contraente ser responsabilizado pela interrupção das negociações, se o fato que ocasionou tal interrupção não puder ser a ele imputado”.*⁴¹

Mais adiante, o mesmo autor elenca alguns requisitos para a caracterização da responsabilidade pelo rompimento das negociações contratuais. O primeiro deles seria a inexistência de um justo motivo para tal rompimento. O segundo seria a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato para a parte prejudicada pela interrupção.⁴²

Se a parte dispuser de um justo motivo para deixar as tratativas contratuais torna-se isenta de qualquer tipo de responsabilização. Um exemplo é o caso daquele que, em fase de negociações para a realização de um contrato de compra e venda de imóvel percebe que a parte contrária não era a real proprietária do bem, motivo pelo qual pode deixar as negociações sem que seja responsabilizado. Considerando-se, no entanto, o mesmo caso em tela, se aquele que não era o real proprietário do imóvel entra em negociações contratuais e delas se retira sem motivo justificado, deveria, sim, ser responsabilizado, de um lado porque inexistente justo motivo para a sua retirada e, de

⁴⁰ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, p. 158-159.

⁴¹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 313-314.

⁴² *Ibidem*, p. 321.

outro porque não agiu de acordo com o princípio da boa-fé, negociando bem que seu não era. Notamos aí, então, nessa segunda vertente do exemplo, que resta configurada a culpa do agente, que não se comportou de acordo com os ditames da boa-fé.

Por outro lado, a parte que gera certo tipo de confiança no pólo contrário de que o negócio jurídico deve se realizar não pode abandonar as tratativas sem que seja responsabilizado. A confiança deve ser medida de acordo com critérios objetivos, como por exemplo, o estágio em que as negociações estão. Assim, aquele que permite que o outro contraente efetue despesas na fase das negociações sabendo já, de antemão, que o futuro contrato não será realizado, age com evidente má-fé e deve ser condenado a arcar com tais prejuízos da parte oposta.

Note-se, ainda, que, quando duas ou mais partes iniciam negociações com vistas à realização de um futuro negócio jurídico, o risco de que este negócio não venha a se efetivar existe, o que caracteriza a álea contratual. Entretanto, a relação entre os contraentes deve ser calcada na lealdade, seguindo-se os ditames do princípio da boa-fé, enxergando-se a necessidade de responsabilização de uma das partes por sua retirada das negociações apenas em caso de não observância de tais condutas, gerando-se, assim, culpa daquele que não agiu de acordo com tais moldes.

6.1.3 – O Dano

Para que a responsabilização pela ruptura das negociações contratuais reste configurada, o dano sofrido por aquele que teve sua expectativa quebrada deve ser comprovado (expectativa de que o contrato realizar-se-ia). Assim, não há que se falar em responsabilização se não há dano. Em sendo comprovado o prejuízo sofrido por uma das partes, resta saber que tipo de dano deve ser indenizado por aquele que desistiu e retirou-se das negociações.

Primeiramente, com base na teoria do interesse negativo de VON JHERING, já mencionada anteriormente, apenas seria indenizável o dano negativo, ou seja, aquilo que a parte perdeu ou deixou de ganhar quando da realização de um contrato nulo. Mas no caso da ruptura das negociações contratuais caberia a aplicação desta teoria?

Poderia o autor de uma ação de indenização pelo rompimento das tratativas pleitear a recomposição do interesse positivo, ou seja, uma indenização relativa ao cumprimento do contrato?

Parece-nos que tal teoria pode, sim, ser aplicada para os casos de ruptura das negociações contratuais, tendo em vista sua natureza e o fato de não ter sido estabelecida a obrigação que seria objeto do contrato que não veio a ser efetivamente celebrado. Em princípio, a confiança de uma das partes na realização do negócio jurídico, quebrada pela retirada da parte contrária das negociações preliminares, deve ser indenizada. Essa indenização deve abranger, então, as “despesas em que a parte incorreu durante o desenrolar das tratativas e eventualmente os prejuízos decorrentes da perda de algum outro negócio de que tenha desistido, em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer”.⁴³

No mesmo sentido, cabe colocarmos, aqui, a opinião de ORLANDO GOMES, quando afirma que “o dever de indenizar, no caso, explica-se pela teoria da culpa *in contrahendo*. Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo – *negativertrag interest* -, de acordo com a explicação de Ihering”.⁴⁴

Destaque-se, também, a opinião de SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

“A indenização nem sempre será naquele valor que seria objeto do contrato. Poderá sê-lo, no entanto. Indenizam-se as perdas e danos, tendo em vista a situação fática e o efetivo prejuízo da vítima. O proponente que perde a aquisição de um imóvel, por exemplo, no rompimento injustificado das tratativas, pode intitular-se a receber a diferença de preço que pagou a mais em outro imóvel similar e o aluguel que teve que pagar durante o período até a concretização do segundo negócio. Cabe ao postulante fazer o pedido em termos sensíveis, como sensível deverá ser a decisão do juiz”.⁴⁵

No entanto, hodiernamente, ao contrário do que dispõe a teoria do interesse negativo, pode, também, mesmo que em casos excepcionais, ser indenizado o chamado interesse positivo. A responsabilidade pela ruptura das negociações

⁴³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 377-378.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 61.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 482.

No entanto, hodiernamente, ao contrário do que dispõe a teoria do interesse negativo, pode, também, mesmo que em casos excepcionais, ser indenizado o chamado interesse positivo. A responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais visa tutelar a confiança da parte na realização do negócio jurídico que não vingou. Assim, os danos sofridos pela parte podem abranger aquilo que ele deixou de obter caso o contrato tivesse sido realizado. “Isso ocorre quando a infringência dos deveres de lealdade e correção pela parte que rompe as negociações, acarretarem na perda da possibilidade de a outra parte realizar o mesmo negócio com outra pessoa”.⁴⁶

Assim, podem e devem, tendo em vista sempre o caso concreto, ser indenizados os prejuízos que um dos contraentes teve quando da retirada do outro das negociações. Tal indenização deve ter como base, então, os danos emergentes e os lucros cessantes.

A título de danos emergentes podemos considerar o montante dispendido pela parte com viagens, estada, assessoria técnica, despesas com documentação, locação de imóveis, automóveis, etc., além dos prejuízos com a imobilização de capital para a aplicação no futuro negócio. Destaque-se, também, aqui, a possibilidade, mesmo que excepcional, de ser indenizado o dano não-patrimonial ou dano moral, quando “tenha havido grave violação dos deveres decorrentes da incidência do princípio da boa-fé durante a fase de formação dos contratos”.⁴⁷

Com relação aos lucros cessantes, observa-se que uma parte da doutrina⁴⁸ não os admite. No entanto, a doutrina majoritária admite a sua integração ao montante da indenização, principalmente no caso de a parte lesada ter perdido a oportunidade de contratar com terceiros, em virtude de sua fundada confiança no estabelecimento do negócio.

6.1.4 – O Nexo de Causalidade

Alguém só pode ser responsabilizado por ter-se retirado das negociações contratuais se este comportamento gera algum tipo de dano para a outra parte, seja este

⁴⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade pré-contratual*, p. 385.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 392.

⁴⁸ Destacamos, aqui, CARLYLE POPP.

dano patrimonial ou extrapatrimonial. Por isso a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela parte é fundamental para a caracterização deste tipo de responsabilidade, algo que parece até prosaico, mas que é determinante.

Aqui, faz-se relevante a opinião de CARLYLE POPP. Segundo o autor, “no âmbito da responsabilidade pré-negocial o nexos causal se estabelece pelo alcance do direito violado. Assim, se o direito protegido era exclusivamente a confiança na lealdade das tratativas, pode se afirmar que os danos decorrentes do contrato projetado não podem ser indenizados, visto a ausência de nexos causal”.⁴⁹

6.2 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – DOIS JULGADOS BEM CARACTERIZADORES⁵⁰

6.2.1 – Negociações para Cessão de Cotas de Sociedade

Este caso, julgado pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 1991⁵¹, retrata de forma bem definida a aplicação da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações contratuais no caso concreto.

A ementa assim dispõe:

“RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CULPA IN CONTRAHENDO. Alienação de quotas sociais. É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para a indenização das despesas feitas na preparação do negócio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porém, o desistente agiu justificadamente. Cessão de totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital.”

Trata-se das negociações para a alienação de cotas sociais de um posto de gasolina. No entanto, a parte interessada na aquisição de tais cotas desistiu do negócio, fazendo com que o alienante entrasse com uma ação de indenização fundada no

⁴⁹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade pré-negocial*, p. 293.

⁵⁰ O título deste tópico faz respeitosa referência ao item 6 do capítulo 4 da obra de ANTÔNIO CHAVES, que o batiza de forma semelhante.

⁵¹ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nº 152, p. 605-608.

prejuízo que sofrera com a contratação de advogado para a celebração do contrato de compra e venda.

Não fosse uma questão central, a ação seria perfeitamente cabível. Tal questão diz respeito à atitude não condizente com o princípio da boa-fé por parte do alienante, que desejava alienar a totalidade das cotas, mas que era detentor apenas de uma parte delas.

Assim, a ação de indenização foi acertadamente indeferida por que a parte que desistiu das negociações tinha justificado motivo para fazê-lo, tendo em vista a ocultação de informação relevante para a celebração do contrato por parte do alienante.

6.2.2 – O Caso dos Tomates

Segue a ementa⁵²:

“CONTRATO – TRATATIVAS – CULPA IN CONTRAHENDO – RESPONSABILIDADE CIVIL.

Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo de plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação.

Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré..”

Como bem se observa, a empresa alimentícia frustrou uma expectativa do agricultor fundada na confiança, tendo em vista que em anos anteriores a mesma empresa agiu da mesma forma, distribuindo sementes e adquirindo, posteriormente a produção. No entanto, na safra em questão desistiu de agir dessa maneira, sem apresentar nenhum motivo justificado, atitude esta não condizente com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que não houve lealdade no contato social entre as partes, fazendo com que o agricultor tivesse seu produto estagnado, por não ter podido vendê-lo, pelo menos em parte, a terceiros.

⁵² Apelação Cível nº 591.028.295. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Note-se que neste caso tutelou-se também o interesse positivo, visto que a indenização abrangeu valor que seria conferido ao agricultor no caso de o contrato ter-se perfectibilizado.

7 – CONCLUSÃO

O trabalho que foi exposto teve por escopo apresentar a responsabilidade civil pré-contratual como um novo ramo ou uma “terceira via” dentro da teoria geral da responsabilidade civil. Por apresentar características que lhe são genuínas e por necessitar atualmente de regras que expressamente a disciplinem, é assim que este instituto deve ser encarado.

A boa-fé, que rege todas as relações sociais, deve também reger as relações de natureza pré-contratual, constituindo-se no seu fundamento. Deste modo, a lealdade durante as tratativas que antecedem a celebração de um determinado negócio jurídico tem de ser observada e mantida, para que não se desnature a confiança depositada por uma das partes na realização da obrigação.

Se, no entanto, a parte teve sua expectativa frustrada devido a má-fé na atuação daquele que injustificadamente se retira das negociações, deve ser devidamente indenizado, não como forma de punição ao infrator, mas como modo de premiação àquele que se preocupa em seguir um certo padrão de conduta no contato social.

Assim, importante papel cabe aos juízes na efetivação destes princípios que, infelizmente não se encontram positivados no Código Civil brasileiro. Estes juízes devem ser sensíveis à realidade na qual se inserem, sob pena de se gerar uma certa insegurança jurídica, vez que o Direito deixa de regular situações capazes de provocar conflitos intersubjetivos.

Finalizamos, então, com a profunda colocação de PLAUTO FARACO DE AZEVEDO:

“Sem dúvida, assim como não pode o juiz tomar liberdades inadmissíveis interpretando a lei, tampouco pode permanecer surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. É chamado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, se modificam. A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta que o direito tem um papel social a cumprir e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo o seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que são chamadas a reger e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação não pode ser formal; precisa ser, antes de tudo, real, humana, socialmente útil”⁵³

⁵³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: RT, 1996, p. 149-150.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: RT, 1996.

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

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-contratual*. 2ª edição, Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Editora Lejus, 1997.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

_____. *Obrigações*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: Obrigações e responsabilidade civil*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: RT, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

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

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986, v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, v. 4.

_____. *Responsabilidade civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual – Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Lisboa: [s.e.], 1991.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, v. 5.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3ª edição. São Paulo: RT, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nº 152.