

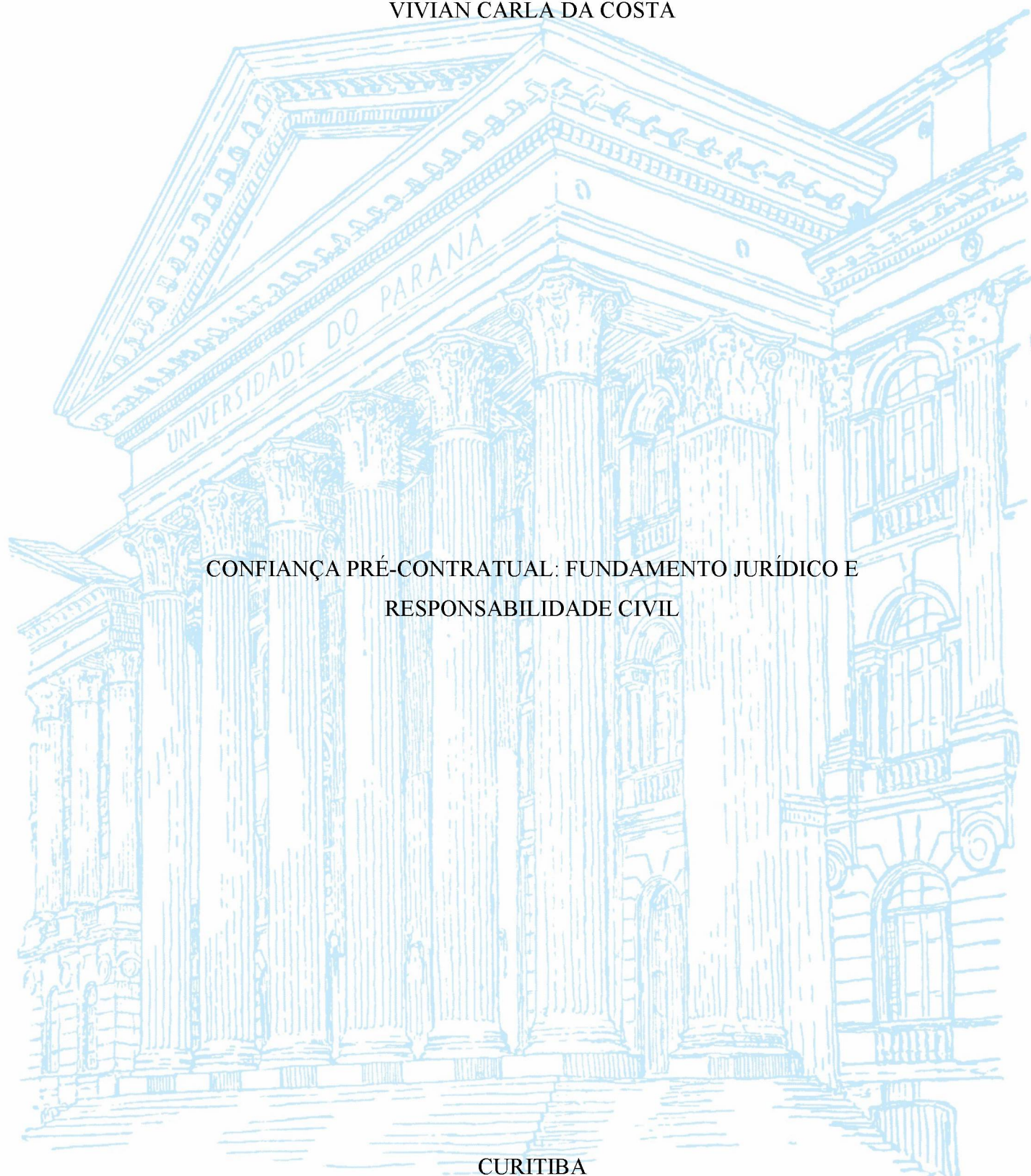
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VIVIAN CARLA DA COSTA

CONFIANÇA PRÉ-CONTRATUAL: FUNDAMENTO JURÍDICO E  
RESPONSABILIDADE CIVIL

CURITIBA

2024



VIVIAN CARLA DA COSTA

CONFIANÇA PRÉ-CONTRATUAL: FUNDAMENTO JURÍDICO E  
RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Professor Pós-Doutor Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Costa, Vivian Carla da

Confiança pré-contratual: fundamento jurídico e  
responsabilidade civil / Vivian Carla da Costa. – Curitiba,  
2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do  
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-  
graduação em Direito.

Orientador: Eroulths Cortiano Junior.

1. Pré-contratos. 2. Confiança. 3. Responsabilidade  
(Direito). 4. Contratos. I. Cortiano Junior, Eroulths.  
II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

**ATA Nº439**

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO  
GRAU DE MESTRA EM DIREITO**

No dia seis de março de dois mil e vinte e quatro às 14:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **VIVIAN CARLA DA COSTA**, intitulada: **Confiança pré-contratual: fundamento jurídico e responsabilidade civil**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE), PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), THAIS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI (UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EROULTHS CORTIANO JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 06 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

18/03/2024 16:40:09.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

23/04/2024 10:11:33.0

JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE)

Assinatura Eletrônica

18/03/2024 10:55:46.0

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

17/04/2024 13:12:20.0

THAIS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **VIVIAN CARLA DA COSTA** intitulada: **Confiança pré-contratual: fundamento jurídico e responsabilidade civil**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 06 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

18/03/2024 16:40:09.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

23/04/2024 10:11:33.0

JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE)

Assinatura Eletrônica

18/03/2024 10:55:46.0

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

17/04/2024 13:12:20.0

THAIS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ)

Ao Felipe, por todos os sonhos que sonhamos juntos.

## **AGRADECIMENTOS**

A construção de uma dissertação de Mestrado é um processo permeado de incertezas e escolhas. Demanda tempo, cuidado e, sobretudo, abdicção — tudo no propósito de concluir uma etapa que, até pouco tempo, era somente um sonho.

Por sorte, não atravessei este caminho sozinha.

Agradeço, inicialmente, ao professor Eroulths Cortiano Junior, meu orientador, pelas incontáveis oportunidades, pela amizade e pela mais genuína confiança na minha pesquisa, mas, principalmente, em mim.

Aos professores João Ricardo Brandão Aguirre, Paulo Nalin e Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, pela gentileza de aceitarem o convite para compor a banca examinadora e avaliar meu trabalho.

À minha família, meu alicerce em dias difíceis. Em especial, ao meu irmão Valterlei da Costa, meu grande incentivador: por tudo que planejamos, construímos e seguimos construindo, juntos.

Por fim, agradeço, e muito, aos meus amigos: àqueles que não são acadêmicos, pela paciência e compreensão; já aqueles que pude conhecer — e cultivar — durante o programa da pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, pelas trocas diárias e pelo companheirismo.

O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim:  
esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa,  
sossega e depois desinquieta.  
O que ela quer da gente é coragem<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> João Guimarães Rosa, **Grande sertão**: veredas, p. 230.

## RESUMO

A formação do contrato pós-moderno é âmbito profícuo à investigação da confiança, haja vista ser contexto caracterizado pela complexidade das operações comerciais e, conseqüentemente, das relações contratuais, as quais, dada sua formação progressiva, podem demandar uma fase negocial mais extensa. Nessa etapa, em que ainda contrato não há, inúmeras situações podem ser firmadas sob vínculos de confiança, das quais podem ocorrer danos, mas que não são *prima facie* garantidos pelo direito positivo. Visando suprimir tal lacuna, literatura e jurisprudência brasileira, munidas pelas referências estrangeiras que há muito enfrentam o tema, têm teorizado acerca da tutela da confiança e seus efeitos, buscando objetivá-la. No entanto, a confiança jurídica ainda carece de organização sistemática, o que acaba obstaculizando a compreensão de sua autonomia, sendo enquadrada, muitas vezes, embora inadequadamente, como mero desdobramento da boa-fé objetiva. Assim, o presente estudo, por meio de uma abordagem teórico-dogmática, busca sistematizar a confiança para o direito privado brasileiro com o intuito de afirmá-la como conceito jurídico autônomo, destinado à tutela das expectativas legítimas, apto a ser objetivamente aplicável como instrumento de resolução de conflitos, a partir de uma responsabilidade civil própria, pela quebra da confiança. Em sequência, pretende-se aplicá-la ao campo de reparação de danos ocorridos durante a fase pré-contratual, zona gris entre o ato ilícito *lato sensu* e o contrato, a fim de dirimir as divergências acerca da sua natureza jurídica e forma de reparação.

Palavras-chave: Confiança; Responsabilidade civil; Expectativas legítimas; Formação do Contrato; Pré-contratual.

## ABSTRACT

The post-modern contract formation is a favorable place for trust investigation, considering its context is characterized by the complexity of commercial operations and, consequently, the contractual relations, which, being progressively formed, can demand a more extensive negotiation phase. In that step, when there's still no actual contract, there could be innumerable situations established under trust, in which there could occur damage, but aren't *prima facie* covered by positive law. Aiming to supply that gap, literature and Brazilian court precedents, influenced by foreign references that for long face the matter, have theorized on the protection of the trust and its effects, trying to objectivize it. Even though, the juridical trust still misses systematic organization, which gets on the way of comprehending its autonomy, often being framed, inadequately, as mere unfolding of objective good faith. This way, this study, through a theoretical and dogmatic approach, tries to systematize the trust to Brazilian private law, aiming to firm it as an autonomous juridical concept, destined to conflict solving, from its own civil responsibility, by breach of trust. As a result, intends to apply it to the field of damage repair during pre-contractual phase, gray area between the *lato sensu* illicit action and the contract, looking to resolve the divergences along its juridic nature and repairing way.

Keywords: Trust; Civil responsibility; Legitimate expectations; Formation of the contract; Pre-contractual.

## SUMÁRIO

|                                                                                                 |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                          | <b>12</b> |
| <b>1      CONFIANÇA: UMA POLISSEMIA.....</b>                                                    | <b>15</b> |
| 1.1    INTERDISCIPLINARIDADE: A BASE SOCIOLOGICA DA CONFIANÇA.....                              | 16        |
| 1.2    RAÍZES      HISTÓRICO-FILOSÓFICAS:      UM      CAMINHO      À      PÓS-MODERNIDADE..... | 21        |
| 1.3    ESTADO DA ARTE NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA.....                                    | 30        |
| 1.4    EM BUSCA DE UMA AUTONOMIA DOGMÁTICA.....                                                 | 37        |
| 1.4.1    Modelo jurídico da confiança.....                                                      | 37        |
| 1.4.2    Características e funcionalidades.....                                                 | 45        |
| 1.4.3    Aproximações e distinções: confiança e boa-fé.....                                     | 50        |
| <b>2      FORMAÇÃO DO CONTRATO PÓS-MODERNO.....</b>                                             | <b>55</b> |
| 2.1    REESISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL.....                                             | 56        |
| 2.2 <i>EXEMPLI GRATIA</i> :      PRINCÍPIOS      DA      NOVA      SISTEMÁTICA CONTRATUAL.....  | 63        |
| 2.2.1    Autonomia privada.....                                                                 | 63        |
| 2.2.2    Função social do contrato.....                                                         | 67        |
| 2.2.3    Boa-fé objetiva.....                                                                   | 70        |
| 2.2.4    Confiança.....                                                                         | 75        |
| 2.3    O CONTRATO COMO PROCESSO.....                                                            | 77        |
| 2.3.1    Prelúdios.....                                                                         | 77        |
| 2.3.2    Negociações preliminares, proposta e aceitação.....                                    | 80        |
| 2.3.3    Formação progressiva do contrato.....                                                  | 84        |
| <b>3      CONFIANÇA PRÉ-CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>                            | <b>88</b> |
| 3.1    RESPONSABILIDADE      PRÉ-CONTRATUAL      E      SEUS DESDOBRAMENTOS.....                | 90        |
| 3.1.1 <i>Culpa in contrahendo</i> : aspectos históricos.....                                    | 90        |
| 3.1.2    Ampliação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual no direito comparado.....   | 94        |
| 3.2    RESPONSABILIDADE      PRÉ-CONTRATUAL      NO      DIREITO BRASILEIRO.....                | 98        |
| 3.2.1    Desde sempre, uma lacuna legal.....                                                    | 98        |

|          |                                                                                 |            |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.2    | Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual: um <i>tertium genus</i> ? | 103        |
| 3.3      | RESPONSABILIDADE CIVIL PELA CONFIANÇA                                           | 112        |
| 3.3.1    | Fundamentos jurídicos                                                           | 113        |
| 3.3.2    | Pressupostos normativos                                                         | 118        |
| 3.3.3    | Responsabilidade pré-contratual: uma hipótese aplicada                          | 122        |
| <b>4</b> | <b>CONCLUSÕES</b>                                                               | <b>131</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>                                               | <b>134</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS</b>                              | <b>145</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca sistematizar a confiança para o direito privado, com o intuito de afirmá-la como um conceito jurídico autônomo, de dogmática própria, ao ponto de justificá-la, em caso de sua quebra, como fato gerador de responsabilidade civil. E, no intuito de aplicar tal proposta teórica, pretende-se cotejá-la ao campo de reparação de danos ocorridos durante a fase pré-contratual, zona gris entre o ato ilícito genérico e o contrato, a qual prescinde de regulação normativa.

Para tanto, a relevância da confiança na pós-modernidade foi a motivação determinante para a construção da presente pesquisa. Considerada, em termos sociológicos, fator de redução da complexidade da sociedade, é a partir dela que são possíveis as mais primárias relações sociais. Mediante esta conjuntura histórica, a qual é caracterizada pela complexidade, pluralidade e impessoalidade, as certezas tornam-se escassas, sendo imprescindível confiar: confia-se nas regras de trânsito, nas estruturas das edificações, nas instituições e, enfim, cria-se expectativas que o outro, enquanto parte do mesmo contexto social, irá confiar também, tornando possíveis, e minimamente seguras, as relações. A confiança, portanto, é necessária à vida em sociedade, manifestando-se nos seus mais variados campos.

Neste sentido, não se olvida sua pertinência ao âmbito jurídico, haja vista não mais se tratar de mera questão moral, mas sim de uma necessidade diante do contexto socioeconômico atual. Seja no direito público, no qual o cidadão confia no cumprimento de prestações estatais, seja no do direito privado, nas relações familiares ou negociais, em algum momento, torna-se necessário confiar. E, se por um lado, o direito, enquanto instituição, ostenta maior segurança ao dispor de normas jurídicas destinadas a tutelar condutas, permitindo que se confie na eficácia de tais normas e nas medidas que asseguram seu cumprimento, por outro, não é capaz de regular taxativamente todo e qualquer comportamento. E isto porque, a uma, tratar-se-ia de tarefa infactível imposta ao legislador, e a duas, um direito exaustivo representaria, em última análise, um descompromisso com a realidade.

Há, portanto, situações que se firmam sob vínculos de confiança, das quais podem decorrer danos, mas que não são *prima facie* garantidas pelo direito positivo, como é o caso das negociações preliminares estabelecidas na antessala contratual, fase de inegável relevância para o contrato pós-moderno. Afinal, neste contexto, há uma crescente de relações massificadas e cada vez mais impessoais, mas há, também, o incremento da complexidade das operações comerciais e, conseqüentemente, dos desenhos contratuais, os quais podem demandar intrincadas e extensas tratativas.

À vista disso, a literatura e a jurisprudência brasileiras, munidas pelas referências estrangeiras que há muito enfrentam o tema, têm teorizado acerca da tutela jurídica da confiança e seus efeitos, buscando objetivá-la. No entanto, a confiança jurídica ainda carece de organização sistemática, o que acaba obstaculizando a compreensão de sua autonomia, sendo enquadrada, muitas vezes (embora inadequadamente) como mero desdobramento da boa-fé objetiva. Assim, assente no propósito de sistematizar a confiança para o direito privado enquanto conceito jurídico autônomo apto a ser objetivamente aplicável como instrumento de resolução de conflitos, a partir de uma responsabilidade civil própria (responsabilidade civil pela quebra da confiança), entende-se justificada a relevância acadêmica da pesquisa, a qual se construirá a partir de um estudo teórico-dogmático com investigação bibliográfica.

Tendo em conta este desígnio, o trabalho segue estruturado em três capítulos, os quais se destinarão a atender dois propósitos: elaborar o fundamento jurídico da confiança no direito privado brasileiro e, em seguida, aplicá-lo à responsabilidade civil pré-contratual, tema lacunoso no direito positivo, sobre o qual a dogmática clássica se revela insuficiente para solucionar seus problemas. Isto porque não se enquadra nem ao regime extracontratual propriamente dito, o qual advém da violação do singelo *neminem laedere*, nem ao contratual, pois, afinal, contrato não há. Com isto, pretende-se responder se a confiança seria o verdadeiro fundamento jurídico da responsabilidade pré-contratual.

Para tanto, propor-se-á, no primeiro capítulo, minimizar a polissemia que paira sobre o vocábulo confiança, o qual assume variados enfoques a depender da área do conhecimento e da conjuntura histórica a qual se analisa. Neste sentido, delimitando o campo de pesquisa, pretende-se explorar a confiança a partir do recorte do direito privado pós-moderno. E, visando a sua sistematização, perpassar-se-á pelas suas raízes histórico-filosóficas, bem como pelo diálogo interdisciplinar com a sociologia, a fim de construir as bases de um conceito jurídico próprio, o qual dê conta da inerente polivalência da confiança, distinguindo-a da boa-fé.

Como hipótese, pretende-se defender que há uma confiança jurídica, objetiva e com características próprias, destinada a proteger as expectativas legítimas criadas no trânsito jurídico. Tal confiança apresenta-se para o direito em diversos matizes — ora como valor, ora como situação fática apta a produzir efeitos jurídicos, ora como princípio —, passível de ser conceituada autonomamente como um modelo jurídico complexo e prescritivo. Isto porque espera-se que, de tal conceituação, a qual concatena estes diferentes planos (fato, valor e norma), seja possível desvelar um dever jurídico de caráter geral e abstrato, compatível à ordem jurídica civil-constitucional, de não defraudar as expectativas criadas em outrem — o qual, se

violado, deverá ensejar uma hipótese qualificada de responsabilidade civil —, atendendo, assim, o primeiro propósito da pesquisa.

Uma vez delineado tal modelo de confiança, no segundo capítulo planeja-se aplicá-lo ao âmbito da formação do contrato, o qual, tradicionalmente caracterizado pelo ideário liberal em que dominava o princípio da autonomia privada e, portanto, carregava denotação estática, ganha, em vistas da pós-modernidade, contornos sociais. Mediante este novo paradigma, entende-se que a vontade continua sendo relevante para concretização do vínculo contratual, mas deverá ser agora avaliada conjuntamente com outros princípios, tal como o da confiança. Sob esta ótica, aventar-se-á uma nova perspectiva do contrato, dinâmica, permitindo compreendê-lo como processo, o qual, norteado por um fio principiológico, formar-se-á progressivamente, mediante a sucessão de etapas, atos, posições e situações jurídicas autônomas até, efetivamente, sua conclusão.

Por conseguinte, pretende-se sustentar não ser adequada uma classificação estanque da fase pré-contratual (tradicionalmente subdividida entre negociações preliminares, proposta e aceitação), haja vista as inúmeras situações passíveis de ocorrer neste momento, as quais, embora não taxativas, são movidas pela confiança na celebração do contrato futuro. Assim, tem-se como hipótese que, a depender do grau de confiança incutido nesta etapa, justificando as expectativas despertadas no outro negociante, sua eventual quebra ensejará reparação civil. No entanto, considerando que tal modalidade não é regulada pelo Código Civil brasileiro, a despeito de ser uma realidade nos tribunais, entende-se como sendo papel da doutrina a construção dos seus fundamentos jurídicos, de seus pressupostos e, conseqüentemente, de sua operacionalização.

À vista disso, no último capítulo, após um apanhado acerca da evolução histórica da teoria da responsabilidade pré-contratual, a qual remonta às raízes germânicas da *culpa in contrahendo* de Rudolf von Jhering, bem como das divergências que pairam sobre o tema, sobretudo quanto a sua natureza jurídica, intenta-se defendê-la como hipótese de responsabilidade civil pela quebra da confiança, diante da violação do dever jurídico de não frustrar as expectativas, atendendo-se, assim, o segundo propósito do estudo. Neste sentido, buscar-se-á definir os pressupostos dessa responsabilidade, sua natureza jurídica — se extracontratual, contratual ou um *tertium genus* —, a fim de constatar qual corpo normativo lhe é aplicável, bem como de que forma se dá sua reparação, se a título de interesse positivo ou negativo.

## 1 CONFIANÇA: UMA POLISSEMIA

Confiança é uma daquelas palavras multifacetadas da linguagem, a qual, a partir de um significante, emergem diversos significados, fenômeno linguístico conhecido por polissemia<sup>2-3</sup>. Dada sua etimologia latina *fidere*, sua acepção deriva do verbo fiar<sup>4</sup>, acrescida do prefixo “-co”<sup>5</sup>, o que leva à construção de um possível significado, o de uma ação de ter fé em outrem. Essa análise morfológica, no entanto, ainda é insuficiente para lhe definir um sentido, haja vista que é palavra naturalmente dotada de alto grau de subjetivismo e abstração, de modo, que por si só, pouco diz — confiar em quem?, em quê? e por quê? —. E isto só é minimizado, tal como todo vocábulo polissêmico, a partir da apreensão do(s) contexto(s) em que é utilizada. Ou seja, seu significado dependerá do cotejo entre o significante e as circunstâncias que lhe permeiam.

Como partida do estudo da confiança, portanto, há de se demarcar seu contexto a fim de se evitar confusões teóricas e, consequentemente, práticas. Para fins desse trabalho, dois elementos deverão ser levados em conta: a área de conhecimento — sem prejuízo de intersecções interdisciplinares — e, em seguida, o momento histórico em que a confiança está sob análise, pois, em que pese haja um *ethos* de confiança que é um traço de vida em sociedade do homem, sua manifestação pode-se dar de diversas formas, em maior ou menor intensidade, a depender justamente de seu contexto.

Tais conjunturas serão mais bem exploradas adiante, mas, em suma, o presente trabalho, mediante a junção dessas duas perspectivas, pretende explorar a confiança no direito pós-moderno, sobretudo, no direito contratual pós-moderno. Como propósito, buscar-se-á sua conceituação a partir dos matizes do campo social, valorativo e, enfim, normativo, para, em seguida, avaliar se é possível defender uma responsabilidade civil advinda da quebra da

---

<sup>2</sup> A título ilustrativo, segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa, confiança possui oito significados distintos. “1 crença na probidade moral, na sinceridade afetiva, nas qualidades profissionais etc., de outrem, que torna incompatível imaginar um deslize, uma traição, uma demonstração de incompetência de sua parte, crédito, fé [...]; 2 crença de que algo não falhará, é bem-feito ou forte o suficiente para cumprir sua função [...]; 3 força interior; segurança, firmeza [...]; 4 crença ou certeza de que suas expectativas serão concretizadas; esperança, otimismo [...]; 5 sentimento de respeito, concórdia, segurança mútua [...]; 6 comportamento não facultado a alguém de posição considerada inferior, ou sem intimidade suficiente para assim se comportar; atrevimento, insolência [...]; 7 confim, limite [...]; 8 empregado (ou outra pessoa) de confiança [...]”. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**, p. 795.

<sup>3</sup> “POLISSEMIA. Propriedade da significação linguística de abarcar toda uma gama de significações, que se definem e precisam dentro de um contexto. Convém não confundi-la com a homonímia [...]”. Joaquim Mattoso Câmara Junior, **Dicionário de linguística e gramática**, p. 241.

<sup>4</sup> Fiar significa: “‘abonar, afiançar’ ‘confiar’ XIII. Do lat. *\*fidare*, por *fidere* [...]”. Antônio Geraldo da Cunha, **Dicionário etimológico da língua portuguesa**, p. 291.

<sup>5</sup> “CO. pref. Significa companhia, concomitância”. Caldas Aulete, **Dicionário contemporâneo de língua portuguesa**, p. 827.

confiança para justificar eventuais danos ocorridos no âmbito da formação dos contratos (pré-contratual). Antes, uma breve justificativa desses recortes faz-se necessária.

### 1.1 INTERDISCIPLINARIDADE: A BASE SOCIOLOGICA DA CONFIANÇA

No que diz respeito à primeira conjuntura, a área de conhecimento, a confiança é objeto de estudos aprofundados nas mais diversas áreas. Há ricas pesquisas sobre o tema a partir de variadas perspectivas, seja na Sociologia<sup>6</sup>, Filosofia<sup>7</sup>, Psicologia<sup>8</sup>, Economia<sup>9</sup> e, enfim, no Direito, campo de interesse desse trabalho e que será mais desenhado adiante. Em que pese o devido cuidado de não se fazer uma “transposição mecânica” dessas acepções para o meio jurídico, tal como adverte Cordeiro<sup>10</sup>, vale dizer que não são significados excludentes, mas sim simbióticos, complementares, de modo que serão referências encontradas ao longo do trabalho para fins de contribuição teórica. Ademais, considerando que a compreensão da sociedade é a pedra de toque para o estudo da confiança jurídica, haja vista ser o direito um elemento social<sup>11</sup>, como escolha metodológica, propõe-se, nas linhas seguintes, algumas considerações acerca da confiança e sua perspectiva sociológica.

A capacidade do homem de estabelecer relações sociais uns com os outros é inerente à sua natureza. É seu traço característico, que o distingue enquanto *zoon politikon*<sup>12</sup>, sendo o homem quem o é em razão da convivência com seus pares<sup>13</sup>. A confiança, por seu turno, lhe é indissociável, “[...] presente onde quer que exista vestígio de humanidade, ora determinando

<sup>6</sup> Exemplificativamente, Luhmann (1927-1998) foi um sociólogo alemão que, ao desenvolver a teoria dos sistemas sociais, estuda o tema da confiança em diversas obras, tendo, inclusive, uma dedicada exclusivamente à confiança no âmbito social, intitulada “*Vertrauen: ein mechanismus der reduktion sozialer komplexität*” (2000), referenciada neste trabalho a partir de sua tradução espanhola “*Confianza*” (2005).

<sup>7</sup> Pereda é um filósofo uruguaio que, igualmente, aborda a temática, mas pela perspectiva filosófica, em sua obra “*Sobre la confianza*” (2009).

<sup>8</sup> No campo da psicologia, Rotenberg, professor de psicologia do Reino Unido, enfrenta as relações de confiança em seu livro “*A psicologia da confiança*” (2022), traduzido para o português.

<sup>9</sup> Sobre a relação entre confiança e economia, Weingarten, jurista argentina, desenvolveu a temática no artigo “*El valor economico de la confianza para empresas y consumidores*” (2000), publicado na Revista dos Tribunais.

<sup>10</sup> “A importância sociológica assumida pela confiança não deve levar, no alcance como na sua construção, a uma transposição mecânica para o Direito”. Antônio Menezes Cordeiro, **Da boa fé no direito civil**, p. 1242.

<sup>11</sup> “Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade. O sistema jurídico compreende a sociedade, uma vez que ele se diferencia nela”. Niklas Luhmann, **O direito da sociedade**, p. 45.

<sup>12</sup> “É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”. Aristóteles, **Política**, p. 14.

<sup>13</sup> “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. [...] Só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros”. Hannah Arendt, **A condição humana**, p. 31.

uma simples tendência, ora a característica geral de um povo ou de uma geração”<sup>14</sup>. Segundo o sociólogo Good, sem a confiança, a vida cotidiana simplesmente não seria possível<sup>15</sup>. É, enfim, a base fundamental para o desenvolvimento das relações sociais.

Não à toa, tamanha sua relevância, despertou, e desperta, interesse daqueles que se dedicam a estudar a sociedade, seus elementos e como ela se desenvolve. Exemplificativamente, Luhmann, sociólogo alemão que dedicou sua trajetória acadêmica à construção da teoria dos sistemas sociais<sup>16</sup>, a fim de compreender a complexidade da sociedade moderna, debruçou-se, com profundidade, nos estudos sobre a confiança.

Em linhas gerais, a confiança, para Luhmann, enquanto fato social<sup>17</sup>, desempenha importante papel na sociedade como redutora da sua complexidade<sup>18</sup>. E isto porque, para o autor, tal característica, a complexidade, é marco da sociedade moderna, uma sociedade descentralizada na qual os indivíduos são livres para fazer suas escolhas. Disto implica que, no plexo social, há uma miríade de possibilidades de experiências e ações, as quais podem ser escolhidas sem qualquer distinção — é o que define inclusive a contingência, outra importante característica da sociedade luhmanniana<sup>19</sup>. Essa liberdade, por um lado, a qual foi uma conquista desses tempos, por outro, é o que torna a vida mais complexa e, também, imprevisível. Neste sentido, em síntese, o autor define que, “[e]m termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento em necessidade de assumir-se riscos”<sup>20</sup>. A sociedade, então, a fim de tolerar tais contingências, adota mecanismos de segurança, seja a nível sistêmico (o direito, por exemplo, é, para Luhmann, um dos subsistemas sociais), seja a nível pessoal, para que a convivência social seja, enfim, possível. O ato de confiar é um deles.

Como forma de minimizar a abstração que esta acepção carrega, o autor propõe a leitura da confiança a partir de duas perspectivas, sistêmica e pessoal (*sistêmica e personal* ou

<sup>14</sup> Mário Pimentel Albuquerque, **Princípio da confiança no direito penal**, p. 96.

<sup>15</sup> David Good, *Individuals, interpersonal relations, and trust*, in Diego Gambetta (ed.), *Trust*, p. 32.

<sup>16</sup> “A Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, compreende a sociedade contemporânea como um sistema, que, por sua vez, dá origem a subsistemas (político, econômico, científico, religioso, artístico, midiático, educativo, familiar e jurídico)”. Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 28.

<sup>17</sup> “A confiança, no sentido mais amplo de fé nas próprias expectativas, é um fato básico da vida social”. Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 5 (tradução nossa). No original: “La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social”.

<sup>18</sup> “[...] a confiança, através da redução da complexidade, revela possibilidades de ação, que teriam permanecido improváveis e pouco atrativas com a falta de confiança [...]”. Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 42 (tradução nossa). No original: “[...] la confianza, por medio de la reducción de la complejidad, revela las posibilidades de acción, que habrían seguido siendo improbables y sin atracción con la falta de confianza [...]”.

<sup>19</sup> “Contingência [...] significa a possibilidade de qualquer seleção dentre as múltiplas possíveis, deixando outras escolhas abertas”. Rodrigo Mota, Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann, **PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP**, v. 23.2, p. 189.

<sup>20</sup> Niklas Luhmann, *Sociologia do direito I*, p. 46.

*confidence* e *trust*, a depender da tradução<sup>21</sup>). A nível sistêmico, confia-se nas instituições e nas regras estabelecidas em cada subsistema, não havendo alternativa a não ser confiar<sup>22</sup>. Confia-se que a casa em que se mora não irá ruir, que os carros não irão atravessar cruzamentos enquanto o sinal de trânsito está fechado, que os aviões não irão cair. É, enfim, necessária à vida em sociedade, tratando-se de uma *confiança geral*.

Já no âmbito pessoal, nas relações entre os indivíduos, confia-se no outro a partir de expectativas que são criadas tendo em conta comportamentos prévios que garantem, por sua vez, certa previsibilidade e, conseqüentemente, segurança e tranquilidade para fazer escolhas<sup>23</sup>. Em suma, a vida em sociedade demanda a outorga de confiança, tanto sistêmica, quanto pessoal<sup>24</sup>.

Ferreira, em uma análise da obra luhmanniana, sintetiza o ponto:

A partir da confiança, constroem-se expectativas de que algo vai acontecer, de que alguém vai realizar certa ação, ainda que se saiba que poderá sobrevir uma frustração da confiança. Quando se confia, surge certa tranquilidade e um ganho de tempo para a realização das demais atividades cotidianas. Na sociedade complexa, não é mais possível e suficiente confiar apenas em parentes, amigos e no estreito círculo de convivência social (familiaridade), mas é preciso outorgar, vezes várias, confiança a conhecidos, a desconhecidos e, enfim, ao mundo<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> “A distinção entre confiança [sistêmica] e confiança [pessoal] depende, portanto, da percepção e da atribuição. Se você não considera alternativas (todas as manhãs você sai de casa sem arma!), você está em uma situação de confiança [sistêmica]. Se você escolher uma ação em detrimento de outras, apesar da possibilidade de ficar desapontado com a ação dos outros, você define a situação como de confiança [pessoal]. No caso da confiança [sistêmica], você reagirá à decepção por meio de atribuições externas. Em caso de confiança [pessoal] você terá que considerar uma atribuição interna e eventualmente se arrepender de sua escolha de confiança”. Niklas Luhmann, *Familiarity, confidence, trust*, in Diego Gambetta (ed.), *Trust*, p. 97-98 (tradução nossa e esclarecemos entre colchetes). No original: “The distinction between confidence and trust thus depends on perception and attribution. If you do not consider alternatives (every morning you leave the house without a weapon!), you are in a situation of confidence. If you choose one action in preference to others in spite of the possibility of being disappointed by the action of others, you define the situation as one of trust. In the case of confidence you will react to disappointment by external attribution. In case of trust you will have to consider an internal attribution and eventually regret your trusting choice”.

<sup>22</sup> “509. [...] um jogo de linguagem só é possível quando se confia em algo”. Ludwig Wittgenstein, *Da certeza*, p. 297.

<sup>23</sup> “Aquele sistema ou indivíduo que cumpre com os comportamentos esperados, torna-se mais previsível, portanto, mais seguro na vista dos outros, torna-se familiar. Da mesma forma, quem costuma romper com as convenções sociais torna-se ‘insegurança’, imprevisível”. Rodrigo Mota, *Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann*, **PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP**, v. 23.2, p. 190.

<sup>24</sup> “[...] a necessidade de confiança pode ser considerada como o ponto de partida correto e apropriado para a derivação de regras de conduta adequadas. Se o caos e o medo paralisante são as únicas alternativas à confiança, devemos concluir que o homem, por natureza, tem de conceder confiança, mesmo quando isso não é feito cegamente e apenas em determinadas direções”. Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 6 (tradução nossa). No original: “[...] la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones”.

<sup>25</sup> Patrícia Cândido Alves Ferreira, *A teoria da confiança no direito civil brasileiro*, p. 34.

As expectativas acerca de acontecimentos futuros podem surgir de diversas circunstâncias (inclusive, do direito, enquanto sua pluralidade de fontes, as chamadas *expectativas normativas*<sup>26</sup>), sobretudo as que são criadas a nível pessoal, sendo o papel dos sistemas sociais justamente sua estabilização, facilitando o processo de seleção de comportamentos possíveis na sociedade<sup>27</sup>. Tais expectativas podem refletir em dois planos: as próprias expectativas criadas acerca do comportamento do outro e, em seguida, o comportamento adotado a partir da expectativa criada no outro<sup>28</sup>.

Deste raciocínio, não se fecham os olhos para o fato de que estas expectativas nem sempre são atendidas. Aliás, confiança admite, necessariamente, a possibilidade de ser enganado, pois, afinal, se se tivesse à disposição todas as informações para agir com plena segurança, não seria preciso confiar<sup>29</sup>. A confiança, em sentido lato, pressupõe o risco<sup>30</sup>. É a tensão entre saber e não-saber, com um quê de irracionalidade.

Neste ponto, faz-se necessário estabelecer uma ponte (mas também uma distinção) entre confiança e direito. Ambos são, para Luhmann, mecanismos redutores da complexidade social moderna — pré-selecionam as possibilidades de experiências e ações do indivíduo na sociedade —, mas não se confundem. O direito, enquanto sistema sancionador, confere um quê a mais de segurança às relações pessoais, minimizando os riscos daquele que confia. A confiança, por seu turno, nesta perspectiva de elemento social, não oferece a mesma

---

<sup>26</sup> “Tendo em vista o incontestável aumento descontrolado das expectativas normativas (como costumes, exigências morais, hábitos que, aos serem transgredidos, adquirem notoriedade), o direito tem a função de estabilizar a expectativa normativa, e isso só pode resultar quando existe uma seleção das expectativas que vale proteger”. Niklas Luhmann, **O direito da sociedade**, p. 182.

<sup>27</sup> “Os sistemas sociais [...] estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais ‘as’ pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc. O importante é que se consiga uma simplificação através de uma redução generalizante”. Niklas Luhmann, **Sociologia do direito I**, p. 52.

<sup>28</sup> “[...] todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro”. Niklas Luhmann, **Sociologia do direito I**, p. 48.

<sup>29</sup> “A confiança é baseada na ilusão. Na realidade, há menos informação disponível do que seria necessária para garantir o sucesso”. Niklas Luhmann, **Confianza**, p. 53 (tradução nossa). No original: “*La confianza se apoya en la ilusión. En realidad, hay menos información disponible de la que se requeriría para asegurar el éxito*”.

<sup>30</sup> “Um elemento fundamental da confiança é que ela pressupõe *risco*. [...] Uma ação baseada na confiança tem de ter a possibilidade da ruptura da confiança maior do que as vantagens obtidas através dela. Sem esse risco, torna-se apenas *esperança*”. Rodrigo Mota, Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann, **PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP**, v. 23.2, p. 191. No mesmo sentido, “[r]isco e confiança se entrelaçam, a confiança normalmente servindo para reduzir ou minimizar os perigos aos quais estão sujeitos tipos específicos de atividade. Há certas circunstâncias nas quais os padrões de risco são institucionalizados, no interior de estruturas abrangentes de confiança [...]. O que é visto como risco ‘aceitável’ — a minimização do perigo — varia em diferentes contextos, mas é geralmente central na manutenção da confiança”. Anthony Giddens, **As consequências da modernidade**, p. 46.

salvaguarda ao confiante; como dito, o risco é-lhe inerente. São, portanto, independentes, embora complementares, a depender da situação concreta<sup>31</sup>.

Diante disto, para que haja a passagem da confiança para o campo normativo, caberá ao direito, enquanto legitimador destas expectativas<sup>32</sup>, prever seus contornos jurídicos, resolvendo as confusões teóricas que, à época de Luhmann, já atravessavam a temática e dificultavam sua aplicação, mesmo em caso de sua legítima defraudação:

A lei já não dá qualquer indicação do grau em que se desenvolve a partir de uma condição de confiança universal implícita e, em qualquer caso, os conceitos utilizados pelos juristas não dão nenhuma indicação disso. É verdade que vários regulamentos legais podem ser incluídos na noção de tutela da confiança. Mas na verdade são muito díspares, cada um desenvolveu-se independentemente dos outros e essa construção conceitual especial só lhes foi colocada muito mais tarde. [...] Tais noções jurídicas são reunidas sob o conceito de tutela da confiança, mas há algo inconclusivo, acidental e, portanto, insatisfatório nisso<sup>33</sup>.

De fato, logo de plano há de se balizar: a confiança como elemento social, é extrínseca ao direito, não encontrando nesse campo, portanto, aplicabilidade direta. Contudo, é uma das dimensões a serem consideradas para a construção do dever jurídico de confiança no ordenamento brasileiro, o qual, este sim, encontra repercussão imediata, podendo, inclusive, se violado, ensejar responsabilidade civil.

No mais, dada sua pluralidade de sentidos, demarca-se o primeiro contexto a ser considerado para fins do estudo da confiança ora proposta: o direito e, de forma mais verticalizada, o direito contratual, no qual, e em especial no momento de sua formação dos contratos, as relações se desenvolvem sob a dialética da autonomia privada e da confiança.

---

<sup>31</sup> “[...] a confiança e o direito devem operar em grande parte de forma independente um do outro, estando conectados apenas através das condições gerais que os tornam possíveis e, quando surgir a necessidade, ser capazes de coordenação mútua com referência aos problemas de indivíduos de alguma importância. É possível estabelecer isso, não só pela lei, mas também pela confiança”. Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 60 (tradução nossa). No original: “[...] la confianza y la ley deban operar en gran medida independientemente una de otra, están conectadas solamente a través de las condiciones generales que las hacen posibles y cuando la necesidad surja, ser capaces de una coordinación mutua con referencia a los problemas individuales de cierta importancia. Es posible establecer esto, no solamente para la ley sino también para la confianza”. Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 60.

<sup>32</sup> “Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal das expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização das expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não”. Niklas Luhmann, *O direito da sociedade*, p. 175.

<sup>33</sup> Niklas Luhmann, *Confianza*, p. 58-59 (tradução nossa). No original: “La ley ya no da indicación del grado en el cual se desarrolla a partir de una condición de confianza universal implícita, y en cualquier caso los conceptos empleados por los juristas no dan indicación de ello. Es verdad que varias regulaciones legales se pueden incluir bajo la noción de salvaguarda de la confianza. Pero de heco son muy dispares, se han desarrollado cada una independientemente de las otras y esa construcción conceptual especial se ha ubicado sobre ellas solamente mucho después. [...] Tales nociones legales son reunidas bajo el concepto de salvaguarda de la confianza, pero existe algo inconcluyente, acidental y por lo tanto insatisfactorio acerca de esto”.

Antes, no entanto, como a confiança contratual, *in casu*, pré-contratual, atravessa também o tempo, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre qual contexto histórico se enquadra a discussão proposta.

## 1.2 RAÍZES HISTÓRICO-FILOSÓFICAS: UM CAMINHO À PÓS-MODERNIDADE

Estabelecida a abordagem adotada para fins desse trabalho, a confiança jurídica, há de se explorar um segundo contexto, o histórico, afinal, “[...] o Direito não surgiu espontaneamente *ex nihilo*, mas sempre esteve condicionado a incontáveis ordens da realidade, nunca estáticas, mas sempre dinâmicas, e que se alternam conforme igualmente se modificam outros inumeráveis fatores que a vida continuamente proporciona”<sup>34</sup>. A confiança, neste sentido, possui contornos diversos a depender do tempo e espaço que atravessa, de modo que, a fim de evitar anacronismos, faz-se necessário demarcá-la. No entanto, ciente de que uma análise da construção histórica da confiança demandaria um outro trabalho, limita-se este trabalho a trazer suas raízes ocidentais, ainda que tal escolha esteja suscetível à superficialidade<sup>35</sup>. E, para atender sua proposta, que é de perpassar pelas diferentes manifestações histórico-filosóficas acerca da confiança, adotar-se-á um fio condutor cronológico advindo dos bancos escolares como instrumento didático, sujeito a saltos temporais que carregam o risco de um reducionismo, haja vista a História não ser linear, mas, à bem da verdade, repleta de tensões e contradições.

Feitas tais ressalvas, volta-se para os estudos iniciais acerca da confiança, os quais remontam à literatura romanística, a qual tinha como destaque a noção de *fides*, que, em linhas gerais, significa “ter palavra”, cumprir aquilo que foi dito — *fit quod dicitur* —<sup>36</sup>, como uma “garantia da conservação dos pactos”<sup>37</sup>. No entanto, não escapa à polissemia, admitindo, já no

<sup>34</sup> Luiz Carlos de Azevedo, História do Direito, Ciência e Disciplina, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 92, p. 35.

<sup>35</sup> Não se olvidando que o tema possa ser igualmente enfrentado em outras culturas, trata-se, aqui, tão somente de um recorte metodológico.

<sup>36</sup> “*Fides* é definida nos tempos antigos como tendo uma palavra: *fit quod dicitur*. [...] *Fides* é [...] sujeição à palavra dada, sentimento de ligação à própria declaração”. Fritz Schulz, **Principios del derecho romano**, p. 243-244 (tradução nossa). No original: “*La fides se define en la antigüedad como ser de palabra, tener palabra: fit quod dicitur. [...] Fides es [...] la sujeción a la palabra dada, el sentirse ligado a la propia declaración*”. Fritz Schulz, **Principios del Derecho Romano**, p. 243-244.

<sup>37</sup> “[...] a *fides* é uma deusa (cuja mão direita era um símbolo de entrega e de lealdade) cultuada pelos romanos; ora empresta-se a *fides* como uma ligação, uma garantia de cumprimento dos pactos [...]; outros autores enxergam na *fides* a representação em palavras do aperto de mão que selava os tratos. Há ainda juristas que identificam como *fides* a qualidade que provocava a confiança entre os cidadãos romanos, calcada na honradez, moralidade, integridade, virilidade que seriam inerentes a estas pessoas. [...] Aponta-se ainda, a *fides*, internamente, como expressão do poder jurídico dos patrões sobre os escravos e, externamente, como expressão da dominação que Roma exercia sobre outros povos”. Bruno Lewicki, Panorama da boa-fé objetiva, in Gustavo Tepedino (coord.), **Problemas de direito civil-constitucional**, p. 58.

mundo romano, tantos outros significados, seja a nível jurídico, político ou social, que caracterizavam, segundo Martins-Costa, o “[...] valor ético fundante da cultura romana”<sup>38</sup>.

Diante de vários sentidos dados à *fides*, percebeu-se seu impacto nas relações creditícias<sup>39</sup>, nas quais a *fides* passa a ter um duplo viés, ativo e passivo, em que ativo consiste em “depositar a confiança em alguém” e passivo “receber a confiança de alguém”. São as bases do instituto jurídico romano da *bona fides*. E é nesta passagem histórica, da *fides* à *bona fides*, confiança à boa-fé, que ambas as noções passam a se imiscuir — e isto se estende aos estudos atuais —, sendo um árduo, porém necessário trabalho, diferenciá-las. Ambas, embora se complementem, não se confundem, sendo inclusive a confiança mais abrangente que a boa-fé, de modo ser possível extrair relevância jurídica da *fides* enquanto acepção independente<sup>40</sup>. Trata-se, portanto, da raiz histórico-filosófica da confiança, a qual permite explorar sua autonomia dogmática atual, sobretudo no âmbito de formação dos contratos, no qual desempenha papel vinculante.

Seguindo a ordem cronológica da História, tem-se o período conhecido por Idade Média, o qual é marcado por diversas percepções jurídicas, tamanha sua complexidade e extensão — fala-se de aproximadamente dez séculos<sup>41</sup>. E engana-se, como adverte Grossi, quem entende essa época como sendo meramente um “período de transição” entre o clássico e o moderno, pois é repleta de singularidades<sup>42</sup>. A ordem jurídica medieval, enquanto experiência jurídica, é una e coesa, mas “[...] abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o direito — antes de ser norma e comando — é ordem, ordem social, movimento espontâneo [...]”<sup>43</sup>. Há, portanto, um inegável esforço dos historiadores do direito em sistematizar, para fins

<sup>38</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 54.

<sup>39</sup> “O trânsito da *fides* a *fides bona* operou a partir de um mesmo núcleo semântico substancial (qual seja, lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*) cujo ponto de deslizamento reside, precisamente, nas relações creditícias, internacionais e internas, e na percepção de seus sentidos ativo e passivo”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 62.

<sup>40</sup> Em sentido contrário, “Ficam [...] desde já rejeitadas todas as orientações que, da *fides*, pretendam retirar consequências jurídicas que não as extraídas, mais tarde, pelo pretor, mas então já com a adjunção de <<*bona*>>. A *fides*, como se viu, não estava em condições de, por si, trazer uma força vinculativa que, desde o início, nunca deixara de perder. Acresce que a sua aplicação múltipla não permitiria, com segurança, o desenvolvimento que, posteriormente, se veio a registar. Com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afectivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantém: fé”. António Menezes Cordeiro, **Da boa fé no direito civil**, p. 70.

<sup>41</sup> “Convencionou-se designar de ‘Idade Média’ o período compreendido pelo declínio do Império Romano do Ocidente (476) e a queda de Constantinopla (1453)”. Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 217.

<sup>42</sup> “A retórica ideologicamente imbuída do humanismo renascentista, ao rotular como Idade Média – *media aetas* – o período que lhe é anterior, aquele que se estende por quase um milénio do século V d.C. ao século XV pretendeu indicar – caracterizando-a maliciosamente como época transitória – sua não autonomia, sua fragilidade como momento histórico. É uma perspectiva distorcida, que há tempos a historiografia procura eliminar [...]”. Paolo Grossi, **A ordem jurídica medieval**, p. 10-11.

<sup>43</sup> Paolo Grossi, **A ordem jurídica medieval**, p. 39.

dogmáticos, este período, podendo destacar, visando à investigação acerca das raízes da confiança, sob seu guarda-chuva, o direito canônico e feudal<sup>44</sup>.

Entendido como “[...] o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as matérias de competência da Igreja Católica [...]”<sup>45</sup>, o direito canônico restringiu os possíveis significados de confiança à crença religiosa<sup>46</sup>. Tratava-se, portanto, de uma confiança atrelada à moral cristã, unilateral, podendo ser caracterizada como uma confiança *subjetiva*: confia-se (em Deus) e ponto. Reverberava no mundo jurídico, portanto, como um valor<sup>47</sup>.

Outro ordenamento que vigeu na Idade Média foi o feudal, decorrente do sistema de suserania-vassalagem, em que um suserano, um nobre, senhor de terras — o feudo — concedia sua posse a um vassalo, um servo, em troca de cultivo e proteção. De acordo com Palma, “[...] cada feudo possuía suas próprias regras de convivência. Elas eram direcionadas pelos costumes do nobre [...]”<sup>48</sup>. Um direito, portanto, consuetudinário, delineado pela força normativa dos fatos. Nesse cenário, a prática negocial era direcionada pelos usos e costumes, marcada sobretudo pela atipicidade, demarcando a força das convenções, dos pactos<sup>49</sup>. Tratava-se de espaço fértil à confiança, no qual a vontade, o consenso, são limitados pelas situações de confiança que ganham denotação jurídica<sup>50</sup>.

A experiência jurídica medieval, em que pese incontáveis contribuições para a atual ordem jurídica ocidental, vai perdendo lugar na medida das transformações socioeconômicas da História que inauguram a Idade Moderna, na qual floresce um direito oposto àquele do

---

<sup>44</sup> “Na tentativa de sintetizá-lo da melhor maneira possível, pensamos ser mais adequado esboçar uma delimitação segundo quatro nuances específicas que não raro se entrelaçam no trajeto de construção das percepções jurídicas europeias. [...] Direitos germânico, celta, feudal e canônico”. Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 218-219.

<sup>45</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 89.

<sup>46</sup> “Na Idade Média, a ideia de fideiúsa se mostra arraigada na fé. Em verdade, a confiança presente na sociedade era aquela depositada em Deus. [...] Esta visão fez com que a imprevisibilidade do amanhã pudesse ser suportada pelas sociedades medievais”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 95.

<sup>47</sup> “[...] a Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque a mentira é um pecado [...]. Se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica: pode-se, pois, admitir que o simples acordo obriga [...]”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 92-93.

<sup>48</sup> Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 229.

<sup>49</sup> “Muitas vezes a atipicidade prescinde de referências [...] e ingressa, portanto, no território amplo e livre das *convenientiae*. *Convenientia* significa genericamente convenção, pacto; ou seja, significa um acordo segundo a boa-fé com conteúdos que variam de um lugar para o outro e de uma época para a outra, que o uso, conforme a época e o lugar, apressa-se em definir. [...] A vontade das partes, nesse caso, nunca é completamente livre, mas bastante condicionada pela onipresença e intromissão dos usos”. Paolo Grossi, **A ordem jurídica medieval**, p. 129-130.

<sup>50</sup> “As relações de vassalagem tinham por finalidade a obtenção do feudo, daí a declaração imprescindível de fidelidade prestada apenas pelo vassalo. O contrato vassálico estabelecia a fidelidade do vassalo e os deveres daí decorrentes; e gerava a confiança do suserano que, por isso, lhe outorgava o feudo”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 145.

medieval, em que se eleva o homem ao epicentro da sociedade. Conforme muito bem sintetiza Staut Júnior<sup>51</sup>:

Trata-se de um processo histórico demorado e difuso, com raízes profundas, que se inicia com eventos de formidável repercussão como o desenvolvimento, ainda que irregular, do mercado de trocas comerciais e da economia, o crescente processo de racionalização ou de ‘desencantamento do mundo’, a reforma religiosa, a expansão ultramarina e a descoberta das Américas, o surgimento dos Estados Nacionais modernos, bem como outros fatores de ordem científica e teórica que contribuíram para uma mudança antropológica radical na sociedade e na compreensão acerca de sua dimensão jurídica.

Quanto à confiança, há uma mudança de foco: se antes depositada em Deus, agora passa a ser depositada no Homem<sup>52</sup>. É seu renascimento.

Paralelamente, o declínio de um sistema político descentralizado favorece o surgimento de Estados nacionais absolutistas, modificando as organizações sociais e, também, o modo de pensar, marcando um descolamento da Igreja enquanto detentora do poder. Segundo Palma<sup>53</sup>, a partir desta nova visão de mundo antropocêntrica, desdobrar-se-á, no campo das ciências humanas, o fenômeno conhecido como humanismo<sup>54</sup>, o qual irá preocupar-se com o homem e suas relações, elevando a razão, portanto, a um papel de primeira grandeza.

Tal contexto é propício para o surgimento da escola jusracionalista, a qual defendia um Direito Natural (jusnaturalismo), mas profano, diverso daquele medieval-teológico. Um direito voltado à natureza das coisas, resgatando, v.g., princípios da matemática e da geometria, a fim de uma sistematização jurídica una e total<sup>55</sup>. Constitui, de acordo com Wieacker, “[...] a força mais poderosa no desenvolvimento moderno do direito depois do *Corpus Iuris* [...]”<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Sérgio Said Staut Júnior, Trajetória do direito privado na modernidade, in Sérgio Said Staut Júnior (org.), **Estudos em Direito Privado**, p. 35.

<sup>52</sup> “Com o advento do racionalismo iluminista, prega-se um distanciamento entre confiança e fé. O homem deixa de depositar o seu futuro nas mãos de Deus e passa a crer em si mesmo [...]. Em verdade, a visão de confiança ligada à fé continuou a vigorar mesmo ante as ideias iluministas, pois apenas houve uma mudança de foco, a fé, antes depositada em Deus, passa a ser depositada no próprio homem”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 95.

<sup>53</sup> “[...] importante mudança de perspectiva ideológica, de caráter humanístico, prepara o terreno para o surgimento de correntes filosóficas que acentuam as capacidades humanas, evidenciando-se como apelo irresistível à busca por racionalidade. Essa visão antropocêntrica de mundo, somada agora ao fortalecimento do Estado-nação, como uma transição natural dos tempos medievais para a Era Moderna, representa mais um duro golpe àquele modelo de sociedade teocrática [...]”. Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 292.

<sup>54</sup> “O humanismo é um fenômeno cultural complexo. Com raízes fundas na Idade Média, o humanismo floresceu, a partir de Itália, desde o séc. XIV, expandindo-se a França e a outros países. A visão humanista pressupõe um Universo com o homem por foco [...]”. Antônio Menezes Cordeiro, **Da boa fé no direito civil**, p. 191.

<sup>55</sup> “[...] o sistema jurídico se fundará em proposições primeiras – os axiomas, que não requerem demonstração justamente por serem <<verdadeiras>> ou <<inatas>>, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, das quais seguem, ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 103.

<sup>56</sup> Franz Wieacker, **História do direito privado moderno**, p. 297.

Por esta razão, tamanha sua significância, é um movimento que se separa, dogmaticamente, em duas sistemáticas, marcadas por diversos autores que revolucionaram o pensamento moderno, dos quais, no entanto, para fins desta mera introdução à confiança, destaca-se dois, propositadamente antagônicos. Grotius<sup>57</sup>, do primeiro período, e Hobbes<sup>58</sup>, do segundo período, ambos com estudos importantes para as fundações do mundo dos contratos, ainda que dedicados ao direito público, mas, sem dúvidas, com projeções no direito privado.

Para Hobbes<sup>59</sup>, a confiança não existiria como um valor em si, enquanto, para Grotius, a confiança teria papel fundamental em sua teoria, unificando-a ao princípio da vontade, defendendo, assim, a força vinculativa da promessa à medida do escalonamento de graus de confiança<sup>60</sup>. Vale dizer que este pensamento, resguardadas suas peculiaridades, é determinante para as discussões atuais sobre a formação dos contratos, de modo que será novamente abordado nos capítulos seguintes. No entanto, nessa conjuntura da Idade Moderna, o maior contributo do jusracionalismo foi a ideia de um direito como um sistema reducionista e centralizado<sup>61</sup>, oposto à ordem jurídica medieval, pluralista e consuetudinária<sup>62</sup>, de modo que foi ponto de partida para as teorias positivistas e as codificações do século XIX. Em especial, o Código Civil Francês (1804), igualmente conhecido como Código de Napoleão<sup>63</sup>, é o expoente deste movimento moderno, com ênfase no dogma voluntarista, em que a prática negocial pautada na confiança cede lugar ao *pacta sunt servanda*.

---

<sup>57</sup> Segundo Wieacker, Hugo Grotius (ou Grócio) foi um teólogo, humanista e jurista holandês (1583-1645), com grande destaque neste período, com estudos voltados sobretudo ao direito privado jusnaturalista: “[t]ornaram-se muitíssimo importantes para o direito privado jusnaturalista as teorias da origem e conhecimento do próprio direito natural (a), da origem, conteúdo e transmissão da propriedade (b), da declaração da vontade (c), da justiça contratual (d) e do casamento (e)”. Franz Wieacker, **História do direito privado moderno**, p. 327.

<sup>58</sup> Thomas Hobbes foi um filósofo e teórico político inglês (1588-1679), o qual, modificou a sistemática jurídica ocidental ao propor uma nova leitura do direito natural: “O direito natural na verdade consiste em um direito da condição natural do sentido de exercer um poder básico e preservar a vida e a liberdade”. Wayne Morrison, **Filosofia do direito**, p. 109.

<sup>59</sup> “Toda a questão dos contratos, em Hobbes, é perspectivada a partir dessa definição fundamental. A <<confiança>> (*trust*) não existe como um valor em si, mas porque as promessas derivam do exercício da liberdade, isto é, do direito, e <<onde cessa a liberdade, então começa a obrigação>>. Ao método empírico e analítico se agrega, pois, a *plena autonomia do direito* e um *novo estágio sistemático* [...]”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 109.

<sup>60</sup> Franz Wieacker, **História do direito privado moderno**, p. 331.

<sup>61</sup> “O mais importante contributo do jusnaturalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. [...] a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”. Franz Wieacker, **História do direito privado moderno**, p. 309.

<sup>62</sup> “Distintamente da ordem jurídica feudal, pluralista e consuetudinária, o Direito da sociedade moderna, além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas integradas (‘princípio da unicidade’), produzidas para regular, num determinado espaço tempo, os interesses de uma comunidade racionalmente organizada”. Antônio Carlos Wolkmer, **Pluralismo jurídico**, p. 64.

<sup>63</sup> “O ponto áureo dessa nova Era se daria com a promulgação do Código Civil Francês [1804], mais conhecido como ‘Código Napoleônico’, principalmente pelo objeto primordial desse famoso diploma legal, qual seja ele, o de invocar os mesmos ideais revolucionários no âmbito das relações privadas [...]”. Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 293.

A figura do contrato, entendida unicamente como instrumento de circulação de riquezas, convalida a autonomia da vontade como principal fundamento da modernidade<sup>64</sup>. Neste contexto, noções abstratas que demandam concretização, tais como a confiança e a boa-fé, são subjugadas à autonomia da vontade, percebidas apenas sob um viés subjetivo<sup>65</sup>. São tempos da escola exegetica, em que a interpretação do *Code* era estrita ao texto da lei<sup>66</sup>. Há, portanto, um descompromisso com a realidade fática<sup>67</sup>.

Essa visão cerrada do direito fez escola em diversos países ocidentais em que a codificação francesa teve intensa influência, tal como na elaboração do primeiro Código Civil Brasileiro, o de 1916<sup>68</sup> (CC/1916), com a ausência da positivação da boa-fé, sendo apenas aludida em sua acepção subjetiva<sup>69</sup>.

Ares de mudança somente circularam o campo jurídico quase um século depois, após a passagem, ainda que gradual, de um estado liberal para o social<sup>70</sup>, marcada pela promulgação do Código Civil Alemão (1900), também conhecido como BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), “[...] a grande novidade jurídica do Velho Continente”<sup>71</sup>. Tal codificação, a qual, em que pese ainda pensada em um contexto da escola pandectista — escola ainda que não tão estrita quanto

<sup>64</sup> “Quanto à eficácia e relevância o Code, e do modelo de contrato nele contido, para o período seguinte dos sécs. XIX e XX, pode-se concluir que foi determinante. O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas [...]. Estava consagrado o dogma da vontade, e o contrato definido como instrumento de sua convalidação”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 110-111.

<sup>65</sup> “[...] a absorção da boa-fé como elemento da vontade contratual acabou por transformar, no direito francês aplicado no séc. XIX, a regra da boa-fé em uma norma de interpretação e execução da vontade contratual. [...] A boa-fé será tida como mera fórmula de reforço ao princípio supremo do *Code* em matéria contratual, qual seja o da adstrição ao pactuado, tal qual pactuado”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 115. Isto só irá mudar com a Reforma do Direito das Obrigações de 2016 (*Ordonnance* nº 2016-131, em vigor desde 01.10.2016), que introduz, nos artigos 1.104 e 1.112, o princípio da boa-fé objetiva também nas negociações pré-contratuais e ao momento da formação do contrato como forma de proteção da confiança entre os pretendentes contratantes.

<sup>66</sup> “O método fundamental por esta propugnado consiste em ligar à lei escrita – para o caso, ao Código de Napoleão – todas as soluções que se venham a apresentar. Tal ligação [...] não é, tão só, formal: a própria materialidade das saídas encontradas filia-se no modelo legal do Code”. António Menezes Cordeiro, **Da boa fé no direito civil**, p. 252.

<sup>67</sup> Nesta época, segundo Paulo Nalin, o “[...] Direito das Obrigações como matéria destituída de compromisso com o tempo de sua aplicação e abstrata que se reconhece como essência. A abstratividade a torna descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com suas próprias categorias conceituais”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 109-110.

<sup>68</sup> “[...] o Código Civil Brasileiro de 1916 retomava a antiga tradição jurídica lusitana, sendo mais leal a ela que o próprio Código Civil Português (1867), cujos autores, dentro os quais se inclui o Visconde de Seabra, optaram por se filiar mais à influência francesa [...]”. Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 411.

<sup>69</sup> Exemplificativamente, o artigo 112, do CC/1916.

<sup>70</sup> “No direito do Estado Liberal, consagrado pelo positivismo exacerbado do Século XIX, reduzia-se a boa-fé a um papel muito diminuto no âmbito do Direito Civil, o qual se propunha a uma atuação subordinada rigorosamente às regras legais [...] O Estado, porém, no século XX, tornou-se social, passando a comprometer-se, institucionalmente, com princípios e valores éticos ou morais, além dos estritamente legais. Isto, no campo dos negócios jurídicos, fez com que se elaborasse a teoria da boa-fé como fator indispensável à legitimação da liberdade de contratar”. Humberto Theodoro Júnior, **O contrato e a sua função social**, p. 55.

<sup>71</sup> Rodrigo Freitas Palma, **História do direito**, p. 412.

a da exegese, mantinha a ideia da sistematização do direito<sup>72</sup> —, foi inovador ao prever cláusulas gerais, normas propositadamente abertas a fim de abranger um domínio de casos<sup>73</sup>. Exemplo disto é a boa-fé, permitindo, ao longo do tempo, uma sólida construção jurisprudencial acerca de sua aplicação na civilística alemã, sobretudo nas relações obrigacionais.

Nesta codificação vanguardista, a confiança ganha, finalmente, contornos jurídicos, em especial, no campo dos negócios jurídicos, demarcando um declínio da teoria da vontade e, ato contínuo, a ascensão da teoria da declaração conjugada com a confiança, conforme esclarece Ferreira<sup>74</sup>:

[...] não foi somente trabalhosa e extensa a preparação do BGB, como também foram muitas as mudanças, a exemplo do direito das obrigações, mas, dentre essas reformas, uma é muito interessante: a compatibilização da teoria da declaração de vontade com a conclusão negocial, na qual a teoria da vontade migrou da pandectística para o princípio da confiança [...].

Não à toa, essa temática foi intensamente debatida na Alemanha do século XX, sobretudo em contexto de pós-guerra, por seus maiores expoentes, Larenz, o qual consagrou a confiança como princípio ético-jurídico<sup>75</sup>, e seu pupilo, Canaris, que se propôs a desenvolver a teoria da confiança no direito alemão, ainda em 1971<sup>76</sup>. Tais obras renovaram a sistemática do direito privado desse período, reverberando em outros países, como no Brasil, onde sua influência foi determinante para o estudo das cláusulas gerais e, mais tarde, influenciaram o texto legislativo do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002)<sup>77</sup>. O mesmo ocorreu em Portugal<sup>78</sup>, onde os estudos acerca da confiança ganharam notoriedade a partir da obra de Frada, em 2007.

<sup>72</sup> “O direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX, deu origem à doutrina pandectista, atingiu seu clímax próximo da metade desse século, dando lugar àquela que foi denominada *Begriffsjurisprudenz* ou jurisprudência dos conceitos. [...] A essência do pensamento da escola histórica, primeiramente, e da pandectista, depois, não era de mudar em nada o sistema do direito vigente na Alemanha, mas que se algo devia ser alterado, o melhor remédio não era a codificação, mas o desenvolvimento da ciência jurídica”. Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, p. 122-123.

<sup>73</sup> “[...] formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”. Karl Engisch, **Introdução ao pensamento sistemático**, p. 229.

<sup>74</sup> Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 105.

<sup>75</sup> Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 603.

<sup>76</sup> Tal teoria é fruto de sua tese de livre docência para a Universidade de Munique, intitulada “*Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*”, traduzida como “A responsabilidade pela confiança no direito privado alemão”.

<sup>77</sup> “Larenz é um dos principais responsáveis pela divulgação e disseminação das cláusulas gerais na literatura jurídica do segundo pós-guerra. Sua influência, no Brasil, por exemplo, foi determinante para a ‘entrada’ das cláusulas gerais no Direito Civil [...]”. Otávio Luiz Rodrigues Jr., **Direito civil contemporâneo**, p. 6-7.

<sup>78</sup> “Essa codificação foi determinada na década de quarenta do século XX, tendo ficado concluída passados vinte anos. Assim surgiu o Código Civil vigente, de 1966: um código de clara inspiração germânica. [...] E, assim, nos mapas gerais da classificação comparatística das Ordens Jurídicas, não oferece dúvidas a inclusão da portuguesa

Esta mudança na construção do direito a partir de normas jurídicas propositadamente abertas que carecem de interpretação para sua concretude e vivacidade, é reflexo de um contexto histórico-social pós-guerra, marcado por inovações tecnológicas e movimentos culturais, o qual, em que pese não se tenha um consenso quanto ao seu marco inicial, entre os anos 1960 e 1970<sup>79</sup>, tampouco quanto à sua denominação, é entendido nesta pesquisa como sendo a Pós-Modernidade<sup>80</sup>. Trata-se de um período caracterizado, sobremaneira, pela superação dos paradigmas da modernidade, da era das certezas, qual, dada “[...] a proeminência de novas tecnologias de informação e comunicação [...]”<sup>81</sup>, demarca um contexto social hipercomplexo e fragmentado, em que as relações que se estabelecem são cada vez mais impessoais.

De acordo com Marques:

Para alguns, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Este fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito. Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, destaca os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas tradicionais<sup>82</sup>.

Conforme elucida Cortiano Junior, “[o] direito civil clássico, formatado segundo as necessidades de uma outra sociedade e de um outro mundo, não dá conta dessa nova realidade, desses novos tempos”<sup>83</sup>. A bem da verdade, são tempos que clamam pela valorização dos direitos fundamentais, pela compreensão da pessoa em sua concretude, e não como uma mera posição jurídica de sujeito de direito:

É a Modernidade que produz sua crise, dando espaço à transformação, que no Direito revela-se pela pluralidade de fontes, pela valorização da pessoa e de sua autonomia, pelo respeito aos direitos fundamentais e pelo direito à diferença. A Pós-modernidade

---

no domínio dos Direitos continentais, de estilo germânico”. Antônio Menezes Cordeiro, **Da modernização do direito civil**, p. 52-53.

<sup>79</sup> “Em algum ponto entre 1968 e 1972, portanto, vemos o pós-modernismo emergir como um movimento maduro, embora ainda incoerente, a partir da crisálida do movimento antimoderno dos anos 60”. David Harvey, **A condição pós-moderna**, p. 44.

<sup>80</sup> “A expressão ‘pós-modernidade’ batiza um contexto sócio-histórico particular, que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental”. Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, **Revista Seqüência**, n. 57, p. 131.

<sup>81</sup> David Lyon, **Pós-modernidade**, p. 17.

<sup>82</sup> Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 164-165.

<sup>83</sup> Eroulths Cortiano Junior, *As quatro fundações do direito civil*, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 45, p. 101.

[...] exige atenção às especificidades do ser e, portanto, de cada caso concreto em contraposição à tradicional doutrina dos conceitos [...]<sup>84</sup>.

No mesmo sentido, Marques afirma que “[...] em tempos pós-modernos, é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade [...]<sup>85</sup>. Isto se faz premente para que seja possível resguardar os direitos básicos dos indivíduos, afinal, um dos mal-estares da pós-modernidade, tal como discorre Bauman, é a minimização do espaço de segurança individual<sup>86</sup>.

O direito passa a ser visto como “[...] um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais”<sup>87</sup>, o que se alinha à sistemática do direito brasileiro, sobretudo, da civilística atrelada à perspectiva civil-constitucional. Trata-se de um renovado olhar para o direito, orientado por vetores axiológicos que primam pela proteção da dignidade da pessoa humana e pela solidariedade social, garantindo, em meio a tanta complexidade e fragmentariedade, a proteção de direitos fundamentais no caso concreto<sup>88</sup>. Há, nas palavras de Azevedo, constante mudança do paradigma jurídico: da lei ao juiz; do juiz à centralidade do caso<sup>89</sup>.

E nessa conjuntura, instituições do direito privado, até então sólidas, passam por processos de crise<sup>90</sup>, haja vista o novo centro referencial do ordenamento — das situações patrimoniais à pessoa<sup>91</sup>. Exemplo disto é o contrato, antes identificado como expoente máximo do direito privado moderno, demarcado pelo dogma da vontade, agora demandando um viés

<sup>84</sup> Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 21.

<sup>85</sup> Cláudia Lima Marques, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 178-179.

<sup>86</sup> “Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazo que tolera uma segurança individual pequena demais”. Zygmunt Bauman, **O mal-estar da pós-modernidade**, p. 10.

<sup>87</sup> Eduardo Carlos Bianca Bittar, O direito na pós-modernidade, **Revista Sequência**, n. 57, p. 135.

<sup>88</sup> “A mudança de paradigmas pela qual está passando o direito privado importa uma visão que abandona a ótica individualista, fundada no liberalismo, para adotar uma diretriz social, na qual predominam os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social”. Geraldo Frazão de Aquino Jr, O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas, in Eroulths Cortiano Junior e Marcos Ehrhardt Júnior (coord.), **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**, p. 427.

<sup>89</sup> “O paradigma jurídico, portanto, que passa da lei ao juiz, está mudando, agora, do juiz ao caso. A centralidade do caso é este: o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno”. Antonio Junqueira de Azevedo, O direito pós-moderno e a codificação, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, p. 8.

<sup>90</sup> “[...] a novidade normalmente emerge apenas para aquele que, sabendo com precisão o que deveria esperar, é capaz de reconhecer que algo saiu errado. A anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma”. Thomas Kuhn, **A estrutura das revoluções científicas**, p. 92.

<sup>91</sup> “Com o legítimo intuito de forjar uma nova categoria e conceitos tradicionalmente utilizados nesta seara, não mais afeita exclusivamente às situações patrimoniais, eis que o indivíduo, o ser humano, passa a ser o centro referencial do ordenamento”. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Mirelles e Umberto Paulini, **Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade**, in Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Mirelles, Luiz Edson Fachin; Paulo Nalin. (org.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**, p. 37.

solidário e cooperativo, é espaço fértil para o desenvolvimento da confiança, a qual, segundo Aguirre, transforma-se em um “[...] elemento indissociável das relações entre sujeitos, seja em virtude das expectativas originadas pelo comportamento de outrem, seja em virtude das representações que a pessoa tenha por efetivas”<sup>92</sup>.

No entanto, a confiança é tema que suscita dúvidas e divergências doutrinárias, de modo que, a fim de apresentar uma análise sobre o tema, faz-se necessário identificar seu estado da arte no contexto brasileiro.

### 1.3 ESTADO DA ARTE NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA

O estudo da confiança no direito brasileiro, em que pese alguns trabalhos de fôlego na temática, ainda é controverso. Em contrapartida, é tema cada vez mais presente na jurisprudência em diversos cenários, razão pela qual um trabalho que busque conceituá-lo juridicamente, aparando suas arestas, mostra-se relevante. Para que seja possível construir uma definição de confiança nesse contexto já estabelecido, o momento da formação do contrato pós-moderno, faz-se necessário resgatar, de plano, o que já se tem produzido a respeito, identificando seu estado da arte para, enfim, propor uma leitura própria.

Tendo isto em conta, o primeiro ponto a ser considerado é que não há, ao menos não expressamente, a previsão normativa expressa da confiança na codificação civil<sup>93</sup> — tudo o que há são alguns dispositivos isolados que podem lhe ser associados, tal com o art. 309, do CC/2002, o qual preserva o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo, mesmo que provado, depois, que não era o verdadeiro credor, haja vista a “[...] tutela das representações mentais daquele que confia”<sup>94</sup>. Isto não significa, todavia, que uma regra geral acerca da confiança seja incompatível com a sistemática do direito brasileiro. Tem sido, inclusive, recurso utilizado com frequência nos tribunais como fundamento de direito sobretudo em demandas de direito privado<sup>95</sup>. Falta-lhe, contudo, sistematização jurídica, o que leva, muitas vezes, à miscelânea

<sup>92</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 127.

<sup>93</sup> Contudo, não se pode dizer o mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o qual, segundo Cláudia Lima Marques, instituiu o princípio da confiança no direito brasileiro a partir de dois aspectos “[...] 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo [...]; 2) a proteção da confiança na prestação contratual que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços”. Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 282.

<sup>94</sup> Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 156.

<sup>95</sup> A título ilustrativo, em uma busca realizada no em 02.11.2023 no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a partir do vocábulo “confiança” nos últimos 10 anos, foram localizados 3770 acórdãos vinculados aos assuntos “Direito Civil” e “Direito do Consumidor”.

com outras importantes figuras normativas, tal como a boa-fé, beirando à redundância. Ou, ainda, dada a sua base sociológica, a transposição açodada da confiança enquanto fato social para uma regra jurídica, confundindo assim seus papéis.

Um dos objetivos desta pesquisa, consiste justamente em sistematizar a confiança para o direito privado, demarcando os diferentes matizes que ela assume para o direito, compondo o que se designará adiante como um modelo jurídico prescritivo. De tal noção, a qual é definida por Reale como sendo uma “[...] estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios”<sup>96</sup>, entender-se-á ser possível defender um dever jurídico próprio da confiança na ordem jurídica brasileira.

Por se tratar de assunto lacunoso, as referências estrangeiras e interdisciplinares, desde que com a devida cautela para não se perder as peculiaridades do ordenamento pátrio, são recursos metodológicos úteis para construção do conceito jurídico de confiança. Não à toa, são bibliografias indispensáveis dos trabalhos nesta temática, tal como aqui as são.

Na literatura estrangeira, na qual o tema confiança definitivamente não é novo, é possível perceber sua abordagem sob dois vieses: um, restrito ao âmbito da teoria dos negócios jurídicos, intercambiando entre teoria da vontade e teoria da declaração, característico do direito italiano (*teoria dell'affidamento*), outro, mais maleável, estendendo o alcance também ao campo de responsabilidade civil, marco inquestionável do direito alemão e, mais recentemente, no direito português. Ambos reverberaram no direito brasileiro.

Na Itália de meados do século XX, notou-se, em razão do contexto histórico-político, uma busca pelo distanciamento das influências francesas, sobretudo do direito. Nesse sentido, a teoria da vontade, expoente da normativa napoleônica na qual vontade real era a predominante, foi veementemente rebatida, imperando a teoria da declaração. E, de acordo com os adeptos desta segunda teoria, nem sempre seria possível apurar a vontade interna das partes, de modo que, ao menos juridicamente, a vontade declarada é a que se torna relevante. Tratam-se, no entanto, de teorias antagônicas, as quais perdem-se nos seus extremos. De modo que os italianos passaram a buscar um meio-termo, sendo proposta por Coviello a teoria da confiança, ainda que em linhas gerais, sintetizada da seguinte forma:

[...] (i) o receptor da declaração de vontade que a ela se atenha, mesmo sabendo que não existe correspondência entre a vontade do emissor e a sua declaração, não poderá invocar a proteção de sua expectativa (o negócio simulado será nulo); ao passo que

---

<sup>96</sup> Miguel Reale, **Fontes e modelos do direito**, p. 46.

(ii) o receptor da declaração que desconhece que a vontade do emissor não corresponde àquela declarada fará jus à proteção de sua expectativa (confiança)<sup>97</sup>.

Ou seja, se o sujeito receptor da vontade declarada não souber se esta corresponde ou não à vontade interna do emissor, as expectativas que se criam a partir da declaração são legítimas e, portanto, deverão ser resguardadas pela proteção da confiança. Em contrapartida, caso o receptor tenha ciência que as vontades, real e declarada, do emissor não coincidem, o negócio jurídico será nulo. Há uma junção de ambas as teorias, abarcando maior número de situações.

Importante destacar que a teoria da confiança como fundamento do negócio jurídico encontrou representatividade no direito brasileiro, a qual, no interregno entre a teoria da vontade e da declaração<sup>98</sup>, passou a representar “[...] o abandono da posição marcadamente individualista de direito obrigacional”<sup>99</sup>. E, muito embora não seja o foco da presente pesquisa, trata-se de importante viés da confiança, sobretudo no contexto do direito pós-moderno, no qual vigora preceitos de ordem social que deverão ser observados concomitantemente aos decorrentes da autonomia privada. Vale dizer, “[c]om a tutela da confiança, o direito deixa de se concentrar na fonte das condutas, no sujeito e sua vontade individual, para se atentar aos efeitos das condutas individuais sobre outros centros de interesse, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou”<sup>100</sup>.

Este viés, o da confiança enquanto fundamento de negócio jurídico, manteve-se explorado pelos civilistas alemães que, ato contínuo, foram além e ampliaram o espectro de incidência da confiança no direito privado, entendendo-a como fonte obrigacional. E isto porque a inovação legislativa do BGB, sobretudo no que se refere à técnica das cláusulas gerais, modificou a perspectiva do direito obrigacional-contratual alemão a partir de uma estrutura normativa propositadamente aberta, maleável à dinâmica social. Tal sistematização alcançou maturidade no contexto pós-guerra, encontrando espaço tanto na doutrina, quanto nos tribunais,

<sup>97</sup> Nicola Coviello, *Doctrina general del derecho civil*, p. 407-408 *apud* Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 95.

<sup>98</sup> “A teoria da confiança [...] é formulação mitigada da teoria da declaração: para ela, quando faltar a vontade interna, ou quando esta divergir da declarada, o negócio jurídico será em princípio válido, de acordo com a declaração emitida; ele será, todavia, nulo quando o declaratário conhecia, ou devia conhecer, caso agisse com normal diligência, a verdadeira vontade do declarante”. Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 87.

<sup>99</sup> Récio Cappelari, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 52.

<sup>100</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 141-142.

sendo Larenz expoente desse período com sua proposta metodológica, ainda na década de 1960, de um sistema jurídico orientado a valores<sup>101</sup>.

Para o jurista alemão, a confiança, tendo em conta sua distinção proposta entre princípios ético-jurídicos — aqueles que são dotados de conteúdo material de justiça e, portanto, tem caráter geral —, e técnico-jurídicos, os quais, por sua vez, ganham esta qualificação em situações concretas oportunas<sup>102</sup>, é categorizada com um princípio ético-jurídico, imanente à ordem jurídica<sup>103</sup>. E, mesmo na ausência de previsão normativa no BGB em sua primeira redação<sup>104</sup>, já era extraível do princípio do Estado de Direito<sup>105</sup>, não adstrita, contudo, ao direito público, abarcando também as relações de direito privado, sobretudo as contratuais.

Sua teoria, enfim, sintetiza-se em dois pontos: “[...] (i) a confiança tem dupla função de fonte de obrigações e de fundamento da vinculabilidade do negócio jurídico; e (ii) a confiança não está contida na boa-fé, embora possam manter pontos de contato e não sejam excludentes”<sup>106</sup>. Larenz é anunciador, portanto, da tutela da confiança, a qual, obrigatoriamente, deveria ser justificada, sob pena de responsabilização<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> “A continuidade de uma atitude de rejeição de um pensamento jurídico formalista abstracto ao longo das mais distintas conjunturas ideológicas e políticas [...] e a sua defesa de um pensamento metodológico <<compreensivo>> e orientado a valores permitiram a LARENZ uma transição do compromisso totalitário a um personalismo ético de pendor <<institucionalista>> sem, no fundo, ter de operar uma ruptura radical com o instrumentário conceptual jusmetodológico”. José Lamego, Nótula do tradutor, in Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 712-713.

<sup>102</sup> “Os princípios ético-jurídicos são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem <<justificar>> decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnico-jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça [...]. <<princípios>> não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas ideias directrizes, cuja transformação em regras possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência [...]”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 599.

<sup>103</sup> “O princípio da confiança é um princípio imanente à nossa ordem jurídica, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinalem, pode almejar a ser tido em conta em todos os ramos do Direito”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 603.

<sup>104</sup> “A reforma do BGB, em 2002, forneceu também bom exemplo de como a boa-fé objetiva (o famoso § 242 do BGB-Reformado, que continua com a mesma redação) e a confiança (novo n. 2 do § 241 do BGB-Reformado) estão intrinsecamente ligadas, pois a boa-fé é pensar o outro, e a confiança é a consideração/visão ‘dos interesses legítimos do outro’. O § 241.2 do BGB-Reformado é a novidade, oriundo das ideias de Canaris, e dispõe: ‘§ 241 Deveres oriundos das relações obrigacionais – (...) (2) As relações obrigacionais podem, de acordo com seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte’”. Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 197.

<sup>105</sup> “Outro princípio jurídico que o Tribunal Constitucional Federal derivou [...] do princípio do Estado de Direito é o princípio da confiança na relação do cidadão com a legislação. Tal princípio proíbe em geral uma retroactividade das leis [...]”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 603.

<sup>106</sup> Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 111.

<sup>107</sup> “A protecção da confiança [...] não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objectivamente justificada. Por isso, a confiança não é digna de protecção <<se o cidadão, de acordo com a situação jurídica no momento com o qual a lei relaciona a entrada em vigor da consequência jurídica, tinha de contar com esta regulação>>, se o Direito até então vigente <<é obscuro ou confuso>> ou se a lei, até então aparentemente vigente na qual o cidadão acreditava poder confiar, não era válida”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 603-604.

E é a partir dessas elucubrações que Canaris, discípulo de Larenz, formulou a teoria da responsabilidade pela confiança, a partir da sua percepção de sistema jurídico, o qual é definido como uma ordem axiológica (ou teleológica) de princípios gerais do Direito<sup>108</sup>. Neste cenário, a confiança caracteriza-se como um princípio jurídico, o qual, ao lado dos princípios da autodeterminação e autorresponsabilidade, são constitutivos do sistema, sobretudo do tráfego negocial, atuando em complementariedade e restrição recíprocas<sup>109</sup>. E, como consequência, no campo da responsabilidade civil, defendeu a confiança como uma terceira via, excepcional, a qual somente seria passível de ser invocada se a confiança assumisse, obrigatoriamente, uma função clara, principal e essencial no suporte fático<sup>110</sup> — caso contrário, seria apenas um reforço argumentativo<sup>111</sup>.

A teoria de Canaris ressoou sobretudo no direito português, no qual Frada, propondo uma teoria “pura” da confiança, produziu, em 2007, a obra de referência no tema. Para este autor, a confiança também tem natureza de princípio geral, possível de ser visualizada em diversas situações de confiança, a depender do caso concreto, não restringindo-se como fundamento do negócio jurídico<sup>112</sup>. E, autonomamente, poderia ser considerada como o *Tatbestand* de uma responsabilidade civil própria, decorrentes da quebra da tutela das expectativas criadas em outrem em razão da vida em sociedade<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> “O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”. Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 77.

<sup>109</sup> “[...] a doutrina do negócio jurídico e, em especial, a regulação do erro no BGB só se torna compreensível a partir da ligação dos três princípios da autodeterminação, da auto-responsabilidade e da protecção da confiança”. Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 93.

<sup>110</sup> “A obra revela a genialidade e o pensamento coeso, detalhista e sistematizado do autor, pois, partindo de um emaranhado confuso e desconexo de precedentes judiciais, princípios e topoi, Canaris consegue identificar a estrutura marcante do instituto e ordenar logicamente um mosaico de casos sob a rubrica da responsabilidade pela confiança, encaixada sem rupturas no sistema jurídico alemão. A tese revolucionária ainda ao demonstrar, com base em robustos fundamentos, que entre os dois ramos tradicionais da responsabilidade civil (contratual e extracontratual) existe uma zona cinzenta, uma “terceira via” autônoma: a responsabilidade pela confiança”. Karina Nunes Fritz. Claus-Wilhelm Canaris: O “sistemizador”, **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/343067/clus-wilhelm-canaris-o-sistemizador>. Acesso em: 16 nov. 2023.

<sup>111</sup> Para Canaris, “[...] dentro do suporte fático, a confiança deve ter função inafastável e decisiva no desencadeamento das consequências jurídicas, de modo que uma função meramente genérica na argumentação jurídica (como a aplicada pela jurisprudência brasileira) não tem o condão de atrair a protecção da confiança”. Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 116.

<sup>112</sup> “A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. [...] O seu reconhecimento radica intimamente na indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados”. Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 122.

<sup>113</sup> “*Tatbestand* de confiança: para além de acto de autonomia privada criador de normas de comportamento que se impõem às partes, ele configura indiscutivelmente um elemento de confiança e estabilização de expectativas”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 666.

Neste contexto, portanto, para o jurista lusitano, a responsabilidade pela confiança dependeria de uma análise casuística, no qual seja possível verificar a “criação-de-defraudação” da confiança como o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar<sup>114</sup>. Defraudação esta que depende de uma intencionada sucessão de condutas, a qual é:

[...] composta por atos temporalmente subsequentes, o primeiro, gerador de confiança, e o posterior, que a ofende. Tais atos necessitam estar ligados por um pressuposto-base, qual seja, o investimento de confiança. Não basta a divergência de comportamento; é essencial que tenha havido um efeito depósito de confiança<sup>115</sup>.

Dito de outro modo, quando o declarante, através de sua conduta, gera expectativa justificada no outro, o qual, por sua vez, investe sua confiança, ele se vincula àquela, de modo que, caso altere-a e cause danos ao confiante, poderá ser responsabilizado. E, dadas estas peculiaridades, Frada defende, em consonância com Canaris, uma responsabilidade civil autônoma pela confiança, própria a estas situações que atendam pressupostos específicos (v.g., coordenação de condutas, investimento de confiança justificado e imputação da defraudação da confiança àquele que criou a expectativa) como sendo a última *ratio*<sup>116</sup>.

Tal teoria, ainda que não imunes a críticas, encontrou coro no direito civil brasileiro, pois, a uma, a confiança, enquanto valor e princípio jurídico, é compatível com sua ordem jurídica e, a duas, este papel da confiança como tutela das legítimas expectativas justificadas a partir de um comportamento de outrem, resolve adequadamente problemas como de comportamento contraditório<sup>117</sup>, da teoria da aparência<sup>118</sup> e, em especial, de responsabilização de danos ocorridos na fase pré-contratual, recorte de estudo deste trabalho.

<sup>114</sup> “Existe responsabilidade pela confiança quando a criação-de-defraudação da confiança constitua o vero fundamento da obrigação de indemnizar. [...] esta percepção permite traçar com rigor o âmbito possível e legítimo da responsabilidade pela confiança. [...] fundamento e fim não se confundem”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 902.

<sup>115</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 138.

<sup>116</sup> “[...] a responsabilidade pela confiança constitui, dentro do sistema global da imputação de prejuízos, um corpo específico. Intercalada embora de algum modo entre os paradigmas do contrato e do delito, não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres não contratuais e não aquilianos (como os inspirados na boa-fé). O espaço das responsabilidades intermédias apresenta-se nesse sentido, heterogêneo, sulcado por trilhos dogmáticos diferenciados”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 904.

<sup>117</sup> “O *venire contra factum proprium* tem aplicação predominantemente extracontratual. É uma fonte autônoma de obrigação porque importa a quebra da confiança que o *factum proprium* cria, independentemente de outro ato jurídico. Inclusive esse fato não precisa ser ato jurídico. Basta que crie expectativa.” Luciano de Camargo Pentead, Figuras parcelares da boa-fé objetiva e “*venire contra factum proprium*”, **Revista de Direito Privado**, v. 27, p. 52.

<sup>118</sup> “A teoria da aparência é, segundo a concepção defendida no presente estudo, uma figura decorrente da utilização da confiança como vetor na solução de conflitos, voltada para a proteção das expectativas legitimamente despertadas na relação entre sujeitos”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 151.

Como bem sintetiza Moraes, “[...] na esteira da evolução doutrinária, jurisprudencial e legal, a teoria da confiança [adotada primeiramente na Alemanha e em Portugal] está a ganhar força no Brasil para tutelar as expectativas legítimas [...] pelos usos adotados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual”<sup>119</sup>. A exemplo disto, Marques, ainda que direcionada às relações consumeristas, sinaliza, desde a primeira edição do seu livro “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” ainda em 1992, a importância de se revitalizar o paradigma da confiança nas relações contratuais no contexto da pós-modernidade. Afinal,

[...] quando uma pessoa toma uma decisão responsabilmente deve poder razoavelmente determinar seu resultado, mas, em última análise, deve poder confiar na atuação de outros e nas condições e relações criadas por outros para também poder atuar. [...] Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações<sup>120</sup>.

Na mesma toada, Fachin, em 1998, sob os ares do paradigma da solidariedade social, aventava a importância da “[...] revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico [...]”, sobretudo no âmbito da véspera contratual<sup>121</sup>.

E, nos últimos vinte anos, ainda que grande parte da literatura brasileira entenda a confiança como necessariamente vinculada à boa-fé, foram produzidos importantes trabalhos defendendo sua autonomia dogmática, tais como de Branco que, ainda em 2002, enfrentou a confiança como um modelo jurídico<sup>122</sup>; Schreiber, em 2005, ao explorar a figura do *venire contra factum proprium* a partir da tutela da confiança, e não como figura parcelar da boa-fé<sup>123</sup>, entendimentos que seguiram-se replicados nos Enunciados nº 362 e 363, ambos da IV Jornada de Direito Civil, propostos ainda em 2006<sup>124</sup>; Andrade Júnior, inspirado nos estudos de Frada, ao defender a tutela da confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil<sup>125</sup>

<sup>119</sup> Ezequiel Moraes, **A boa-fé objetiva pré-contratual**, p. 142.

<sup>120</sup> Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 181.

<sup>121</sup> Luiz Edson Fachin, *O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, **Scientia iuris**, v. 2/3, p. 15-16.

<sup>122</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 180.

<sup>123</sup> “[...] ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo”. Anderson Schreiber, **A proibição de comportamento contraditório**, p. 95.

<sup>124</sup> Enunciado nº 362. “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.” e Enunciado nº 363. “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”. Conselho da Justiça Federal (CJF), **IV Jornada de Direito Civil**, p. 57.

<sup>125</sup> “[...] pode-se perceber que a confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil, funciona como instrumento capaz de, em atenção à ampliação de proteção do indivíduo, imposta pelo paradigma da

e, recentemente, Ferreira, em tese de doutoramento defendida na Universidade de São Paulo (USP), intitulada “A teoria da confiança no direito civil brasileiro” (2020), buscando sistematizar o tema no direito brasileiro.

Nota-se, ainda, a crescente do assunto no campo jurisprudencial, sobretudo nos tribunais superiores; em 2017, foi reconhecida a autonomia da confiança pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 1.309.972/SP, especialmente no campo da responsabilidade civil, como uma terceira via em relação à extracontratual e contratual, em uma discussão que remete a danos sofridos na etapa pré-contratual<sup>126</sup>. Sob outro viés, em Recurso Especial nº 1.879.503/RJ (Informativo nº 680, de 23.10.2020), foi a confiança atrelada à figura da *supressio*, sendo, desta vez, entendida como a “face subjetiva do princípio da boa-fé”<sup>127</sup>, demarcando a ausência de conformidade do tema.

É possível constatar que os estudos acerca da confiança no direito privado, em que pese paulatinamente estejam ganhando espaço nas discussões jurídicas, ainda carecem de sistematização, o que resulta, na prática, em sua utilização para fins de mera retórica. Pretende-se, com esta pesquisa, traçar contornos objetivos acerca da confiança para que ela seja um instrumento efetivo de proteção jurídica daqueles que compõem relações sociais, sobretudo, as de natureza obrigacional e contratual. E, de forma verticalizada, demonstrar-se-á sua relevância para o momento da formação dos contratos, zona gris entre o ato ilícito e o contrato, da qual emana efeitos jurídicos.

## 1.4 EM BUSCA DE UMA AUTONOMIA DOGMÁTICA

### 1.4.1 O modelo jurídico da confiança

O grande desafio daqueles que se dispõem a investigar tema tão espinhoso como o da confiança é apresentar uma proposta de objetivação, a partir da qual seja possível compreendê-la em sua autonomia dogmática e, conseqüentemente, seja viável sua aplicação na praxis forense de forma consistente, afastando-se da pecha de mero reforço argumentativo. Não à toa, consiste em um dos objetivos da presente pesquisa.

Assente neste propósito, como primeiro passo rumo à sistematização, demarcou-se sua contextualização, estabelecendo que os estudos acerca da confiança serão adstritos ao direito

---

dignidade humana, garantir a reparação em situações nas quais a teoria clássica encontra dificuldades”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 168.

<sup>126</sup> STJ, REsp nº 1.309.972/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2017.

<sup>127</sup> STJ, REsp nº 1.879.503/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2020.

contratual pós-moderno. Contudo, ainda diante deste recorte metodológico, não se olvida que a complexidade da confiança permanece. E isto porque é parte integrante do ordenamento jurídico em diversos matizes — ora pode ser apreendida como valor, ora como situação fática que produz efeitos jurídicos, ora, enfim, como princípio jurídico<sup>128</sup> —, fazendo-se necessário entender seu processo de construção jurídica para, enfim, propor um modelo próprio que transite na realidade social<sup>129</sup>. Afinal “[é] compromisso essencial de uma boa dogmática o de ‘informar’ um ‘direito vivo’, moldando-o à luz das exigências da racionalidade jurídica”<sup>130</sup>.

A complexidade que permeia a ideia de confiança decorre, umbilicalmente, da complexidade do próprio direito enquanto elemento de uma sociedade pós-moderna, pois, superado o paradigma estritamente positivista que norteava o pensamento jurídico do século XX, o direito não mais se reduz ao que está posto, mas decorre de uma construção social, formado por uma miríade de textos positivos, valores e fatos sociais juridicamente relevantes<sup>131</sup>.

Com efeito, pode-se dizer que o direito consiste na “[...] síntese ou integração do ‘ser’ e de ‘dever ser’, de fatos e valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história”<sup>132</sup>. Trata-se, portanto, de uma teia normativa que prevê aos juristas vetores materiais para sua concretização<sup>133</sup>, incumbindo-lhes a tarefa de organizá-la, sistematizá-la, enfim, compreendê-la a partir do fio condutor axiológico do ordenamento, conjugando normatividade, valores e realidade social<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> “Encontra-se seguramente na gênese de muitas normas jurídicas; quando estas promovem a função de estabilização de expectativas mediante o acolhimento de estruturas de confiança já existentes e vigentes na ordem social. Outras vezes, é às regras que compõem o tecido normativo que se reporta. Outras, ainda, é ela própria seleccionada como situação produtora de consequências jurídicas”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 24.

<sup>129</sup> “A apresentação do conteúdo regulador de uma norma ou de um modelo contratual por intermédio de tais conceitos que, ou já pertencem ao sistema (<<externo>>), ou devem inserir-se sem ruptura, é a missão da chamada <<construção>> jurídica”. [...] empregamos o termo <<construção>> apenas para aquela actividade que serve para inserir de tal maneira no sistema [...] uma regulação precisamente encontrada na lei ou um modelo de contrato desenvolvido no tráfego – não apenas um contrato individual – portanto, de modo a que resulte uma concatenação isenta de contradições que permitam pôr claramente em evidência tanto as diferenças como o que tem em comum”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 627-628.

<sup>130</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 32-33.

<sup>131</sup> “[...] o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais [...], mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais”. António Manuel Hespanha, **A cultura jurídica europeia**, p. 27.

<sup>132</sup> Miguel Reale, **O direito como experiência**, p. 112.

<sup>133</sup> “O novo paradigma exige vetores materiais, diretrizes e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo ‘recheio’ é posto arbitrariamente pela autoridade”. Antonio Junqueira de Azevedo, O direito pós-moderno e a codificação, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, p. 9.

<sup>134</sup> “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas — ordenação e realidade — forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não

Neste processo de ordenação, compreender a experiência jurídica em sua totalidade a partir de um sistema de modelos, conforme sugere Reale<sup>135</sup>, parece dar conta de sua complexidade. Neste sentido, mesmo sendo conceito amplo para o direito, pode-se compreender modelo como uma estrutura normativa dinâmica — e não, portanto, uma norma isolada — que integra fatos e valores em normas jurídicas, evidenciando, assim, a intersecção entre os planos valorativo, fático e normativo no direito em sua plenitude<sup>136</sup>. Dito de outro modo, o modelo refere-se a uma articulação de normas jurídicas, provenientes de fontes de direito diversas, a qual conjuga elementos de ordem social, histórica e valorativa e, tendo em conta sua sensibilidade às mudanças sociais, dá sentido e conteúdo a uma ideia complexa e abstrata — tal como a confiança.

Seguindo esta linha de raciocínio, os modelos jurídicos podem ser subdivididos em prescritivos e hermenêuticos: enquanto os prescritivos têm o condão de prescrever condutas, sanções, proibições e estímulos, os hermenêuticos limitam-se a orientar sua aplicação, estando ambos, ademais, “[...] numa constante coimplicação”<sup>137</sup>. Analiticamente, os modelos dito prescritivos são formados a partir da conjugação de duas ou mais normas jurídicas, sejam elas provenientes da lei, da jurisprudência, de negócio jurídico ou de costumes — são, portanto, os modelos legais, negociais, jurisprudenciais e costumeiros —, compondo, assim, “[...] uma ordenação lógica de meios e fins, consistindo-o, ao mesmo tempo, uma preordenação lógica, unitária e sintética de relações”<sup>138</sup>.

Tais modelos são, por natureza, dinâmicos, haja vista que são passíveis de incorporar as mudanças que ocorrem na experiência jurídica, concatenando fatos e valores relevantes para o direito. Garantem, desta forma, a revitalização do direito a partir do preenchimento de suas lacunas<sup>139</sup>. E, em razão de tal prescritividade, são dotados “[...] da possibilidade de impor ações,

---

se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. [...] Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento de realidade, de outro”. Konrad Hesse, **A força normativa da Constituição**, p. 13-14.

<sup>135</sup> “No campo da experiência jurídica [...], as ‘estruturas sociais’ apresentam-se sob a forma de *estruturas normativas* ou ‘*sistemas de modelos*’, sendo cada modelo dotado de uma especial estrutura de natureza *tridimensional*”. Miguel Reale, **O direito como experiência**, p. 161.

<sup>136</sup> Judith Martins-Costa, Apresentação, in Judith Martins-Costa (org.), **Modelos de direito privado**, p. 10.

<sup>137</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 284.

<sup>138</sup> Miguel Reale, **Fontes e modelos do direito**, p. 40.

<sup>139</sup> “[...] os modelos jurídicos [...] não são construções cerebrinas e arbitrárias, mas correspondem às estruturas de sentido imanentes à experiência jurídica, permitindo, inclusive, seja posta com mais rigor a tormentosa questão das lacunas do direito, que só existem efetivamente em função da unidade de sentido do ordenamento. Nessa tarefa ingente de adequações dos modelos à vida, devem o legislador e o jurista proceder com a prudência que brota do senso concreto das possibilidades humanas”. Miguel Reale, **Direito como experiência**, p. 186.

condutas, vedações, sanções — e não apenas <<recomendações>> ao aplicador do Direito”<sup>140</sup>, tendo importante papel como modelador da realidade<sup>141</sup>.

Tendo esta definição em conta, a qual articula normas jurídicas oriundas de diversas fontes do direito com valores e fatos sociais pertinentes à ordem jurídica, é que se conceitua, enfim, tal como sugere Branco, a confiança como modelo jurídico:

O modelo jurídico da confiança se concretiza na experiência social, ligada a fatos e exigências valorativas. Deriva de um conjunto de elementos, de ordem histórica, social, valorativa e normativa, que determinam o conteúdo dos deveres das relações contratuais de forma prospectiva<sup>142</sup>.

Na proposta desta pesquisa, tal conceituação dá conta das múltiplas facetas que a confiança assume para o direito. Não é demais lembrar que ora é invocada como valor imanente à ordem jurídica (doravante denominada *confiança-valor*<sup>143</sup>), ora, ademais, como princípio jurídico (igualmente designada adiante como *confiança-princípio*). Somado a isto, há de se considerar a relevância da confiança enquanto situação fática apta a produzir efeitos jurídicos (*confiança-fato*), para a apreensão da sua importância na atual conjuntura do direito brasileiro. Em linhas gerais, discorrer-se-á acerca de cada uma delas.

No que diz respeito à *confiança-fato*, vale resgatar o que foi abordado a partir do diálogo interdisciplinar com a sociologia. A confiança, enquanto redutora da complexidade social, é a base fundamental para o desenvolvimento das relações sociais: “[o] comportamento das pessoas está pautado nesse alicerce, em que se criam expectativas e se operam as formas de cooperação humana”<sup>144</sup>.

No plano dos fatos, a confiança, de acordo com Branco, é compreendida, como um bem, o qual se materializa em diversas situações firmadas a partir de uma relação de proximidade entre duas pessoas, da qual, seja em razão do comportamento de uma das partes, seja em razão do contexto em que está inserida, estabelece-se vínculos de confiança<sup>145</sup>. Neste

<sup>140</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 285.

<sup>141</sup> “[é] requisito do modelo jurídico que tenha projeção de dever-ser e que preveja uma sanção pelo descumprimento, pois embora seja determinado pela realidade social, também tem um papel modelador da realidade”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 181.

<sup>142</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 190.

<sup>143</sup> Com o intuito de distinguir os diferentes vieses da confiança, adotar-se-á, para fins didáticos, tal classificação, a partir de Lisboa, que desenvolve a ideia de uma “confiança-valor” e “confiança-princípio”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 60.

<sup>144</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 127.

<sup>145</sup> “A confiança enquanto situação de fato não é nada mais nada menos do que um bem, com valoração própria e de grande utilidade para a estabilidade das relações sociais”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 183.

ponto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico prevê diversas regras jurídicas, as quais, em última análise, protegem a confiança criada em uma relação *inter partes*<sup>146</sup>. No entanto, há situações em que não há nenhum outro bem jurídico a ser tutelado, senão a confiança, mediante as expectativas criadas, das quais podem advir efeitos jurídicos que demandam regulação<sup>147</sup>. E, neste ponto, partindo-se do pressuposto de que as normas jurídicas, em um sentido lato, não derivam diretamente dos fatos, tal confiança-fato há de ser valorada<sup>148</sup>.

Valor, segundo Reale, é entidade vetorial, a qual aponta para um sentido, de modo que é determinante para direcionar condutas<sup>149</sup>. Nesse sentido, a confiança enquanto valor é, sobretudo, pressuposto fundamental para o desenvolvimento das relações privadas<sup>150</sup>. É a partir da confiança que “[...] as pessoas se relacionam, tomam decisões, assumem posições jurídicas, investem, enfim, realizam a experiência de vida”<sup>151</sup>. Consequentemente, é considerada um dos pilares centrais do direito<sup>152</sup>, a qual encontra guarida a partir do valor fundamental da segurança jurídica, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988<sup>153</sup>, atrelando-se, no mais, a um dos objetivos fundamentais da República na busca por uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CF/1988). Sem dúvidas, é valor resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, conforme dispõe Branco,

---

<sup>146</sup> Exemplificativamente, cita-se o artigo 309, o qual preserva o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo, mesmo que provado, depois, que não era o verdadeiro credor, bem como o art. 112, ambos do CC/2002, o qual dispõe que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

<sup>147</sup> “A confiança enquanto fato é tutelada por muitas normas. Porém, existem algumas situações em que não há nenhum bem que o direito esteja tutelando, a não ser a própria confiança, caso em que o princípio da confiança ganha relevo, já que será da sua aplicação direta que resultarão os efeitos jurídicos”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p.183.

<sup>148</sup> “[...] parece-me forma de dúvida a impossibilidade de passar-se *do mundo dos fatos ao mundo do dever ser do direito* [...]. [...] a rigor, no mundo do direito não há que falar em *fato* que se não correlacione com um ou mais valores, tal a correlação existente entre esses dois elementos, cuja síntese se processa segundo uma *ordem normativa*”. Miguel Reale, **O direito como experiência**, p. 129.

<sup>149</sup> “Valores são [...] entidades vetoriais, que apontam sempre para um sentido, possuem direção para um determinado ponto reconhecível como fim. Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes de conduta”. Miguel Reale, **Filosofia do direito**, p. 190.

<sup>150</sup> “[...] não há dúvidas que a confiança legítima é valor inerente às relações privadas do século XXI. Por essa razão, [...] a tutela da confiança [...] impõem sobre as partes um dever de ‘não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro’, dever esse que deve ser observado pelas partes em negociação, independentemente de suas vontades [...]”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 143.

<sup>151</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 59.

<sup>152</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 181.

<sup>153</sup> “Não são apenas os valores elencados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que podem ser identificados em um sistema jurídico. Outros valores, implícitos, são detectados por força do sentido autorreferencial do sistema. [...] É o que ocorre com a confiança, derivada do valor fundamental segurança”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 15.

“[...] enquanto a estrutura do sistema jurídico for aceita como suficiente para preservação do valor confiança, ela é legítima”<sup>154</sup>.

No entanto, esta *confiança-valor* diz respeito a um “[...] mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa”<sup>155</sup>. Não é, portanto, objeto de tutela jurídica imediata<sup>156</sup>, em que pese forneça sua base ética<sup>157</sup>. E, no propósito de defesa da autonomia dogmática da confiança, faz-se necessária sua identificação normativa<sup>158</sup>, processo do qual decorre, enfim, o princípio jurídico<sup>159</sup>, a *confiança-princípio*.

Demarcar a confiança como princípio jurídico demanda um exercício interpretativo, haja vista que *prima facie* não é apontado no direito positivo. Contudo, considerando a sistemática jurídica, norteadas por uma tábua axiológica constitucional, prescinde de dúvidas ser a confiança um princípio inerente ao direito, de modo que é possível identificá-lo, então, à luz da distinção proposta por Bobbio, como um princípio não-expresso<sup>160</sup>, implícito, destinado a tutelar as expectativas legítimas criadas em outrem no trânsito jurídico.

Neste ponto, vale retomar que a natureza principiológica da confiança já é reconhecida desde os estudos de Larenz, quem defendeu ser a confiança um princípio ético-jurídico, imanente à ordem jurídica. Tese reafirmada por Frada, jurista lusitano, em sua teoria da confiança, quem o entendeu como princípio de caráter geral — tudo conforme exposto no tópico 1.3. No direito brasileiro, é o mesmo entendimento daqueles que estudam a confiança, a

<sup>154</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 183.

<sup>155</sup> Tércio Sampaio Ferraz, **Apresentação**, in Niklas Luhmann, Legitimação pelo procedimento, p. 1.

<sup>156</sup> “A proteção jurídica do valor confiança é feita de diversas formas, mas dificilmente de forma direta enquanto valor. Sempre há uma norma e um bem diferente para proteção de tal valor, tal como a propriedade, vida, obrigação, etc”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 183.

<sup>157</sup> “[...] ressalta-se a base ético-jurídica da confiança, posto a complexidade e dinâmica das relações intersubjetivas não serem acompanhadas pelo ordenamento positivo em sua plenitude, tornando imperiosa a proteção das expectativas e permitindo que a convivência social se desenvolva em um terreno pautado pela eticidade, pelo solidarismo e pela tutela da pessoa”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 58.

<sup>158</sup> “[o] valor pode até mesmo estar expresso no texto legal, mas torna-se necessária a interpretação para que ele seja concretizado, identificando-se o princípio e, depois, a norma aplicável”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 18.

<sup>159</sup> Sobre a diferença entre valores e princípios, adota-se, neste trabalho, a distinção proposta por Alexy: “[o] modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito axiológico (no âmbito do bom)”. Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 153.

<sup>160</sup> “Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo o que comumente se chama o espírito do sistema”. Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento**, p. 159.

exemplo de Branco<sup>161</sup>, Lisboa<sup>162</sup>, Ferreira<sup>163</sup> e Andrade Júnior<sup>164</sup>. Trata-se de princípio não adstrito ao âmbito do direito privado, mas também de direito público<sup>165</sup>, sendo, inclusive, reconhecido como princípio de ordem pública, conforme enunciado nº 363 da IV Jornada de Direito Civil.

Todavia, a caracterização da confiança como princípio não é suficiente para sustentar uma regra jurídica, da qual, inclusive em caso de descumprimento, ensejaria uma reparação civil específica. Vale dizer, os princípios não são regras passíveis de serem invocadas imediatamente, havendo de ser concretizados<sup>166</sup>. Assim, no propósito de se defender a autonomia dogmática da confiança, parece acertado conceituá-la como um modelo jurídico prescritivo, o qual dá conta de sua complexidade ao concatenar os planos fático, valorativo e normativo<sup>167</sup>. E, considerando sua projeção de dever-ser, defende-se que de tal modelo desvela-se um dever jurídico da confiança, geral e abstrato, consistente não propriamente em um dever de confiar, mas sim de não frustrar as expectativas despertadas em outrem, seja a partir de comportamentos, seja em razão de indícios de normalidade e experiência.

De acordo com Branco, “[o] modelo é um dever que se concretiza na experiência social, ligado com fatos e exigências valorativas. Deriva de um conjunto de elementos, de ordem histórica, social, valorativa e normativa, que determinam o conteúdo do dever-ser de

---

<sup>161</sup> “[...] o princípio da confiança contém um conjunto de normas jurídicas voltadas para a proteção do bem confiança”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 184.

<sup>162</sup> Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 35.

<sup>163</sup> “A natureza jurídica da confiança é de princípio de caráter geral que visa à segurança jurídica em sentido amplo (que perpassa todo o direito)”. Patrícia Cândido Alves Ferreira, **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**, p. 195.

<sup>164</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 107.

<sup>165</sup> “O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou não aparência da validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade de sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base de confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público”. Humberto Ávila, **Teoria da segurança jurídica**, p. 386-387.

<sup>166</sup> “[...] os princípios não consistem em regras gerais passíveis de serem invocadas, imediatamente, em situações muito genéricas, para solução de algum caso particular, eis que, para cumprirem o seu papel, devem ser, antes de tudo, concretizados em vários graus”. Rosa Maria de Andrade Nery, Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado, p. 231 *apud* João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 114.

<sup>167</sup> “[...] o Direito só se constitui quando determinadas *valorações dos fatos sociais* culminam numa integração de *natureza normativa*”. Miguel Reale, **Teoria tridimensional do direito**, p. 103.

forma prospectiva”<sup>168</sup>. Trata-se, portanto, de um dever de conduta qualificado<sup>169</sup>, o qual, se violado, poderá ensejar reparação civil específica, decorrente da quebra da confiança, configurando seu verdadeiro *Tatbestand*<sup>170</sup>.

Vale dizer que, neste ponto, discorda-se de Frada, quando o autor defende não existir nenhum dever geral de corresponder à confiança alheia; segundo o jurista lusitano, para que reste caracterizada uma responsabilidade civil pela confiança, há de ser verificada sua defraudação, e tão somente no caso concreto<sup>171</sup>. Sem embargo, para esta pesquisa, entende-se que tal entendimento carrega inegável insegurança jurídica e descola o fundamento normativo desta modalidade de reparação civil.

Ademais, sustenta-se que, além de tal dever jurídico ser compatível com a sistemática brasileira<sup>172</sup>, compreendê-lo como de natureza geral e abstrata não inviabiliza o reconhecimento de uma responsabilidade civil pela quebra da confiança, mas pelo contrário: reforça o viés normativo próprio desta modalidade de reparação civil. Tal responsabilidade, então, terá pressupostos próprios, marcados por uma sucessão de condutas, que serão definidos *a priori* pela literatura, tais como a constatação de uma situação de confiança justificada, um investimento de confiança e a possibilidade de imputar responsabilidade àquele que a violou<sup>173</sup>. Não se olvida, no entanto, que para sua efetiva configuração, haverá de se aferir, no caso concreto, a ocorrência de tais pressupostos. Vale dizer, serão eles que definirão se a confiança despertada foi, ou não, legítima — merece lembrar que nem toda confiança será passível de tutela, mas só aquelas justificadamente despertadas, seja em razão do comportamento alheio, seja em razão de indícios de normalidade e experiência, os quais comporão uma situação de confiança.

<sup>168</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 181.

<sup>169</sup> Utiliza-se a definição “qualificado” para distinguir o dever jurídico da confiança, consistente em não frustrar as expectativas legítimas, do dever jurídico geral e abstrato de não causar dano a outrem. Não se trata, portanto, de adjetivação de valoração — nem melhor ou nem pior.

<sup>170</sup> “O fundamento da responsabilidade corresponde ao critério de validade (jurídica) da obrigação de indemnizar. Qualquer que ele seja, espelha-se necessariamente numa situação de responsabilidade. Por isso, a confiança terá de representar o elemento constitutivo essencial do *Tatbestand* de responsabilidade envolvido e, desta forma, o dado de facto ao qual se acopla específica e primordialmente a consequência indemnizatória”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 351-352.

<sup>171</sup> “[...] não existe nenhum dever de corresponder à confiança alheia com alcance geral [...]. As razões que militam contra um dever geral de corresponder à confiança alheia conduzem a que, em coerência, uma intervenção da ordem jurídica a determinar a necessidade de adequar a conduta às representações alheias haja de ter carácter pontual; não é indiscriminada”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 428.

<sup>172</sup> “[...] o ordenamento jurídico brasileiro está assentado em um sistema aberto, eis que marcado pela incompletude e, por essa razão, pela necessária criação de mecanismos capazes de permitir a sua transformação a partir das demandas exigidas pela evolução da vida social. Trata-se de um sistema dinâmico, capaz de se amoldar à natureza histórico-cultural do direito [...]”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 115.

<sup>173</sup> Tais pressupostos serão devidamente enfrentados no tópico 3.3.2.

Diante de todo o exposto, atende-se, à vista disso, o intuito de sistematizar a confiança para o direito privado, de forma que seja possível interpretá-la e aplicá-la autonomamente como proposta de um instrumento de resolução de problemas jurídicos que não são adequadamente solucionados pela dogmática tradicional — como é o caso dos danos ocorridos na fase pré-contratual. Afinal, nem tudo se resolve pela boa-fé objetiva ou pela dignidade da pessoa humana<sup>174</sup>.

É o que bem expõe Catalan: “[v]alorizar a confiança, como se nota, é antepor a Sociedade às ficções jurídicas, o que colabora para que ela deixe de servir apenas à teoria dos vícios do consentimento e a outras questões pontuais de modo a projetos seus efeitos para ampliar a tutela das legítimas expectativas daquele que confia na conduta prometida pelo outro<sup>175</sup>. Por conseguinte, defende-se a aplicabilidade de tal modelo no campo contratual pós-moderno no qual, dada a multiplicidade de situações jurídicas, há a revalorização da confiança como propósito de reduzir esta complexidade inerente a esse período<sup>176</sup>, bem como de proteger as expectativas justificadas criadas pelos sujeitos<sup>177</sup>. Ao fim e ao cabo, conforme arremata Branco, “[...] o modelo jurídico da confiança tem o papel de garantir segurança jurídica, como também o de preservar valores que sustentam a base das relações negociais [...]”<sup>178</sup>.

Superada sua conceituação, nas linhas seguintes, delinear-se-á as características desta confiança jurídica para o âmbito negocial, bem como a função que desempenha no ordenamento jurídico, distinguindo-a da boa-fé para, enfim, reiterar sua autonomia dogmática.

#### 1.4.2 Características e funcionalidades

Tendo em conta sua reconhecida complexidade, sugeriu-se, no tópico anterior, compreender a confiança no direito como um modelo jurídico, o qual permite a articulação entre suas dimensões fática, valorativa e normativa para, enfim, revelar o dever jurídico geral e

<sup>174</sup> “[...] são insuficientes as alegações genéricas acerca de afrontas a princípios constitucionais ou fundadas em suposta violação à boa-fé objetiva, como se fossem solução para todos os litígios decorrentes das relações privadas”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 118.

<sup>175</sup> Marcos Catalan, **A morte da culpa na responsabilidade contratual**, p. 140.

<sup>176</sup> “No novo modelo contratual há uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato. É um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertadas”. Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 175.

<sup>177</sup> “Em tempos de pós-modernidade, refletida a desconstrução do pensamento liberal e revalorizada a ética como eticidade negocial embasada não apenas em aspectos patrimoniais, mas especialmente na proteção da dignidade da pessoa, é relevante observar que a confiança passou, como valor jurídico, a contar com ligação constitucional direta”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 25.

<sup>178</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 181.

abstrato da confiança, o de tutela das expectativas legítimas criadas em outrem, seja a partir de critérios de normalidade e experiência, seja a partir de comportamentos coincidentes. Dada esta conceituação, definir-se-á suas principais características, como contributo a sua objetivação e aferição da regra jurídica de responsabilidade, a partir de duas classificações: a confiança pode ser geral ou negocial e subjetiva ou objetiva.

Esta diferenciação, geral e negocial, diz respeito ao seu alcance. A *confiança geral* implica o ato de confiar no direito, o qual exerce o papel de garantidor dos direitos e deveres e do regular desenvolvimento das relações sociais<sup>179</sup>, sobretudo em um contexto social pós-moderno, em que a confiança é um refúgio em meio a fragmentariedade e complexidade inerentes ao período. Traçando um paralelo com a classificação luhmanniana, pode-se dizer que se trata de uma confiança sistêmica, *in casu*, do subsistema social direito, no qual as expectativas de cumprimento das normas jurídicas já estão institucionalizadas<sup>180</sup>, não havendo outro caminho a não ser confiar<sup>181</sup>. Na sistemática do direito privado, esta confiança geral mostra-se mais como um recurso teleológico, de segurança no sistema, do que como um conceito próprio, deixando de “[...] ser essencial para a configuração de uma eventual responsabilização, pois todos devem confiar, não necessitando aferir-se concretamente a sua presença ou não”<sup>182</sup>.

A *confiança negocial*, por seu turno, é resguardada pela confiança geral, mas é constatada *inter partes*, a qual será particularizada entre sujeitos que pretendem estabelecer vínculos obrigacionais. Ela resguarda o dever de não frustrar as expectativas legítimas em outrem durante o trânsito jurídico.

É, enfim, gerada pelas partes em todo o processo negocial, conforme esclarece Lisboa:

[...] a confiança é também um valor fundamental do negócio jurídico, mas que não tem a sua gênese a partir do sistema legal. É gerada pelas partes. Confiar nas normas em vigor não é acreditar no negócio jurídico em si. A confiança negocial é focada, delimitada à pessoa do outro, ao conteúdo do pacto e à certeza de que os riscos que porventura vierem a acontecer não impedirão a satisfação do interesse<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> “Cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 19.

<sup>180</sup> “O problema da imposição das normas pode ser tratado como a condição de estabilidade de toda projeção normativa. Sem a menor expectativa de que se cumpra, a norma dificilmente pode prevalecer”. Niklas Luhmann, **O direito da sociedade**, p. 180.

<sup>181</sup> “A institucionalização de expectativas remete a um poder dever confiar.” Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 114.

<sup>182</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 118.

<sup>183</sup> Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 20-21.

Na medida em que a referida confiança geral no direito permite que os indivíduos possam, de fato, confiar, torna-se possível que sujeitos, em suas relações jurídicas específicas, criem vínculos de confiança e possam, com um mínimo de segurança, transacionar, a partir da confiança negocial. Ambas, à vista disso, são simbióticas, uma ganhando mais relevo que a outra a depender da dimensão jurídica a qual se analisa, pois, “[...] com a adequada proteção da confiança legítima, o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria ‘confiança’ no ordenamento jurídico<sup>184</sup>. Portanto, para que se possa invocar uma confiança negocial, há de se ter, antes, preservada uma confiança geral.

Em sequência, outro atributo a ser considerado, e que se complementa com o anterior, concerne à sua natureza, se subjetiva ou objetiva. A *confiança subjetiva* remonta a um estado de fé, de crença, atinente ao âmago psicológico e sentimental. Pode-se dizer, então, uma confiança “pura”; confia-se e ponto, independentemente se há justificativa para tal<sup>185</sup>. Em contrapartida, a *confiança objetiva* é aquela que é construída mediante a previsibilidade de comportamentos, bem como de critérios de normalidade e experiência, daquilo que comumente acontece na vida<sup>186</sup>, quais então, desde que de acordo com a ordem jurídica, justificam a criação e legitimação de expectativas.

Lisboa, inclusive, expõe que se trata de uma “estandardização”, ou seja, “[...] de um padrão de razoabilidade da conduta do confiante, que qualquer outra pessoa, dada as circunstâncias temporais e espaciais, teria, diante da situação concreta”<sup>187</sup>. Tem-se, em última análise, o propósito de estabilização de expectativas, sendo esta confiança, a *objetiva*, de relevância jurídica<sup>188</sup>.

Esta confiança, portanto, implica uma sucessão de condutas: o sujeito se orienta a partir de comportamentos de outrem ou de indícios de normalidade e razoabilidade acerca do seu contexto socioeconômico, os quais lhe permitem criar expectativas, ou seja, confiar. Esta

---

<sup>184</sup> Raphael Martins Manhães, O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil, **Revista CEJ**, n. 40, p. 13.

<sup>185</sup> “A confiança aqui pensada [...] não é aquela que surge na identificação do estado anímico de cada ser. Pensar desse modo implica substituir um critério subjetivo por outro [...]. Longe disso, ela ultrapassa o nível pessoal e seu principal lastro está no fato de que os outros também confiam. Assim, ao transcender os interesses das partes e as percepções individuais, ela atua como um instrumento vital à equalização dos negócios pactuados cotidianamente em sociedade”. Marcos Catalan, **A morte da culpa na responsabilidade contratual**, p. 134-135.

<sup>186</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 254.

<sup>187</sup> Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 33.

<sup>188</sup> “Juridicamente ela só é relevante quando surgida em razão da conduta de outrem. Assim, é preciso que haja essa bilateralidade, tendo o ato de uma das partes como causa para o surgimento da confiança. Em suma [...], exige uma aproximação entre os sujeitos, através da qual o ato de um deles crie expectativa no outro, fazendo-o se comportar de determinada maneira”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 122-123.

confiança deverá ser respeitada de modo que, o indivíduo que a despertou autovincula-se, atraindo responsabilidade<sup>189</sup>.

Neste ponto, vale dizer que ter expectativas significa a espera da constituição de um direito, tendo em vista a presença de vários indícios que conduzem para isso. Conforme esclarece Branco, “[n]ão se tem o direito ainda, mas já existem fatos que justificam presumir a realização futura do direito, seja pela possibilidade concreta de ocorrência de um fato futuro e incerto cuja pendência existe, seja pela eminência da realização dos últimos fatos de uma cadeia de outros já realizados”<sup>190</sup>.

Agora, não se olvida que, a princípio, quando se trata de expectativa, a questão está no plano dos fatos. Contudo, quando tal expectativa é qualificada por uma norma jurídica, *in casu*, por um dever jurídico que resguarda sua tutela, ela é então compreendida como legítima:

Expectativas legítimas, portanto, são o nome que se atribui a uma relação jurídica específica, nascida de atos e fatos que não se enquadram dentro da tradicional classificação das fontes das obrigações, mas que, em razão da necessidade de proteção da confiança, produzem uma eficácia específica. Essa proteção da confiança pode ser vista sob diversas óticas, todas ligadas ao *modelo jurídico da confiança*, no qual podem ser enquadrados os seus fundamentos e os seus efeitos<sup>191</sup>.

Em linhas gerais, são essas as principais características que definem a confiança jurídica. E, com o intuito de completar sua análise, propõe-se a entender para que este modelo serve, ou seja, qual é sua função para o direito<sup>192</sup>. Neste propósito, Bobbio, pioneiro nos debates teóricos desta natureza, já há muito defendia a caminhada concomitante e complementar, embora não sincrética, da estrutura normativa do direito com sua função:

[...] a análise estrutural, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazo do novo pelo novo, são particularmente favoráveis<sup>193</sup>.

<sup>189</sup> “Todo o agir comunicativo implica uma <<autovinculação>> [...]. Em linha de princípio, o autor de uma declaração negocial, ou de uma outra qualquer conduta comunicativa apta a gerar expectativa legítima em seus destinatários, responde pela <<pretensão de autenticidade, de veracidade e de validade que lhe vai ligada nas relações comunicativas pessoais>>”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 257.

<sup>190</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 177.

<sup>191</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 178-179.

<sup>192</sup> “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)”. Pietro Perlingieri, **O direito civil na legalidade constitucional**, p. 642.

<sup>193</sup> Norberto Bobbio, A análise funcional do direito (1975), in **Da estrutura à função**, p. 113.

De fato, sobretudo em um contexto pós-moderno, percebeu-se um movimento que passou a conceber o direito, e seus institutos jurídicos, além de sua estrutura, mas também a partir de sua função na sociedade, haja vista que “[a] passagem da análise estrutural para a análise funcional significa inserir, socialmente, os institutos, verificando-lhes os resultados concretos e não aqueles meramente normativos”<sup>194</sup>. Este processo de funcionalização na conjuntura jurídica brasileira tem como propósito teleológico a concretização dos preceitos constitucionais, de modo que se instaurou, assim, uma dupla perspectiva, a estrutural e funcional, as quais, complementarmente, garantem plena concepção de um direito axiológico em permanente construção.

No que se refere à confiança, tendo em conta sua conceituação como modelo jurídico prescritivo, do qual decorre o dever de não frustrar expectativas legitimamente despertadas em outrem, sob pena de responsabilidade, é possível destacar, de acordo com Manhães, duas funções que ela desempenha no ordenamento: “[...] i) atua como uma proteção das legítimas expectativas; e ii) ao mesmo tempo funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica”<sup>195</sup>. Acrescenta-se, ainda, uma terceira função: a de atuar como instrumento de resolução de conflitos.

Assim, considerando que o ordenamento jurídico é consolidado em bases de segurança jurídica e de solidariedade social, não se olvida que há relações que se estabelecem a partir de expectativas despertadas mediante razões legítimas (seja pelo comportamento alheio, seja por indícios de normalidade e experiência), as quais são tuteladas pela confiança. É seu papel, portanto, diante de seu viés normativo, assegurar tais expectativas, a fim de garantir um trânsito jurídico minimamente seguro<sup>196</sup>.

E, à medida que estas relações de expectativa se estabelecem, tal confiança vai, paulatinamente, intensificando-se, podendo influenciar, inclusive, comportamentos. Tendo isto em conta, reflexamente, as partes vão se vinculando, mais e mais, à relação jurídica, ao ponto de que, em caso de frustração desta confiança seja passível de se imputar responsabilidade civil. Esta é, portanto, a segunda função que a confiança exerce no ordenamento jurídico, a de justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica.

<sup>194</sup> Felipe Peixoto Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p. 5.

<sup>195</sup> Raphael Martins Manhães, O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil, **Revista CEJ**, n. 40, p. 12.

<sup>196</sup> “Somente com uma visão social do contrato e dinâmica das relações sociais é que se poderá identificar uma função e um papel para a confiança no ordenamento. Isso pressupõe a compreensão do ordenamento jurídico como uma estrutura normativa flexível, cuja flexibilidade é determinada pelos princípios jurídicos, cujos efeitos podem configurar uma relação cooperativa, determinando a proteção das expectativas legítimas que são criadas em razão do relacionamento contratual”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 172.

Por fim, considerando que há um dever jurídico próprio da confiança, o qual consiste na tutela das expectativas legitimamente despertadas em outrem, e que, da sua defraudação pode exsurgir uma responsabilidade civil qualificada, a qual tem suas próprias especificidades e pressupostos<sup>197</sup>, há de se sustentar que a confiança detém, também, a função instrumental de solucionar conflitos, os quais a dogmática tradicional se revela insuficiente para fazê-lo.

Superada esta proposta de compreensão da funcionalidade da confiança para o direito, e seguindo no caminho da defesa de sua autonomia, discorrer-se-á, nas linhas seguintes, acerca da sua distinção com outro importante conceito, a boa-fé. E isto porque os múltiplos significados que o vocábulo confiança pode assumir, sobretudo no direito, conduzem, não raro, à sua sobreposição. No entanto, sustentar-se-á se que confiança e boa-fé, embora complementares, são independentes.

#### 1.4.3 Entre aproximações e distinções: confiança e boa-fé

Qualquer estudo que se proponha a investigar a confiança para o direito, sobretudo o direito contratual, deve explorar, obrigatoriamente, a boa-fé. E isto porque são conceitos que caminham juntos — e assim o deve ser, sobretudo no contexto da pós-modernidade, conforme pontua Marques<sup>198</sup>. No entanto, já se afirma, de antemão, que não se confundem. Há pontos de aproximação, mas também de distinção, que por sua vez, reforçam suas autonomias. Para Martins-Costa, entre ambas há elementos de “superposição” e “diferenciação”<sup>199</sup>. No entanto, para fins deste trabalho, defende-se que não se trata de superposição, mas de complementariedade, a partir da qual ambas podem ser compreendidas como instrumentos jurídicos autônomos aptos a solucionarem conflitos<sup>200</sup>. Neste sentido, discorrer-se-á, na sequência, acerca de seus pontos de aproximação para, enfim, distingui-las.

Esta miscelânea de conceitos encontra seus primórdios na literatura romanística, a qual previa a ideia de *fides*, sintetizada como “lealdade à palavra dada”, “uma garantia dos pactos”,

<sup>197</sup> Vide tópico 3.3.

<sup>198</sup> “Boa-fé (*bona fides*) e a confiança (*fides*) sempre estiveram juntas no direito privado e no estudo das bases e efeitos da vontade dos indivíduos no mercado [...]. Parece-me que, no início do século XXI, estes dois princípios paradigmáticos do direito privado devem estar ainda mais unidos e ser usados harmoniosamente. Somente assim construiremos uma nova teoria contratual adaptada aos desafios da pós-modernidade, inclusive da pós-modernidade aprofundada, que surge em nosso País, com seu novo modelo de contrato plural e desmaterializado”. Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 198-199.

<sup>199</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 254.

<sup>200</sup> No mesmo sentido, “A boa-fé e a confiança não se sobrepõem: embora não se encontre um divisor de águas absoluto entre os princípios em questão, um complementa o outro, até mesmo sob o aspecto etimológico”. Roberto Senise Lisboa, *Confiança contratual*, p. 147.

a qual reverberava não só no direito, mas em todos os âmbitos da sociedade. Desta noção, historicamente se observou a passagem da *fides* à *bona fides*, a partir da qual se forjou, juridicamente, a ideia de uma *fides* assim adjetivada como “justa” ou “virtuosa” com o intuito de definir comportamentos que se julgavam corretos, justos, sem fraudes, esperados sobretudo no trânsito jurídico<sup>201</sup>. A *fides* é tomada como sendo a raiz histórica do instituto jurídico da boa-fé objetiva e, também, da confiança.

Confiança e boa-fé, portanto, derivam do mesmo núcleo semântico, o que contribui para esta confusão de significados que *prima facie* poderia conduzir à ideia de “se tratar o mesmo pelo mesmo”. Este resgate histórico, no entanto, demonstra a amplitude do espectro da confiança, de modo que é possível demarcar-se, aqui, o primeiro ponto de aproximação: a confiança, desde sua origem, abrange a boa-fé<sup>202</sup>, e não o contrário — em que pese a opinião divergente de renomados juristas, exemplificativamente, a saber: para Cordeiro, a confiança seria uma manifestação material da boa-fé<sup>203</sup>; para Souza, por sua vez, seria a confiança um “sub-princípio” da boa-fé<sup>204</sup>; já para Martins-Costa, “[...] a boa-fé abrange a tutela das expectativas legítimas, sobrepondo-se ao princípio da confiança [...]”<sup>205</sup>.

No entanto, na conjuntura do direito brasileiro, a confiança materializa-se sob fundamento jurídico diferente. Como exposto anteriormente, uma de suas facetas é a de princípio jurídico, o qual, por seu turno, encontra respaldo na segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF/1988), atrelando-se, no mais, a um dos objetivos fundamentais da República na busca por uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CF/1988), abarcando todo o direito, e não somente o direito privado. Mas não é só. A confiança também se apresenta como valor imanente à ordem jurídica, bem como fato social, do qual podem decorrer efeitos juridicamente relevantes. E é da concatenação desses planos que é possível sustentar a existência de um dever de conduta, de caráter geral e abstrato, próprio da confiança, o qual consiste em não defraudar as expectativas

<sup>201</sup> “Uma vez surgido o conflito derivado de uma *conventio*, e residindo sua causa na falta de lealdade à palavra dada, o *oportere* processual que refletia a controvérsia teria que reconhecer e fazer valer o incumprimento da *fides* [...]. Essa é justamente a *fides bona*, o adjetivo <<bona>> conotando, no léxico ciceroniano, as ideias de <<justa>> ou <<virtuosa>>, de modo que as ações humanas deveriam traduzir um agir correto, como ocorre entre as pessoas corretas que atuam sem fraude (*ut iter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*)”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 70.

<sup>202</sup> “[...] parece importante explorar a origem da confiança, especialmente, quando se identifica ser deveras recorrente a afirmação de que ela teria gênese na boa-fé mesmo depois de ter sido comprovado que a *bona fides* foi gestada nos úteros da *fides*”. Marcos Catalan, **A morte da culpa na responsabilidade contratual**, p. 139.

<sup>203</sup> “Em termos positivos, surge, como conteúdo material da boa fé, o princípio da confiança; este teve uma evolução histórica e doutrinária conturbada, vindo a aproximar-se da boa fé”. Judith Martins-Costa, **Da boa fé no direito civil**, p. 1298.

<sup>204</sup> “[...] embora não exista uma regra expressa ou cláusula geral que explicita a normatividade da confiança — como ocorre em relação à boa-fé — consideramo-na como um sub-princípio de concretização da pauta da boa-fé [...]”. Wagner Mota Alves de Souza, **A teoria dos atos próprios**, p. 122.

<sup>205</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 254.

legítimas despertadas em outrem. Diante desta construção teórica, portanto, afirma-se que a boa-fé não é seu fundamento.

No entanto, não se nega que ambas, no âmbito do direito privado, relacionam-se, pois, considerando que a proteção da confiança jurídica consiste na tutela de expectativas legítimas despertadas em outrem mediante o trânsito jurídico, e a boa-fé é compreendida como um “[...] modelo ético de comportamento que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional [...]”<sup>206</sup>, então é possível que a justificação de tais expectativas se dê via a regra da boa-fé (embora não seja a única forma: circunstâncias negociais, econômicas, repetição de comportamentos *etc.*, todos podem ser condições a justificar a criação de expectativas legítimas acerca da relação jurídica).

E isto porque, vale lembrar, nem toda expectativa é tutelável pelo direito, mas somente aquelas que são criadas mediante indícios do comportamento alheio ou pelas condições de normalidade, razoabilidade e experiência do contexto, o qual a relação jurídica está inserida. Condições estas que podem ser justificadas pela boa-fé<sup>207</sup>, pois, como bem sintetiza Moreira, “[...] a boa-fé objetiva estabelece um determinado padrão de honestidade, lealdade e confiança (*reliability*), razão pela qual existe uma relação indissociável entre boa-fé e confiança, justamente no sentido de permitir a tutela das expectativas”<sup>208</sup>.

No entanto, confiança e boa-fé atendem a propósitos diferentes no ordenamento jurídico. Andrade Júnior bem as distingue como sendo a boa-fé atrelada à seleção de comportamentos éticos, enquanto a confiança remete à coerência de comportamentos<sup>209</sup>. Já Catalan entende que a confiança preza pela tutela das expectativas, enquanto a boa-fé dispõe acerca do modo que as relações deverão se instrumentalizar no processo obrigacional<sup>210</sup>. No mesmo sentido, Rizzardo Filho: “[b]oa-fé e confiança não se confundem, nem possuem liame de dependência. Enquanto a boa-fé é o modo pelo qual a cooperação deve-se instrumentalizar

---

<sup>206</sup> Marcos Ehrhardt Jr, **Responsabilidade pelo inadimplemento da boa-fé**, p. 102.

<sup>207</sup> “A adoção da boa-fé objetiva leva à previsão de uma confiança igualmente objetivada. Com isso, o confiante terá as suas expectativas de conduta avaliadas segundo padrões de razoabilidade consistentes na avaliação do que qualquer pessoa poderia esperar daquele contra quem se alega o descumprimento da boa-fé”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 155.

<sup>208</sup> Rodrigo Cavalcante Moreira, **A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança**, p. 163.

<sup>209</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 116.

<sup>210</sup> “Essa [a boa-fé] alude ao “modo” pelo qual a cooperação deve instrumentalizar-se no processo obrigacional, dentre outras funções a ela consagradas. A confiança, por sua vez, diz respeito à proteção da legítima expectativa criada no *alter* em razão da interação negocial, em razão do exercício das liberdades positivas que ao tocarem o outro tiveram força suficiente para despertar a sua atenção e, às vezes, a sua confiança”. Marcos Catalan, **A morte da culpa na responsabilidade contratual**, p. 138 (esclarecemos entre colchetes).

no processo obrigacional, a confiança diz respeito à proteção da legítima expectativa criada no *alter* em razão do negócio entabulado”<sup>211</sup>.

Em suma, tanto da boa-fé, quanto da confiança, decorrem deveres jurídicos a serem observados no trânsito jurídico. No entanto, são deveres diferentes, os quais se prestam a papéis diferentes. Não há nada que impeça que ambos coexistam (aliás, esse é o cenário comum, sobretudo no âmbito contratual). Todavia, estabelecer sua diferença é fundamental, não apenas para o plano teórico, mas também no prático, pois, em que pese sejam conceitos comumente verificáveis juntos sobretudo no trânsito jurídico, há situações em que podem versar sobre apenas um deles e isto não pode implicar uma menor proteção jurídica — nem sempre as partes que pretendem firmar uma relação jurídica obrigacional-contratual confiam uma nas outras, assim como “[...] pode haver quebra da confiança sem que ocorra qualquer violação dos deveres anexos”<sup>212</sup>.

É como bem distingue Manhães:

[...] essa diferenciação é fundamental para compreender as inúmeras relações nas quais existe apenas um dos dois princípios, sem que isso implique menor proteção à relação ou à situação jurídica criada. É o que acontece, por exemplo, ao contratado que, embora não tenha a menor confiança do contratante, ainda assim tem de agir conforme as regras da boa-fé para com aquele. Por outro lado, nos casos em que a confiança se funda na aparência de legitimidade jurídica de outra pessoa, não há qualquer relevância a invocação e a aplicação do princípio da boa-fé. [...] Nesses exemplos fica claro que são princípio que coexistem, sem uma relação de hierarquia<sup>213</sup>.

No campo da funcionalização, a situação também é semelhante. Confiança e boa-fé têm propósitos funcionais distintos; segundo Martins-Costa, “[...] enquanto o princípio da confiança tem por escopo imediato assegurar expectativas, a função primeira da boa-fé como standard jurídico é propiciar o direcionamento de comportamentos no tráfico negocial [...]”<sup>214</sup>.

Caminham juntas no trânsito jurídico, enquanto a boa-fé exerce a função de direcionamento de condutas, garantindo uma relação cooperativa e solidária, a confiança protege as expectativas legítimas criadas, prevenindo, assim, danos injustos ao parceiro negocial. É a complementariedade entre o papel ativo da boa-fé e o negativo, da confiança, no processo obrigacional-contratual. Nota-se, a partir deste comparativo, que boa-fé e confiança,

<sup>211</sup> Arnaldo Rizzardo Filho, **Curso de redes contratuais**, p. 236.

<sup>212</sup> Rodrigo Cavalcante Moreira, **A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança**, p. 164.

<sup>213</sup> Raphael Martins Manhães, O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil, **Revista CEJ**, n. 40, p. 16.

<sup>214</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 256-257.

embora se correlacionem, tem cada qual sua autonomia, com características e funções diversas, consequentemente, produzem efeitos jurídicos distintos. São, em síntese, “[...] princípios de igual hierarquia e que funcionam numa relação obrigacional para atingir os fins desta, qual seja, a consecução dos interesses das partes”<sup>215</sup>.

Em suma, pode-se concluir que boa-fé e confiança não são sinônimos e não se confundem. A bem da verdade, são conceitos autônomos e independentes, que se correlacionam e se complementam no trânsito jurídico, cada qual com um peso, a depender da circunstância do caso concreto<sup>216</sup>. Podem, ainda, servir de instrumentos jurídicos separadamente, ambos hábeis à resolução de conflitos para que se satisfaça integralmente os interesses das partes.

Seguindo a proposta deste trabalho, o qual pretende explorar a fase de formação dos contratos, identificá-las autonomamente é de grande relevância, haja vista que há deveres anexos à boa-fé que devem ser respeitados, mas há, principalmente, expectativas a serem protegidas, frutos da confiança. É o que se propõe no capítulo seguinte.

---

<sup>215</sup> Raphael Martins Manhães, O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil, **Revista CEJ**, n. 40, p. 16.

<sup>216</sup> “[...] incumbirá ao intérprete avaliar todas as circunstâncias do caso que lhe é apresentado para, identificado qual valor fundamental consecutivo deve ser melhor ponderado (sem que com isso se excluam os demais), proceder à apreensão concreta dos princípios da boa-fé e da confiança na espécie, verificando de que maneira as expectativas seriam legítimas nas situações para, enfim, concluir se houve a quebra ou não da confiança”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 155.

## 2 FORMAÇÃO DO CONTRATO PÓS-MODERNO

A presente pesquisa tem como ponto de partida a proposta de sistematização da confiança no direito privado como um modelo jurídico a fim de defendê-la como um instrumento efetivo de tutela daqueles que compõem relações sociais. Tendo isto em conta, nos capítulos anteriores, respaldou-se teoricamente esta conceituação para, nos tópicos seguintes, explorar sua aplicação prática, a qual, como escolha metodológica, restringir-se-á à investigação da confiança e seus efeitos na etapa pré-contratual no contexto do contrato pós-moderno<sup>217</sup>.

Tal recorte justifica-se em dois pontos. O primeiro deles é que a fase de formação do contrato não é resguardada em sua integralidade pela codificação civil vigente. Há disposições normativas que versam sobre a proposta e aceitação<sup>218</sup>, mas nada é previsto acerca das negociações, mesmo sendo momento de incontestável relevância jurídica, quando se discute termos, condições, acordando-se os interesses almejados na futura relação jurídica contratual, da qual podem, sem dúvidas, ocorrer danos. Trata-se, portanto, de uma lacuna no texto jurídico, a qual, diante da construção do conceito jurídico da confiança, pretende-se colmatar com este trabalho.

A segunda justificativa consiste na própria ideia do direito pós-moderno, o qual, caracterizado pela hipercomplexidade e impessoalidade de suas relações, tem o contrato como um dos seus pilares, mas com novos contornos jurídicos, norteados por uma axiologia civil-constitucional, que superam o dogma voluntarista que vigia unanimemente nos tempos modernos<sup>219</sup>. A clássica concepção de formação do contrato a partir do binômio proposta-aceitação não mais dá conta da complexidade socioeconômica deste novo tempo; agora, é possível compreendê-la progressivamente, em que vários atos independentes, cada qual com suas peculiaridades, vão formando o interesse contratual, de modo que se torna de maior relevância a fase que antecede sua celebração.

Esta fase pré-contratual, portanto, é espaço profícuo para explorar a tutela jurídica da confiança, haja vista que, enquanto as partes que pretendem contratar manifestam o interesse

---

<sup>217</sup> Vale dizer que a percepção do contrato pós-moderno pode ser vislumbrada em todos os desenhos contratuais, sejam eles os contratos de adesão, paritários, redes contratuais ou contratos existenciais.

<sup>218</sup> Vide artigos 427 a 435 do CC/2002.

<sup>219</sup> “Os três pilares de base do Direito Privado — propriedade, família e contrato — recebem nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa”. Luiz Edson Fachin, Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, p. 99.

em fazê-lo e iniciam, assim, negociações (as quais, a depender da complexidade da operação econômica envolvida, tendem a se prolongar<sup>220</sup>), inicia-se, também, uma relação de confiança, a qual vai se intensificando e justificando a criação de expectativas na relação futura que se almeja à medida que o processo contratual avança. Há, portanto, uma gradação da confiança paralela e concomitante à formação progressiva do contrato<sup>221</sup>.

Nesse momento que antecede a celebração do contrato propriamente dito, inúmeras situações podem acontecer, as quais ainda não estão albergadas por um instrumento contratual. E, a depender do momento pré-contratual e da confiança depositada, danos ocorridos neste contexto podem ser passíveis de responsabilização, em razão do dever jurídico de não criar expectativa injustificada no outro revelado pelo modelo jurídico da confiança desenvolvido alhures. Assim, para que seja possível defender esta modalidade de responsabilização, faz-se necessário, antes, compreender este fenômeno de formação progressiva do contrato pós-moderno, bem como o papel da confiança neste contexto. É o que se propõe neste capítulo.

## 2.1 REESISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

Tradicionalmente, a figura jurídica do contrato é caracterizada como um negócio jurídico bilateral com objeto e sujeitos definidos, formado por, pelo menos, de duas manifestações de vontade, proposta e aceitação, as quais convergem em um denominador comum, produzindo efeitos jurídicos, servindo de instrumento para circulação de riquezas.

É, em linhas gerais, a definição de contrato que vem descrita nos manuais de direito civil, dos quais exemplificativamente cita-se Varela, quem conceitua contrato como “[...] acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”<sup>222</sup> e, ainda, Mota Pinto, que o sintetiza como sendo “[...] formado por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo

---

<sup>220</sup> “[...] a complexidade crescente dos bens, objeto de troca, dos respectivos mecanismos contratuais e, conseqüentemente, dos estudos exigidos para se compreenderem os dados fáticos e jurídicos pertinentes tende a prolongar a fase de negociações [...]”. Cristiano de Sousa Zanetti, **Responsabilidade pela ruptura das negociações**, p. 5.

<sup>221</sup> “[...] confiar não é um processo automático e acrítico, sendo, frequentemente, algo gradual e que se fortalece a partir da recíproca experimentação das partes e do fortalecimento do contato social entre elas [...]”. Raphael Manhães Martins, O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil, **Revista CEJ**, n. 40, p. 17.

<sup>222</sup> João de Matos Antunes Varela, **Das obrigações em geral**, p. 212.

oposto, mas convergente, que se ajustam na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte”<sup>223</sup>.

Trata-se de um conceito que marca o expoente do direito privado, reflexo das codificações oitocentistas elaboradas por uma sociedade liberal burguesa, que primava pela proteção da propriedade e pela supremacia da vontade<sup>224</sup>. Deste cenário, firmou-se a ideia de um contrato regido pela máxima *pacta sunt servanda*, com o condão de fazer lei entre as partes, o qual, desde que observados os requisitos legais de validade, vincula os contratantes a partir de sua celebração até sua conclusão. Contudo, essa acepção de contrato, estritamente jurídica e cerrada, em que pese de inegável utilidade dogmática, mostra-se insuficiente diante das intensas e constantes transformações socioeconômicas do contexto do direito pós-moderno<sup>225</sup>.

Historicamente, a pós-modernidade exsurge em um momento pós-guerras, caracterizado por movimentos culturais e econômicos, além de inovações tecnológicas que permitiram a renovação dos meios de comunicação e, conseqüentemente, facilitaram a disseminação de informação advinda de múltiplas fontes, em uma velocidade exponencial nunca antes vista<sup>226</sup>. Neste cenário, segundo Fachin, “[a]s relações jurídicas se projetam as relações sociais, num contexto plural e complexo, relacionando Direito, sociedade e consumo”<sup>227</sup>.

Tornou-se possível, então, novas perspectivas e novos interesses negociais além das fronteiras. Nas palavras de Marques, “[s]ão tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, tempos de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e formação de opinião [...]”<sup>228</sup>. E, se por um lado há uma infinidade de possibilidades de relações, por outro, elas tornam-se cada vez mais variadas, complexas e

<sup>223</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, **Teoria geral do direito civil**, p. 647.

<sup>224</sup> “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade, e o contrato definido com instrumento de sua convalidação”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 110-111.

<sup>225</sup> “[...] liberalismo e neoliberalismo, autonomia da vontade e autonomia privada, interesse público e interesse privado, são dualidades que vão perdendo a sua consistência, tragadas pelas alterações socioeconômicas e pela fluidez característica da sociedade pós-moderna”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 3.

<sup>226</sup> “Não parece excessivo reconhecer que assistimos a uma renovada dinâmica contratual, porventura, impensável no passado. Está em consonância com a qualificada sociedade pós-industrial, que se instala a passos largos, com a sua caracterizada globalização econômica ou dos mercados e financeira e o modelo das empresas transnacionais, ao lado das multinacionais. A pretendida uniformização do direito privado, neste domínio, é conseguida através da adoção de idênticos paradigmas contratuais, dotados de flexibilidade ausente das normas de criação estadual. Trata-se de um elemento peculiar de ‘*lex mercatoria*’ afeiçoada aos tempos actuais”. Mario Julio de Almeida Costa, **Direito das obrigações**, p. 212-213.

<sup>227</sup> Luiz Edson Fachin, **Direito civil**, p. 108.

<sup>228</sup> Cláudia Lima Marques. Igualdade entre filhos do direito brasileiro atual – direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.16, p. 21.

impessoais, de modo que os conceitos jurídicos até então concebidos não mais dão conta desta outra realidade que, por sua vez, traz renovados problemas. Em suma, trata-se da “[...] sociedade do consumismo, do conhecimento e da informação, razão pela qual se torna impossível pensar que os modelos jurídicos clássicos são suficientes para responder aos desafios resultantes do desenvolvimento”<sup>229</sup>.

Desta passagem, da modernidade à pós-modernidade, a qual carrega consigo ares de incertezas, o contrato não sai ileso. Seu conceito, estático e hermético tal como exposto anteriormente, demanda uma nova compreensão, atenta a estes novos tempos, sob pena de um direito alheio à realidade socioeconômica e que não seja capaz de fornecer respostas adequadas às demandas atuais<sup>230</sup>. É que o demarca a crise do modelo clássico de contrato, sendo necessário propor uma renovada dinâmica contratual que conjugue o direito positivo com a força dos fatos, vinculados através de vetores axiológicos.

A vontade continua sendo relevante para efetivação do vínculo contratual, afinal, é elemento de existência do negócio jurídico, mas é agora avaliada conjuntamente com outros elementos de ordem social<sup>231</sup>. Tudo isso para garantir que as relações jurídico-contratuais se estabeleçam livremente, mas em um terreno minimamente seguro, no qual se firmem vínculos de confiança, preservando-se, antes de tudo, princípios de ordem maior<sup>232</sup>.

É o que sintetiza Aquino Jr:

Essa crise representa um desafio para o direito na medida em que há um aparente ceticismo quanto à capacidade de o direito fornecer respostas adequadas e justas aos problemas inerentes à sociedade atual e que se modificam com uma velocidade jamais vista nos tempos de transmissão instantânea da informação e de câmbio de valores. Tudo isso provoca uma crise que consiste na ideia de que o modelo contratual é insuficiente para abraçar essa rápida evolução de conceitos e que se torna premente a proposição de uma nova jurisprudência de valores que abarque o fenômeno, com uma visão revitalizada dos princípios do direito civil calcada na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>233</sup>.

<sup>229</sup> Andreza Cristina Baggio Torres, **Teoria contratual pós-moderna**, p. 27.

<sup>230</sup> “[...] o contrato não está <<morto>>, mas está simplesmente <<diferente>> de como era no passado; e mais que de um retorno <<do contrato ao status>>, parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos”. Enzo Roppo, **O contrato**, p. 347.

<sup>231</sup> “O contrato sem vontade emitida, no meu entender, é inexistente, mas a vontade contratual não deve ser emprestada tanta relevância, especialmente na fase em que a massificação das relações é predominante [...]”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 140-141.

<sup>232</sup> “Em toda relação negocial [...], torna-se indispensável que o interessado tenha um grau adequado de certeza relativa de que poderá obter o bem da vida (objeto mediato) através da operação concluída (objeto imediato), que contempla a maneira pela qual as obrigações assumidas serão adimplidas”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 23.

<sup>233</sup> Geraldo Frazão de Aquino Jr, O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas, in Eroulth Cortiano Junior e Marcos Ehrhardt Júnior (coord.), **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**, p. 435.

A bem da verdade, “[...] o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”<sup>234</sup>. E na sistemática brasileira, esta percepção do contrato pós-moderno coaduna-se à metodologia jurídica civil-constitucional, a qual reconhece um fio condutor principiológico, resguardado pela própria Constituição, o qual visa a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988) e da solidariedade social (art. 3º, *caput*, CF/1988), e que direciona as relações contratuais, em contrapeso à autonomia privada<sup>235</sup>. Nota-se que não são excludentes, afinal os espaços de autonomia privada e liberdade contratual, na ótica econômica essencialmente de mercado, devem ser preservados<sup>236</sup>. Todavia, trata-se de um novo olhar para o ordenamento jurídico, em especial, para o direito privado, do qual é feita a releitura dos seus institutos à luz dos preceitos constitucionais, deslocando, assim, o eixo civilístico tradicionalmente individualista, voluntarista e patrimonialista para um novo paradigma do direito civil justo e solidário, calcado na primazia da tutela da dignidade da pessoa humana<sup>237</sup> e na preservação da confiança.

Há, portanto, uma percepção ética dos contratos, conforme propõe Caumont:

[...] o contrato não pode esgotar-se conceitualmente no estreito corredor da unidimensionalidade tal qual apregoado por olhares clássicos [que de modo míope] o percebem apenas como contraposição, disputa ou conflito, até porque, muito além do território no qual reinam interesses antagônicos, todo contrato possui, em seu desenho peculiar, características afetas ao extremo oposto ao atuar como indutor da superação de conflitos, até porque, por meio do contrato as partes revolvem o primeiro estágio da relação negocial, revivendo a superação da controvérsia inicialmente contida na oferta<sup>238</sup>.

Neste cenário, “[o]s princípios norteadores da teoria contratual passam por processos de releituras ao longo do tempo, que os adequam ao contexto histórico e social no qual os contratos estão inseridos”<sup>239</sup>. No que diz respeito ao direito positivo, cabe elucidar que, em que pese o CC/2002 mantenha os princípios da modernidade no campo contratual previstos ainda

<sup>234</sup> Enzo Roppo, **O contrato**, p. 24.

<sup>235</sup> “[...] a autonomia privada passa a ser limitada pelo Estado, por meio da preocupação deste com a função social dos contratos, e da prevalência do princípio da boa-fé nas relações negociais”. Andreza Cristina Baggio Torres, **Teoria contratual pós-moderna**, p. 41.

<sup>236</sup> “A transformação recente do direito contratual e o deslocamento do ‘eixo central da teoria das obrigações da tutela da vontade à tutela da confiança’ não podem ser negados; contudo, o desaparecimento da autodeterminação e da liberdade contratual das partes não é — nem pode ser — admitido no direito privado, sob pena de negar as bases que sustentam o sistema”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 156.

<sup>237</sup> “[...] no direito pós-moderno, o ser humano ganhou posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos, situação que trouxe importantes mudanças no direito civil, notadamente no direito contratual, no direito de família e no direito de propriedade, institutos do direito privado que passaram a ser questionados à luz dos preceitos constitucionais, no fenômeno que se costumou chamar de constitucionalização do direito civil”. Andreza Cristina Baggio Torres, **Teoria contratual pós-moderna**, p. 29.

<sup>238</sup> Arturo Caumont, Por uma teoria ética do contrato, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES)**, v. 8, p. 93.

<sup>239</sup> Luiz Edson Fachin, **Direito civil**, p. 105.

no CC/1916 (liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade dos efeitos do contrato), eles são tomados, segundo Nalin, por um “[...] nova orientação axiológica, lastreada na eticidade, socialidade e operacionalidade da lei civil”<sup>240</sup>. E na leitura do contrato proposta pelo atual código, o contexto do contrato é de suma importância, afinal, “[...] é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”<sup>241</sup>.

Vale dizer que, nas relações contratuais, este influxo entre preceitos constitucionais no âmbito do direito privado significa que “[...] as relações jurídicas também se assentam sobre o princípio da solidariedade, exigindo-se que seus os contratantes sejam solidários entre si e respeitando-se a individualidade e dignidade de cada qual [...]”<sup>242</sup>. São essas as premissas de um novo paradigma contratual, o qual revigora-se a partir do seu lugar histórico<sup>243</sup> e do diálogo entre múltiplas fontes de direito<sup>244</sup>, aliado à solidariedade social e aos direitos fundamentais, sem, contudo, deixar de resguardar o espaço da autonomia privada. O contrato, agora, “[...] desenvolve uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de uma certa liberdade. Essa é a concepção que se propôs superar o dogma da vontade na concretização do personalismo ético”<sup>245</sup>.

Neste modelo, convivem princípios de ordem constitucional e de ordem privada, sem, contudo, descuidar-se dos interesses econômicos envolvidos<sup>246</sup>. É o que a literatura denomina

<sup>240</sup> Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 112.

<sup>241</sup> Miguel Reale, **O projeto do código civil**, p. 10.

<sup>242</sup> Geraldo Frazão de Aquino Jr, O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas, in Eroulths Cortiano Junior e Marcos Ehrhardt Júnior (coord.), **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**, p. 431.

<sup>243</sup> “[...] a verdade é que não existe uma <<essência>> histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações”. Enzo Roppo, **O contrato**, p. 348.

<sup>244</sup> “Para codificar, hoje, pelo menos duas diretrizes fundamentais devem ser seguidas. Em primeiro lugar, nada de um código; são necessários vários — é, aliás, o que, na prática, está a acontecer no mundo todo (trata-se de consequência da hipercomplexidade e da desistência da tentativa de reduzir tudo à unidade). [...] Somente esse fracionamento permitiria — e esta é a segunda diretriz fundamental — a participação popular efetiva, na elaboração da lei [...]”. Antonio Junqueira de Azevedo, O direito pós-moderno e a codificação, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, p. 10.

<sup>245</sup> Luiz Edson Fachin, **Teoria crítica do direito civil**, p. 141.

<sup>246</sup> “[...] numa economia de mercado, como a ocidental, é preciso tutelar negócios e o que estes significam, em termos de distribuição e redistribuição de riqueza. Tutelar negócios significa tutelar a confiança neles depositada pelas pessoas que através deles se tornam credoras, e não propriamente forçar quem ficou na posição final de devedor a se ater a uma (aliás desejável) atitude moral de respeito pelos compromissos assumidos”. Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 96. No mesmo sentido, “[...] o contrato não deva ser analisado fora do seu contexto de mercado, pois, ao proceder dessa forma, o intérprete está retirando dele os dados concretos (metajurídicos) que atualmente mais o definem [...]”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 122-123.

como teoria social dos contratos, decorrente da concepção do Estado social brasileiro, trazida pela CF/1988, que tem como fundamento, em última análise, a própria confiança:

Aponta-se, nessa linha, para uma nova teoria social dos contratos, baseada no solidarismo contratual, tendo como fundamento a confiança. Na esfera social, esse elemento ganha relevo, valorizando-se mais a vontade declarada do que a vontade interna, com a finalidade de dar mais segurança e certeza às relações jurídicas contratuais. [...] É um princípio imanente a todo o direito e condutor das relações contratuais. Proteger a confiança significa acreditar na atuação dos outros parceiros contratuais, o que possui reflexos no desempenho de todos, contribuindo para que as condutas na sociedade e no mercado converjam para o nascimento de expectativas legítimas naqueles em que a confiança é despertada<sup>247</sup>.

Trata-se de um paradigma, o da confiança, que busca minimizar as incertezas tão características da pós-modernidade, haja vista que conjuga preceitos tanto de ordem normativa e valorativa, quanto de ordem econômica, social e até, de acordo com Marques, antropológica<sup>248</sup>. Neste sentido, as relações contratuais são redesenhadas e passam a ser vistas com as lentes de um processo em construção, dinâmico e condicionado à realidade socioeconômica da mesma forma que é informado por um conjunto de valores que permeiam o ordenamento, como sistema aberto de fontes normativas, unificadas pela ordem jurídica constitucional. Processo que compreende diversas fases, atos unilaterais, deveres pré e pós-contratuais<sup>249</sup>, cada qual com suas peculiaridades e relevâncias, mas que seguem, como já exposto, um fio condutor principiológico, conjugando, nesta nova sistemática, autonomia privada e dignidade da pessoa humana — e todos seus corolários.

Com efeito, a confiança, enquanto modelo jurídico, tornou-se fundamental para o novo paradigma contratual, o qual, a partir de uma visão holística, considera o contrato como um processo que se forma gradativamente, repleto de posições e situações jurídicas que se reinventam no caso concreto. Portanto, traz o mínimo desejado de previsibilidade e segurança

<sup>247</sup> Geraldo Frazão de Aquino Jr, O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas, in Eroulth Cortiano Junior e Marcos Ehrhardt Júnior (coord.), **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**, p. 435-436.

<sup>248</sup> “Em tempos pós-modernos, frise-se também a valoração de elementos sociais e antropológicos externos ao contrato ou prévios”. Cláudia Lima Marques, **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 283.

<sup>249</sup> “O contrato foi concebido com início por consentimento e fim, por alguma causa de extinção; seu estudo então se assemelhava a uma fotografia estática. Hoje começam com contactos sociais, negociações, ofertas, consentimentos, execução extensa, deveres pós-contratuais, tudo numa sequência em que é difícil separar etapas; Seu estudo parece-se mais como um filme capaz de capturar o dinamismo”. Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría sistémica del contrato*, **Revista Cuadernos del Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. /UFRGS**, v. 1, p. 40 (tradução nossa). No original: “El contrato fue concebido con un comienzo a través del consentimiento y un fin, por efecto de alguna causa de extinción; su estudio se pareció entonces a una fotografía estática. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo”.

para que as partes possam negociar livremente<sup>250</sup> — desde que respeitadas as garantias fundamentais. Afinal, conforme elucida Noronha, “[...] é preciso que o direito por um lado garanta a segurança das transações, para tutela das expectativas do credor e, ao mesmo tempo e por outro lado, impeça que recaiam sobre o aparente obrigado riscos fora de seu controle”<sup>251</sup>.

Nesta nova ordem contratual, portanto, há uma reesistematização de sua fundação, a qual, firmada sobre o princípio da autonomia privada (e seus desdobramentos, como liberdade de contratar, obrigatoriedade do contrato e relatividade dos seus efeitos), complementa-se com outros importantes princípios, tais como o da boa-fé e o da justiça contratual, conforme sugere Noronha<sup>252</sup>; o da boa-fé, da confiança e da autorresponsabilidade, na leitura de Martins-Costa<sup>253</sup>; o da função social do contrato e da equivalência material do contrato, tal como discorre Lôbo<sup>254</sup>; e, ainda, o da transparência das relações contratuais, de acordo com Nalin<sup>255</sup> — todos eles, sejam explícitos ou implícitos, passíveis de serem conformados e aplicados mediante a perspectiva civil-constitucional.

Ademais, são também comuns a todos os desenhos contratuais, ainda que não se esteja diante de vulnerabilidades das partes<sup>256</sup>, haja vista o aspecto ético desta nova contratualidade a qual impõe, segundo Caumont, deveres de conduta, como o de lealdade, solidariedade e

---

<sup>250</sup> “[...] as relações comerciais globalizadas do século XXI são fundadas no crédito, sendo a moeda um valor marcado pela instabilidade e as regras econômicas diretamente relacionadas às vicissitudes da ordem política. Uma das formas com que o direito tutela a atuação e as relações daqueles que se envolvem em negociações nesse novo contexto é justamente estabelecendo um padrão mínimo de previsão e segurança que permita às partes planejar suas operações, sob pena de um indesejado – e atrasado – ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica, negocial e econômica”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 141.

<sup>251</sup> Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 91.

<sup>252</sup> “Aqui temos [...] os três elementos que parecem subjacentes aos contratos: a confiança nas transações, que se traduz no princípio da boa-fé, o seu equilíbrio, ou *fairness*, que se traduz no princípio da justiça contratual, e a força da iniciativa econômica, que se traduz no princípio da autonomia privada”. Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 97.

<sup>253</sup> “[...] no vasto campo dos negócios jurídicos – bem como o dos atos pré ou pós negociais -, os princípios da autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade estão sempre em *interdependência escalonada*”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 249.

<sup>254</sup> “[...] a força crescente dos princípios contratuais típicos do Estado social, que, de um modo ou de outro, comparecem nos códigos brasileiros referidos. São eles: a) princípio da função social do contrato; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material do contrato”. Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 189.

<sup>255</sup> “A transparência, princípio decorrente da boa-fé objetiva, ao exigir correto comportamento dos sujeitos relacionados, encontra sua justificativa no dever de informar o que recai sobre os contratantes, especialmente nestes tempos de predomínio das relações contratuais de conteúdo predisposto [...]”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 146.

<sup>256</sup> “[...] assumiu importância no Estado social a consideração da vulnerabilidade em que se encontram as pessoas em certas situações negociais. A vulnerabilidade jurídica vai além da debilidade econômica da parte contratante, pois interessa ao poder negocial dominante, ou seja, aquela que se presume em posição de impor sua vontade e seu interesse à outra. [...] Os três princípios sociais dos contratos (função social, equivalência material e boa-fé objetiva) são comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante”. Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 195.

consideração com o outro<sup>257</sup>. Tais deveres, oriundo de um solidarismo contratual, manifestam-se também nas relações empresariais, variando, tão somente, a densidade de tais condutas a depender da natureza do contrato<sup>258</sup>.

Tal rol principiológico não é taxativo, tampouco novidadeiro, representando tão somente um remodelamento da ordem contratual clássica às novas dinâmicas socioeconômicas, conjugando princípios de ordem liberal e de ordem social, os quais, vale dizer, não são antagônicos, mas complementares, havendo mesmo quem diga que sempre serão prevalentes os sociais em caso de conflito entre eles no caso concreto<sup>259</sup>. Todavia, para fins deste trabalho, que tem como enfoque a confiança pré-contratual, discorrer-se-á, em linhas gerais, sobre os princípios os quais entende-se essenciais para o momento da formação do contrato: autonomia privada, função social, boa-fé objetiva e, enfim, a confiança, todos que, em interdependência escalonada, formam o processo contratual.

## 2.2 *EXEMPLI GRATIA*, PRINCÍPIOS DA NOVA SISTEMÁTICA CONTRATUAL

Nesse tópico, serão explorados os princípios da autonomia privada, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da confiança, os quais, vale ressaltar, não são os únicos incidentes nesta nova sistemática contratual, mas, por escolha metodológica e considerando o campo da pré-contratualidade, área de aprofundamento da pesquisa, assim o seguem.

### 2.2.1 Autonomia privada

O princípio da autonomia privada é considerado, nas palavras de Martins-Costa, o “eixo do Direito privado”<sup>260</sup>. Isto porque, em linhas gerais, representa o poder de

<sup>257</sup> “A transcendência da ética que prega a contratualidade — como um âmbito dentro do qual estão as searas pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais — impõe, desenhando-o com as cores da probidade, o dever de comportar-se com lealdade, solidariedade e consideração ao outro [...]”. Arturo Caumont, Por uma teoria ética do contrato, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES)**, v. 8, p. 100.

<sup>258</sup> “[...] não estamos aqui falando de um solidarismo que deve se manifestar apenas em relações não paritárias, como as consumeristas ou de adesão, em favor da parte hipossuficiente (do ponto de vista jurídico, econômico ou técnico); ou que se manifesta apenas e tão somente nas relações existenciais. Tal solidarismo — e a relação especial de confiança que decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva — também é devido e se manifesta nas relações paritárias, incluindo aquelas interempresariais e de lucro. O que se altera, e isso não se nega, é a densidade com que tais condutas são esperadas em uma ou em outra hipótese”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 139-140.

<sup>259</sup> “A compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios liberais, pois estes, como aqueles, refletiram etapas da evolução do Direito do Estado moderno. No Estado social os princípios liberais são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis”. Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 195.

<sup>260</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 248.

autorregulamentação de interesses privados; noutras palavras, resguarda o direito de os sujeitos fazerem suas próprias escolhas de acordo com seus interesses<sup>261</sup>. Embora não restrito ao âmbito contratual, é área na qual encontra expressiva repercussão ao possibilitar a livre escolha de com quem se deseja contratar e também o conteúdo do contrato, com a *prima facie* irrestrita deliberação acerca de deveres e obrigações que terão o condão de modificar o patrimônio dos envolvidos.

Considerando a realidade histórica das codificações oitocentistas (as quais, não é demais relembrar, influenciaram a legislação civil brasileira), a autonomia privada dispunha papel de destaque no ordenamento jurídico, haja vista a relevância dada ao contrato<sup>262</sup>. Comumente, era tratada como sinônimo de “autonomia da vontade”, sendo esta noção a expressão máxima do querer dos sujeitos. Entretanto, afirma-se que não se trata de dois significados para um mesmo significante, mas, e sobretudo no contexto da pós-modernidade, possuem sentidos distintos.

De acordo com Amaral, enquanto “[...] a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, [...] a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”<sup>263</sup>. Naves, ao enfrentar o tema da autonomia privada, esclarece a distinção entre ambas as acepções:

[...] a autonomia privada é a atualização da autonomia da vontade. A denominação autonomia privada veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí a justificativa pela expressão autonomia privada.<sup>264</sup>

Tendo esta distinção em conta, é possível traçar uma passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, a qual acompanha a passagem do paradigma liberal e individualista para o paradigma social e garantidor dos direitos fundamentais. Em linhas gerais,

<sup>261</sup> “Como princípio jurídico, a autonomia privada é norma jurídica que atribui aos particulares um poder. Impregnada de imperatividade, atua como diretriz para outras normas (plano de justificação) ou como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo (plano de aplicação)”. Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 96.

<sup>262</sup> “A autonomia privada foi, por muito tempo, considerada como princípio contratual [...] O movimento de codificação dos séculos XVIII e XIX elevou o contrato à categoria fundamental [...]. Para tanto, era preciso atribuir aos particulares a liberdade de celebrar contratos, determinando seu conteúdo e efeitos. A forma livre era regra, com mínima regulamentação do Estado, pois a sociedade alcançaria seus fins por si mesma. *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*. Essa é a ideia divulgada pelo liberalismo”. Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 100-101.

<sup>263</sup> Francisco Amaral, **Direito civil**, p. 131.

<sup>264</sup> Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 94.

pode-se sintetizar que a autonomia da vontade correspondente a um aspecto subjetivo do sujeito, à sua vontade interna, enquanto a autonomia privada seria a vontade declarada<sup>265</sup>.

Atualmente, tem-se o princípio da autonomia privada como um dos pilares do contrato, o qual repercute também nos seus corolários, exemplificativamente, na liberdade de contratar e na liberdade contratual. Tais noções, embora usualmente utilizadas indistintamente em muitos textos jurídicos, ganham conotações diferentes diante das lentes do direito civil-constitucional. E isto porque, enquanto a liberdade de contratar versa sobre a possibilidade de se escolher com quem e o que se deseja contratar (liberdade esta que, reflexo da dignidade da pessoa humana, seria plena<sup>266</sup>), a liberdade contratual versa, por sua vez, sobre o poder de dispor sobre o conteúdo do contrato. Esta, então, encontra limites no próprio ordenamento jurídico, especialmente nos demais princípios igualmente regentes do âmbito contratual.

Nas palavras de Hironaka:

*A liberdade de contratar ainda é aquela mesma liberdade facultada a todas as pessoas de realizarem suas avenças, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato em foco, limitado essa que seja decorrente de uma determinada norma de ordem pública. Em outras palavras, a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos; ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, uma tal liberdade. Mas, diferentemente, põe-se a liberdade contratual [...]. Enfoca o conteúdo, ele mesmo, dos contratos, quer dizer, a sua consistência interna, traduzida pelas cláusulas que compõem o negócio. Este é o aspecto mais crítico da formação do contrato, uma vez que esta liberdade pode vir limitada por nomes de ordem pública que digam qual o percurso cogente de determinadas cláusulas contratuais<sup>267</sup>.*

Esta miscelânea de sentidos, inclusive, foi reiterada pelo próprio CC/2002, o qual trazia na redação original do art. 421 que a “liberdade de contratar” seria exercida em razão e nos limites da função social do contrato, enquanto, tecnicamente, o princípio em questão seria a liberdade contratual — este sim passível de controle. Tal divergência foi dirimida com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (LLE) (Lei nº 13.874/2019), alterou-se o referido artigo para “[a] liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Tal alteração legislativa, a despeito de ter sanado o equívoco terminológico quanto à liberdade contratual, não ficou isenta de críticas, sobretudo por conta da supressão do termo “em razão da” no que diz respeito à função social. Ponto que *prima facie* poderia representar

<sup>265</sup> Andreza Cristina Baggio Torres, **Teoria contratual pós-moderna**, p. 99.

<sup>266</sup> “A liberdade contratual já não é a mesma de outrora. A liberdade de contratar é plena”. Lucio Flávio Joichi Sunakozawa. A liberdade contratual e suas perspectivas diante da ordem econômica constitucional, **Revista Argamassa**, v.1, p. 27.

<sup>267</sup> Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Contrato, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 97, p. 136-137.

um descolamento deste novo paradigma contratual defendido, social e solidário, retornando à priorização do voluntarismo e patrimonialismo, sobretudo em razão do parágrafo único acrescido ao art. 421 do CC/2002 que previu o intervencionismo mínimo nas relações paritárias.

Até porque, ao fim e ao cabo, os motivos de tal proposta legislativa consistiam, em suma, na mitigação do intervencionismo estatal nas relações privadas<sup>268</sup>. Entretanto, a despeito do princípio da função social ser objeto de estudo no tópico seguinte, limita-se a sintetizar que a teoria social dos contratos é calcada nos preceitos constitucionais que resguardam a solidariedade conjuntamente com a livre iniciativa, de modo que uma lei ordinária não tem o condão de modificar as bases do ordenamento jurídico. É este o entendimento de autores como Schreiber<sup>269</sup>, bem como o adotado no presente trabalho, o de não ter a LLE desnaturado a perspectiva do contrato pós-moderno, o qual, não é demais ressaltar, privilegia a concomitância entre autonomia privada e demais princípios de cunho social.

Tal posicionamento faz-se necessário sobretudo diante da proposta do presente estudo, que é a etapa pré-contratual, momento que impera a liberdade de contratar, mas que, a depender da relação de confiança estabelecida, não isenta as partes de eventuais danos que possam ocorrer em razão das expectativas criadas, ainda que neste espaço de liberdade. Neste ponto, vale dizer, a autorresponsabilidade é a contrapartida da autonomia privada.

Por ora, conclui-se que, atualmente, a autonomia privada é um dos pilares do contrato, o qual, contudo, não é de aplicabilidade irrestrita, tampouco tem conteúdo já pré-definido<sup>270</sup>. De acordo com Ribeiro, “[o] princípio da autonomia privada não pode reivindicar exclusividade na disciplina do instituto, a qual deve refletir uma pluralidade de valores conflituantes”<sup>271</sup>. Portanto, encontra seus limites no próprio ordenamento jurídico, partir de outros importantes princípios igualmente incidentes no campo contratual, tais como a boa-fé, a função social do

<sup>268</sup> De acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória nº 881/2019 (MP), a qual, posteriormente, foi convertida na Lei nº 13.874/2019: “[...] a MPV destina-se a dar maior liberdade para os particulares exercerem atividades econômicas, reduzindo os entraves impostos por intervenções do Poder Público e prestigiando a autonomia da vontade na celebração de contratos e outros negócios”. **Sumário Executivo de Medida Provisória**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881>. Acesso em: 27 dez. 2023.

<sup>269</sup> “A vocação do Direito Privado para a realização dos valores constitucionais decorre da própria estrutura da ordem jurídica, de modo que a definição de parâmetros objetivos para a aplicação de cláusulas gerais e princípios, conquanto muito bem-vinda, não pode ser confundida com a imposição de freios setoriais ou cortes temáticos, que lancem a atividade empresarial em uma espécie de bunker (com o perdão do idioma militar, tão em moda atualmente) imune à incidência da Constituição de 1988 e dos valores ali consagrados”. Anderson Schreiber, Alterações da MP 881 ao Código Civil — Parte II. **Genjurídico**. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/alteracoes-medida-provisoria-881/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

<sup>270</sup> “A delimitação do conteúdo do princípio da autonomia privada faz-se pela concorrência de vários princípios, determinados apenas no caso concreto”. Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 98.

<sup>271</sup> Joaquim Sousa Ribeiro, **O problema do contrato**, p. 289-290.

contrato e, em especial, tendo em conta a proposta deste trabalho, a confiança. Afinal, nas palavras de Martins-Costa, “[o] exercício da autonomia privada [...] se dá, porém, numa ordem jurídica voltada a assegurar também a proteção das expectativas geradas no *alter* pelos atos dos particulares”<sup>272</sup>. Vale dizer que os princípios liberais, tal com a autonomia privada, não são rechaçados pelos princípios sociais, mas tão somente tem seu conteúdo e alcance limitados<sup>273</sup>, a fim de conjugar preceitos de ordem econômica e de ordem social, garantindo, assim, a justiça contratual<sup>274</sup>.

### 2.2.2 Função social do contrato

Tendo em conta as premissas do contrato pós-moderno, o princípio da função social do contrato é fundamental para sua plena compreensão e localização, haja vista que, neste contexto, o contrato passa de uma concepção clássica, adstrita a uma dogmática de outros tempos, para uma concepção social. Agora, a figura do contrato, seja qual for o seu desenho, ultrapassa as fronteiras *inter partes* e ganha conotação social, atenta às intensas e constantes modificações das relações socioeconômicas que se firmam a todo tempo. Nas palavras de Torres, “[m]uito mais do que um instrumento de circulação de riquezas, o contrato passa a ser visto como um instrumento necessário à realização de uma sociedade justa, ou seja, de realização de uma justiça distributiva”<sup>275</sup>.

É essa, enfim, a realidade do contrato pós-moderno, o qual, ainda que não descurado dos critérios de existência e validade que o fazem, afinal, contrato, privilegia sua realidade, sendo modelado por sua função social. É o que, há muito, já defendia Noronha:

[...] o contrato constitui um *comando*, ou *preceito*, que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico. Mas o que verdadeiramente importa é que esta teoria intenta analisar a realidade social, a função econômico-social do contrato (ou, em geral, do negócio jurídico)<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 249.

<sup>273</sup> “Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (o que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada [...], o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo Direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo”. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil*, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 189.

<sup>274</sup> “A confiança, num sentido de complementariedade com a boa-fé objetiva, a segurança e os demais princípios aplicáveis, exerce notável função de alcance, no caso concreto, da justiça negocial. O contrato justo, afinal, é o objetivo contínuo tanto de quem negocia, como da sociedade em geral. Compreender o sentido de contrato justo somente se tornará possível mediante a adoção, em grupo, dos princípios negociais aplicáveis, sem que um deles suprima a eficácia do outro”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 39.

<sup>275</sup> Andreza Cristina Baggio Torres, **Teoria contratual pós-moderna**, p. 41.

<sup>276</sup> Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 89.

Este novo paradigma contratual vem calcado na sistemática civil-constitucional, tendo em conta as próprias premissas da ordem econômica, a qual se funda na valorização do trabalho e na livre iniciativa, mas também tem o condão de assegurar a dignidade humana, na busca pela justiça social. Aliás, para Lôbo, “[o] art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda atividade econômica — e o contrato é o instrumento dela — está submetida à primazia da justiça social<sup>277</sup>.

Dentre os princípios de ordem econômica, está previsto expressamente o da função social da propriedade (art. 170, III, CF/1988), o qual, pode-se dizer, é considerado a base constitucional da função social do contrato. E com o advento da atual codificação civil, o princípio da função social veio expresso no texto de lei, em seu art. 421, com a seguinte redação original: “[a] liberdade de contratar será exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato”. Tal dispositivo, como já exposto no tópico anterior, foi alvo de severas críticas da literatura civilística, sobretudo por conta do equivocado emprego da expressão “liberdade de contratar”, haja vista a mais adequada ser “liberdade contratual”. Com a recente promulgação da LLE, tal ponto foi devidamente esclarecido através de alteração legislativa, passando o referido artigo ao seguinte texto (o qual segue vigente): “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Desta nova redação, nota-se que, para além da substituição da expressão “liberdade de contratar” para “liberdade contratual”, atendendo-se, assim, aos anseios dos juristas civilistas atentos à nova dinâmica jurídico-social, suprimiu-se a expressão “em razão” no que se refere ao exercício desta liberdade de acordo com a função social. Esta alteração demarcou um movimento legislativo de tentativa de retorno às raízes modernas do contrato, caracterizadas pelo voluntarismo e do patrimonialismo, privilegiando o mínimo intervencionismo do Estado nas relações privadas.

Ademais, esta lei acrescentou o art. 421-A ao CC/2002, o qual, com o condão de presumir paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, previu, em seus incisos, alguns critérios para garantir tal presunção, tais como a possibilidade das partes definirem seus próprios parâmetros para interpretação das cláusulas contratuais e dos pressupostos de revisão ou de resolução (art. 421-A, I), obrigatoriedade de preservação da alocação dos riscos definidos pelas partes (art. 421-A, II), bem como a excepcionalidade da revisão contratual (art. 421-A, III).

---

<sup>277</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil, *Revista de direito do consumidor*, n. 42, p. 191.

Contudo, não é possível, ao menos nesta estrutura atual do ordenamento jurídico brasileiro, com uma Constituição em seu ápice que forma o contorno de um Estado Social, simplesmente desconsiderá-lo por uma legislação infraconstitucional. O que se pode extrair desta sistemática da LLE é que, coerentemente, “[a] alteração promovida no caput do artigo 421 teve como efeito, ao máximo, reconhecer que há mais razões que levam pessoas a contratarem além da função social”<sup>278</sup>, mas não o de desnaturar os fundamentos desta nova sistemática.

Em suma, o princípio da função social do contrato garante que coexistam interesses individuais e sociais nas relações desta natureza, nas quais consideram-se não somente as manifestações de vontade, mas também os efeitos do contrato e as condições socioeconômicas das partes envolvidas<sup>279</sup>. Trata-se de preceito de ordem pública, resguardado, inclusive, pelo art. 2.035 do CC/2002, de modo que a sua violação pode levar até à mais drástica consequência que é a nulidade do contrato<sup>280</sup>.

Tal princípio é intrinsecamente ligado à confiança enquanto modelo jurídico que tutela as expectativas, sobretudo diante de relações de consumo, conforme bem pontua Theodoro Júnior: “[...] pode-se considerar como uma função social do contrato de consumo garantir as expectativas geradas para os consumidores, sejam ele partes do contrato ou simples usuários dos bens postos no mercado de consumo”<sup>281</sup>. Não se olvida, no entanto, que esta relação entre função social e confiança igualmente se estende às relações paritárias, haja vista o caráter eminentemente social do contrato, concretizando-se, portanto, em todo o processo de sua formação, inclusive na etapa pré-contratual em que se formam vínculos de confiança a partir de interesses também sociais.

---

<sup>278</sup> Marcus Paulo Röder e Pedro Henrique Carvalho da Costa, A função social do contrato após a lei da liberdade econômica, in Paulo Nalin, Lygia Maria Copi e Vitor Ottoboni Pavan (org.), **Pós-constitucionalização do direito civil**, p. 104.

<sup>279</sup> “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflitos entre eles pois os interesses sociais são prevalecentes”. Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 190.

<sup>280</sup> “A aplicação do artigo 421 do Código Civil brasileiro seria inevitável, pois um contrato com tais características desafiaria as regras brasileiras de validade contratual, cujo objeto seria, além da violação da função social, inerentemente ilícito (artigo 104, inciso II, CC) e consequentemente nulo”. Paulo Nalin, *The social function of the contract and the International Sale of Goods (CISG)*, in Ingeborg Schwenzer, Cesar Pereira; Leandro Tripodi (org.), **CISG and Latin America**, p. 376 (tradução nossa). No original: “The application of Article 421 of the Brazilian Civil Code would be inevitable, as a contract with such characteristics would challenge Brazilian rules of contractual validity, whose object would be, beyond just the violation of the social function, inherently illicit (Article 104, Item II, CC), and consequently null”.

<sup>281</sup> Humberto Theodoro Júnior, **O contrato e sua função social**, p. 53-54.

### 2.2.3 Boa-fé objetiva

Qualquer pesquisa que se proponha a investigar a formação do contrato pós-moderno demanda, necessariamente, estudos sobre a boa-fé objetiva, haja vista ser conceito fundamental para a compreensão desta nova sistemática. Tal como a confiança, é palavra igualmente polissêmica, a qual assume diversas roupagens a depender do contexto — ora como modelo jurídico, ora como *standard* de comportamento, ora, enfim, como princípio jurídico<sup>282</sup> —, de modo que sua sistematização foi essencial para que se pudesse aplicá-la a partir de critérios minimamente objetivos e, assim, garantir segurança jurídica quando invocada no caso concreto.

Sem a pretensão de discorrer profundamente acerca da conceituação da boa-fé objetiva e suas repercussões no direito brasileiro, o que, por certo, demandaria nova pesquisa tamanha a complexidade do tema, faz-se necessário, sobretudo em razão do paralelo que se faz com a ideia de confiança (ponto que, inclusive, foi oportunamente tratado no tópico 1.4.3), traçar suas linhas gerais enquanto princípio de direito contratual e sua importância para a formação do contrato pós-moderno.

Não é demais repisar, o novo paradigma contratual, fruto destes novos tempos caracterizados pela hipercomplexidade e fragmentariedade, fundamenta-se na harmonização entre aspectos sociais e econômicos, entre a tutela de interesses individuais e coletivos, entre a tutela da dignidade humana e a preservação da livre iniciativa. A vontade, antes a protagonista da fonte obrigacional-contratual, agora é relativizada frente à outras noções jurídicas com força jurígena, tal como a boa-fé objetiva<sup>283</sup>.

A despeito do ideário voluntarista que justificou a narrativa do CC/1916 e que, portanto, não continha a boa-fé enquanto texto jurídico (boa-fé objetiva), mas somente em sua acepção subjetiva<sup>284</sup>, esta lacuna legislativa foi, aos poucos, sendo colmatada pela literatura

---

<sup>282</sup> “A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar seu mútuo comportamento (standard direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um <<estado ideal de coisas>>). Explicita-se essa tríplice qualificação”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 281-282.

<sup>283</sup> “O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se, construir, objetivamente, o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes”. Clóvis do Couto e Silva, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português (1979), in Vera Maria Jacob de Fradera (org.), **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**, p. 42.

<sup>284</sup> Exemplificativamente, art. 490 e 491, que versavam sobre a posse de boa-fé.

brasileira à medida que as transformações socioeconômicas consequentemente demandavam renovadas respostas jurídicas.

De início, antes mesmo de uma previsão normativa expressa, logrou êxito entre os civilistas brasileiros uma nova percepção da relação obrigacional, calcada na boa-fé, como sendo um processo complexo, formado por diversas posições, situações e atos jurídicos, rompendo com a ideia dualista obrigacional entre credor-devedor. Trata-se da tese da obrigação como um processo, a qual foi defendida por Couto e Silva, com forte influência germânica, ainda nos anos de 1960<sup>285</sup>. Segundo o jurista, tal processo seria permeado por instrumentos jurídicos, tal como a boa-fé, os quais garantem a criação de direitos e deveres com o condão de resguardar a finalidade da obrigação que, em suma, é seu adimplemento<sup>286</sup>. Nesse sentido, a partir da teoria da obrigação como processo, cabe classificar essas espécies de deveres, a fim de localizar suas gêneses e seus papéis na relação obrigacional.

De forma pormenorizada, os deveres de prestação compõem o elemento principal da relação obrigacional, materializados em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, os quais se originam “[...] da manifestação negocial ou da pontual fixação legislativa”<sup>287</sup>. Já os deveres anexos, também denominados instrumentais, são aqueles que, devidos tanto pelo devedor quanto pelo credor, caminham com os deveres de prestação na busca pelo adimplemento pleno da obrigação. Não nascem da manifestação da vontade, mas, sim, da boa-fé, o que lhes confere autonomia à relação principal, produzindo efeitos próprios, podendo ser examinados “[...] durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal [...]”<sup>288</sup>. São exemplos os deveres advindos da boa-fé os de informação, cooperação, assistência e lealdade.

Já os deveres de proteção, caracterizados como sendo “[t]odos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou a substituição da prestação”<sup>289</sup>, por seu turno, não guardam qualquer vínculo com a obrigação principal, mas, a bem da verdade, estão voltados para proteger as partes de eventuais danos que lhe sejam decorrentes. Tem, portanto, função auxiliar<sup>290</sup>.

<sup>285</sup> Tese de livre-docência de Clóvis do Couto e Silva, apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, em 1964.

<sup>286</sup> “[o] adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade. [...] Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos”. Clóvis do Couto e Silva, **A obrigação como processo**, p. 17.

<sup>287</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 240.

<sup>288</sup> Clóvis do Couto e Silva, **A obrigação como processo**, p. 93.

<sup>289</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, **A boa-fé e a violação positiva do contrato**, p. 75.

<sup>290</sup> “Nem secundária, nem instrumentalmente, nem de forma anexa podem ser confundidos com os deveres de prestação, pois o interesse que tutelam é outro: não o prestar, mas o interesse de proteção, para que, da relação

Tendo isto em conta, para Couto e Silva, “[...] a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”<sup>291</sup>. Não à toa, sua aplicabilidade já era uma realidade no ordenamento jurídico, antes mesmo de um dispositivo expresso neste sentido e, com a promulgação da CF/1988, sua normatividade tornou-se concreta, haja vista ser possível extraí-la, segundo Negreiros, por meio de um exercício hermenêutico, da própria tutela da dignidade da pessoa humana<sup>292</sup>. A partir deste novo paradigma civil, o constitucional, a boa-fé, então, nas palavras de Nalin, “[...] tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contraentes”<sup>293</sup>.

Em seguida, veio prevista como princípio de ordem consumerista em seu art. 4º, inciso III, apto a controlar cláusulas abusivas contratuais (art. 51, IV), no vanguardista Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/1990).

No CC/2002, a despeito das críticas de renomados juristas acerca do seu projeto que não refletia à realidade pós-moderna<sup>294</sup>, veio, enfim, prevista a boa-fé objetiva enquanto norma jurídica mediante a técnica legislativa da cláusula geral, a qual, vale retomar, é norma com estrutura propositadamente aberta a fim de abranger um maior domínio de casos<sup>295</sup>. Tal modo de legislar tem como intuito a maleabilidade do sistema jurídico (agora, não mais fechado) e a formulação de uma casuística consistente, atenta à realidade dos fatos, sem se descurar, contudo, da segurança jurídica garantida pela codificação<sup>296</sup>.

Trata-se, enfim, de preceito jurídico devidamente delineado pelo direito positivo, mas que precisa de concretização, a qual, contudo, não se dá ao alvedrio do intérprete, mas, sim,

---

obrigacional, e independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 244.

<sup>291</sup> Clóvis do Couto e Silva, **A obrigação como processo**, p. 33.

<sup>292</sup> “[...] a fundamentação do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana”. Teresa Negreiros, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, p. 140.

<sup>293</sup> Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 139.

<sup>294</sup> “Projeto, elaborado essencialmente entre 1969 e 1972, foi feito de cima para baixo, no tempo do Estado forte, e exige inutilmente a presença do juiz togado em inúmeras situações [...] O Projeto serve-se também largamente de noções vagas (por exemplo, função social dos contratos) e pretende a todo custo manter a concepção de unidade do Direito Privado. Ora, conforme tudo o que foi dito, vê-se bem que nada disso corresponde aos dias que correm”. Antonio Junqueira de Azevedo, O direito pós-moderno e a codificação, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, p. 10-11.

<sup>295</sup> “As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. [...] A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (reesistemização)”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 174.

<sup>296</sup> “Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos”. Clóvis do Couto e Silva, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português (1979), in Vera Maria Jacob de Fradera (org.), **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**, p. 39.

segue atrelada ao ordenamento jurídico em sua integralidade, a partir das suas regras, princípios e valores. E, considerando a polissemia característica da boa-fé, estabeleceu-se dogmaticamente uma classificação a partir das funções que exercem no ordenamento jurídico brasileiro consagrada pela jurista de referência no tema, Martins-Costa, nas denominações hermenêutica, integrativa e corretora:

Conquanto impossível — tecnicamente — *definir* a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, *indicar*, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes [...], bem como *discernir funcionalmente* a sua atuação e a eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais<sup>297</sup>.

No que se refere à vertente *hermenêutica*, é possível tomar a boa-fé como regra interpretativa dos negócios jurídicos especialmente prevista no art. 113, *caput*, do CC/2002, reforçada pela LLE, a qual inseriu em tal dispositivo o § 1º, inciso III, prevendo que, à interpretação do negócio jurídico, deve-se atribuir o sentido correspondente à boa-fé. Serve, portanto, “[...] como critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela segundo *uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé* [...]”<sup>298</sup>.

Já em sua dimensão *corretora*, a qual pode ser visualizada por duas percepções, servindo como efetivo instrumento de controle de abuso de direitos (*vide* art. 187 do CC/2002), bem como de ajustar o conteúdo do contrato, afastando, exemplificativamente, cláusulas leoninas. Essa função, que pode ser vislumbrada durante todo o *iter* da relação obrigacional, tem grande relevância, haja vista que resguarda o equilíbrio contratual, a depender da natureza do instrumento contratual.

Por fim, a função *integrativa*, apreendida do art. 422, do CC/2002, manifesta-se como fonte de deveres anexos e de proteção que orbitam a relação jurídica principal, na tarefa de suprimir lacunas textuais e/ou axiológicas que obstam a finalidade da obrigação, a qual, retomasse, é seu adimplemento satisfatório<sup>299</sup>.

<sup>297</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 45.

<sup>298</sup> Judith Martins Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 490.

<sup>299</sup> “Apenas com o cumprimento das prestações principais e acessórias e a observância dos deveres de proteção, informação e cooperação haveria adimplemento, no sentido pleno do termo”. Marcos Ehrhardt Jr, **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**, p. 175.

A compreensão da boa-fé em sua feição normativa (objetiva) no direito brasileiro permitiu um novo olhar para as relações jurídicas que se formam no campo obrigacional-contratual, as quais, desta perspectiva, podem-se formar antes mesmo de qualquer manifestação de vontade. Nas palavras de Noronha, “[...] o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé —embora também aqui estejam presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual”<sup>300</sup>. Neste sentido, o esforço de sua sistematização tem grande repercussão no campo contratual, no qual se conjuga com outros princípios da mesma ordem, tais quais, autonomia privada, função social do contrato e, enfim, a confiança, consolidando, assim, as raízes deste novo contrato.

#### 2.2.4 Confiança

Neste capítulo, já se explorou, embora não exaustivamente, alguns dos princípios jurídicos característicos desta reesistematização do paradigma contratual com o intuito de compreender a formação progressiva deste contrato pós-moderno. Em complemento aos demais, destaca-se, agora, o princípio da confiança, o qual não é adstrito à fase pré-contratual (muito embora seja este o recorte deste trabalho), mas sim incide durante todo processo contratual.

De início, cabe retomar que os esforços iniciais desta pesquisa se concentraram em tecer os fundamentos jurídicos da confiança, tendo em conta sua polissemia, defendendo-a como modelo jurídico que concatena os diversos matizes que ela assume para o direito privado. Um destes planos foi justamente o da confiança como princípio jurídico, denominado, para fins didáticos, como *confiança-princípio*.

Tal princípio tem como propósito a concretização da confiança enquanto valor imanente à ordem jurídica, a qual é calcada em preceitos éticos e sociais para, assim, viabilizar sua aplicabilidade no caso concreto. Conforme já exposto em capítulo anterior, trata-se de princípio geral do direito implícito, corolário da segurança jurídica, não adstrito, portanto, ao direito privado<sup>301</sup>. É, também, reconhecido inclusive como princípio de ordem pública em enunciado nº 363, da IV Jornada de Direito Civil E, embora não seja este o escopo da presente pesquisa, vale dizer que é princípio expressamente incorporado no CDC.

---

<sup>300</sup> Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 82.

<sup>301</sup> “[...] a noção de confiança é plural, sendo conceito naturalmente dotado de ubiquidade. Não por acaso, sua proteção é princípio subjacente a todo ordenamento jurídico, tanto no âmbito público como no privado”. Renata C. Steiner, **Reparação de danos**, p. 120.

Todavia, é no tráfego negocial que o referido princípio da confiança encontra expressiva repercussão, haja vista o paradigma social que paira sob o direito obrigacional-contratual que preza, sem descurar dos seus propósitos econômicos, por relações cooperativas, solidárias e justas. Relações essas que, dada a complexidade e impessoalidade dos novos tempos, somente se tornam possíveis a partir de vínculos de confiança.

Tendo isto em conta, Lisboa discorre acerca do papel da confiança como princípio jurídico para resguardar uma segurança mínima nas relações da sociedade atual:

Em tempos de incerteza negocial, gerada por fatores imputáveis às partes, ou, pior, às crises econômicas, supressão de mercados, transferência desmedida de investimentos, cabe uma reflexão que não pode ficar restrita à psicologia ou à sociologia econômica, devendo se prestar ao pensamento jurídico: *até que ponto, em uma sociedade cuja hipercomplexidade é incontrolável, o negócio jurídico torna-se seguro?* Desponta, então, uma solução que vem sendo construída pelas demais ciências sociais aplicadas: *é possível restaurar um ethos de confiança como valor, aplicando-o efetivamente como princípio jurídico*<sup>302</sup>.

E isto porque a confiança, neste contexto da pós-modernidade, é considerada, nas palavras de Moreira, o pilar das relações contratuais<sup>303</sup>. Portanto, o princípio da confiança tem o condão de assegurar as expectativas que são criadas em outrem durante o processo negocial, as quais acabam por direcionar os próximos passos da contraparte. Não é demais retomar que, nestes casos, não se trata de uma confiança subjetiva, atinente ao sentimento daquele que contrata, mas sim de uma confiança objetiva, construída mediante a previsibilidade de comportamentos e de indícios de normalidade e experiência, os quais, desde que de acordo com a ordem jurídica, justificam a criação e legitimação das referidas expectativas.

Noutras palavras, o sujeito orienta sua conduta a partir de comportamentos pretéritos do outro que lhe permitem criar expectativas, ou seja, confiar. Trata-se, portanto, segundo Rezzónico, de um princípio que se baseia em um dever ético de não defraudar as expectativas suscitadas nos outros<sup>304</sup>. Em síntese, tais expectativas “[...] consistem justamente na confiança

<sup>302</sup> Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 5-6.

<sup>303</sup> “A confiança é o pilar que sustenta essas relações. Uma vez ruído esse pilar, torna-se impossível sustentar a relação contratual [...]”. Rodrigo Cavalcante Moreira, **A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança**, p. 161

<sup>304</sup> “O princípio da confiança baseia-se no dever ético de não decepcionar as expectativas levantadas nos outros. [...] As expectativas devem ser legítimas e bem fundamentadas, o que exclui tanto a confiança ingênua como a imprudente”. Juan Carlos Rezzónico, **Principios fundamentales de los contratos**, p. 377 (tradução nossa). No original: “*El principio de confianza se basa en un deber ético de no defraudar las expectativas suscitadas en otros. [...] Las expectativas deben ser legítimas y fundadas, lo que excluye tanto la confianza ingenua como la temeraria*”.

que cada uma das partes de um contrato tem em relação ao comportamento da outra, razão determinante da incidência do princípio da confiança”<sup>305</sup>.

Sendo esta confiança legítima, não há dúvidas que deverá ser respeitada, ao ponto que quem a despertou, autovincula-se, atraindo responsabilidade; ato contínuo, a violação do referido dever de não defraudar tais expectativas está sujeita à reparação, quando não for possível a satisfação do interesse positivo no caso de já estabelecida a relação contratual<sup>306</sup>. Tal princípio, no entanto, não é adstrito ao contrato, mas se estende a todo o processo de sua formação, execução e após sua conclusão, protegendo, também, os interesses daqueles que pretendem contratar, mas que ainda não firmaram um vínculo contratual. Conforme sintetiza Nalin, “[c]uida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam”<sup>307</sup>.

Há, assim, uma sucessão de condutas: a partir do comportamento de um sujeito, uma declaração negocial, por exemplo, suscita-se a confiança no outro que, por sua vez, orientar-se-á a partir disto, agindo de determinada forma. Nota-se que, então, um ato de autonomia privada, a declaração, é capaz de vincular o negócio jurídico porque criou expectativas sérias e legítimas acerca da relação.

Seja no processo negocial ou contratual, princípio da autonomia privada e princípio da confiança complementam, conforme bem expõe Martins- Costa:

Estando o princípio da confiança ligado *genericamente* com a proteção das expectativas decorrentes das condutas comunicativas em geral, é possível concluir — em vista da relação entre o princípio da autonomia privada e o da confiança — atuar este último de modo *complementar* à autonomia privada, como justificativa ou explicação para o efeito de vinculação dos negócios jurídicos, potencializando esse efeito de vinculação. Melhor explicitando: a declaração negocial, ato de autonomia, vincula *porque* suscita expectativas legítimas acerca de sua seriedade e legitimidade<sup>308</sup>.

Vale dizer que esta relação de complementariedade entre princípios, a qual se pode dar a partir de variadas combinações e intensidades, é de extrema relevância para que a sistemática contratual tenha operabilidade e condições para satisfazer os interesses das partes. O princípio

<sup>305</sup> Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 189.

<sup>306</sup> “[a] aplicação da confiança-princípio se baseia na expectativa de cumprimento de deveres de conduta assumidos por ocasião do negócio jurídico, sob pena de perdas e danos, quando não for possível a satisfação do interesse positivo”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 154.

<sup>307</sup> Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 155.

<sup>308</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 253.

da confiança, considerado como a expressão da solidariedade<sup>309</sup>, assim com os demais princípios anteriormente explorados — autonomia privada, função social do contrato e boa-fé objetiva — incidem na relação jurídica contratual de maneira escalonada e gradual, a depender do caso concreto, contribuindo para a concretização de um contrato adequado à ordem jurídica tal qual ela é, conjugando preceitos de ordem econômica e social<sup>310</sup>.

## 2.3 O CONTRATO COMO PROCESSO

### 2.3.1 Prelúdios

Dogmaticamente, o contrato, em seu conceito estático, forma-se a partir do acordo entre proposta e aceitação, manifestações da vontade unilaterais, as quais, convergindo no centro de interesses, compõe a relação jurídica contratual. O consenso, portanto, é o elemento central do contrato e pode-se formar de diferentes formas.

Há contratos cotidianos que, dada sua simplicidade, formam-se instantaneamente — a título exemplificativo, a compra de pão na padaria, a encomenda material de escritório pela internet, o almoço no restaurante. Outros, contudo, por versarem sobre operações econômicas mais complexas, carecem de um tempo para amadurecimento do referido acordo, como, por exemplo, a compra de um imóvel, a fusão entre empresas. Não se olvida que em todos estes contratos há uma fase preparatória — ainda que nos primeiros exemplos ela não seja exteriorizada —, uma fase executória e, enfim, uma fase conclusiva.

De acordo com Garcia,

A fase preparatória está presente em todos os negócios. Eventualmente, é muito curta, como nos casos em que o negócio se conclui de modo instantâneo (ex. venda à vista de produto), nos contratos de adesão, nas relações contratuais de fato. Mesmo nesses casos há um período, ainda que extremamente rápido e mesmo interior (psicológico), em que cada um dos contratantes analisa as vantagens e conveniências do negócio proposto, decidindo, assim, pela celebração do negócio<sup>311</sup>.

<sup>309</sup> “[...] considera-se a confiança como expressão da solidariedade, juntamente com a boa-fé objetiva, com vistas à efetiva função social do contrato e à consecução final deste. [...]”. Ezequiel Morais, **A boa-fé objetiva pré-contratual**, p. 139.

<sup>310</sup> “[...] quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 139.

<sup>311</sup> Enéas Costa Garcia, **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, p. 24.

É no contexto das relações contratuais complexas que a referida fase pré-contratual ganha relevância. Não há, ainda, o efetivo vínculo contratual, mas é quando, justamente, desenvolvem-se as negociações para que se chegue ao referido consenso entre proposta e aceitação, atendendo, assim, os interesses das partes envolvidas.

No contexto da pós-modernidade, de relações hipercomplexas e impessoais, se há, por um lado, uma crescente de relações contratuais que demandam celeridade e massificação, tendendo a excluir esta fase preparatória, há, segundo Grecco, em contrapartida, em razão da complexidade dos bens de troca, a exigência de mecanismos contratuais que possam acompanhar os novos desenhos contratuais, o que implica, então, uma fase de tratativas mais extensa<sup>312</sup>.

No entanto, a despeito de sua inegável relevância, há escassez normativa acerca do tema: o CC/2002 prevê disposições acerca da figura da proposta e aceitação (arts. 427 a 435), mas nada versa sobre as tratativas que as podem anteceder, cabendo à literatura jurídica, bem como à jurisprudência a construção do seu referencial teórico. Neste propósito, de início, nota-se uma busca pela sistematização da fase pré-contratual, propondo-se subdivisões de acordo com o estágio do processo de formação do contrato.

Há autores, como Rizzardo<sup>313</sup>, Mota Pinto<sup>314</sup> e Azevedo<sup>315</sup>, que entendem tratar-se de uma classificação bipartite, composta, em linhas gerais, por uma fase negociatória, a qual se iniciaria nos contatos iniciais até a formulação de uma proposta, e uma fase decisória, caracterizada pelo encontro do binômio proposta-aceitação. Pereira, por seu turno, sugere uma tripartição entre negociações preliminares, proposta e aceitação<sup>316</sup>; já para Martins-Costa, é possível pensar em quatro momentos: fase inicial de prospecção e de chamamento a contratar, sem a caracterização de oferta em sentido técnico, fase negociatória em sentido estrito, fase da oferta propriamente dita e fase da conclusão contratual<sup>317</sup>. Tal como para Garcia, quem, todavia, opta por nomear as fases de ideação, negociações preliminares, realização da proposta e, por fim, aceitação<sup>318</sup>.

Como se pode notar, os esforços são inúmeros para sistematizar tal momento da formação do contrato e, para fins didáticos, alinha-se este trabalho à classificação tripartite

<sup>312</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 27.

<sup>313</sup> Arnaldo Rizzardo, **Contratos**, p. 43.

<sup>314</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, suplemento XIV, p. 168-170.

<sup>315</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor, **Revista do Direito do Consumidor**, v. 18, p. 23-31.

<sup>316</sup> Fabio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 97.

<sup>317</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 425-440.

<sup>318</sup> Enéas Costa Garcia, **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, p. 18-20.

acerca da fase pré-contratual, ou seja, a qual a subdivide em negociações preliminares, proposta e aceitação. De todo modo, vale dizer que tais classificações não são estanques, podendo, inclusive, “[...] estar as diferentes fases marcadas por uma interpenetração”<sup>319</sup>.

No mais, antes de adentrar em cada uma delas, cumpre demarcar que tal classificação, em que pese de grande valia para a dogmática do tema, é insuficiente para compreender contratos complexos que se formam de maneira progressiva. É o que inclusive adverte Grecco<sup>320</sup> ou Branco<sup>321</sup>.

Contudo, tendo em conta que um dos objetivos desta pesquisa é compreender a fase pré-contratual e seus efeitos, ainda que se proponha o viés da formação progressiva do contrato, entende-se necessário enfrentar os principais pontos de cada um destes estágios da fase pré-contratual.

### 2.3.2 Negociações preliminares, proposta e aceitação

O primeiro estágio do iter contratual remete às *negociações preliminares* (igualmente denominada fase de “puntução”<sup>322</sup> ou simplesmente “tratativas”), as quais tem o propósito, em linhas gerais, de construir subsídios para a efetiva celebração do contrato. É o momento em que as partes, movidas por um interesse em comum, estabelecem contatos iniciais, sejam eles presenciais ou por meios eletrônicos, para se obter informações acerca das características dos bens ou serviços, valores, formas de pagamento, enfim, para ajustarem as intenções daqueles que pretendem contratar.

Tal período, a depender da complexidade do negócio, pode ter duração mais ou menos extensa, composto de conversações que se podem alongar no tempo e até demandar custos relacionados, tudo no propósito de tornar possível a conciliação de interesses. Aqui, dá-se relevância às informações prestadas, haja vista que “[...] somente por meio de informações

<sup>319</sup> Fabio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 98.

<sup>320</sup> “[...] a divisão estanque do período pré-contratual em duas (ou mais) fases, bem como a clara determinação de um ato de proposta e um ato de aceitação funcionam em negociações mais simples [...], mas são de pouca utilidade para cenários mais complexos e de formação progressiva do contrato”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 41.

<sup>321</sup> “[...] as regras que tratam da proposta e aceitação são insuficientes para disciplinar o relacionamento das partes na relação pré-contratual e na formação dos deveres”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 193.

<sup>322</sup> “[...] o nascimento de um contrato segue verdadeiro *iter* ou *processo de formação*, cujo início é caracterizado pelas negociações ou tratativas preliminares — denominada fase de *puntução* — até que chegam a uma *proposta definitiva*, seguida da imprescindível *aceitação*”. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, **Novo curso de direito civil**, p. 112.

verdadeiras e que espelhem a realidade fática vivenciada, faz-se possível a tomada de uma decisão segura no sentido de contratar”<sup>323</sup>.

Em regra, durante as negociações não há um vínculo *juris* entre as partes, pois, tendo em conta os preceitos constitucionais de ordem econômica, privilegia-se o princípio da autonomia privada, do qual decorre o direito basilar de os sujeitos negociar livremente e de terem a liberdade de celebrar o contrato ou não. Aliás, em uma economia de livre mercado, as negociações nem sempre chegam a um denominador comum e, então, não se firma um contrato, o que, a princípio, não deve trazer qualquer ônus para as partes.

Entretanto, não se pode perder de vista os fundamentos do contrato pós-moderno, os quais garantem a observância dos preceitos também de ordem social, conjugando, assim, autonomia privada com boa-fé objetiva e confiança<sup>324</sup>. Vale dizer que, embora não se tenha efetivamente formado um vínculo contratual, as negociações detêm relevância jurídica, afinal, com os contatos iniciais, criam-se, também, expectativas acerca do negócio futuro. Expectativas que, a depender do avanço das negociações, são legítimas e não devem ser defraudadas à luz do dever jurídico da confiança, conforme defendido neste trabalho. É que, nas palavras de Garcia, “[a]s pessoas envolvidas numa negociação, em razão desta, adotam comportamentos que não seriam usuais não fosse a confiança que essa fase de tratativas inspira”<sup>325</sup>. Este estágio não corresponde, portanto, a atos meramente sociais, mas sim aos já qualificados<sup>326</sup>. Deve-se dizer que não há propriamente um vínculo contratual, senão um obrigacional<sup>327</sup>.

Das negociações preliminares, nas quais foram alinhados os interesses das partes, chega-se a uma *proposta*, um estágio mais avançado que as tratativas, embora ainda da fase pré-contratual, a qual, por sua vez, já deve prever os pontos essenciais que formarão o conteúdo

<sup>323</sup> Fabio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 98.

<sup>324</sup> “De um lado, há o interesse da *liberdade negocial*, <<ou seja, a vantagem que pode haver em que os negociadores conservem intacta a sua autonomia deliberativa até a formação do contrato, portanto ainda depois da emissão da oferta>>. De outro, há o interesse de fomento da boa-fé e da proteção da confiança, as quais se manifestam <<em face das expectativas criadas durante a fase pré-contratual, crescendo, via de regra, decerto, à medida que o *iter contractus* progride>>”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 426.

<sup>325</sup> Enéas Costa Garcia, **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, p. 61.

<sup>326</sup> “É quase intuitivo que no momento em que duas pessoas iniciam conversações com a finalidade de realizar um negócio jurídico, não se encontram mais na mesma situação em que se encontram duas pessoas que conversam socialmente, trocando meras experiências ou impressões pessoais. Já existe, durante as negociações, uma finalidade objetivamente verificável, de natureza econômica, para os atos praticados pelas partes. Esses atos se destinam a um fim, ainda que eventual, qual seja, o de instruírem os contraentes entre si uma relação jurídica de natureza contratual”. Regis Fichtner Pereira, **A responsabilidade civil pré-contratual**, p. 53.

<sup>327</sup> “É claro que [...] pode existir acordo sobre determinados aspectos da negociação que venham a estabelecer obrigações às partes, juridicamente vinculando-as ou não àqueles determinados aspectos. Contudo, de forma alguma as negociações ou documentos pré-contratuais, por mais avançado o estágio em que as negociações se encontrem ou por mais completos que os documentos sejam, são capazes de substituir o necessário consenso à formação do contrato que se almeja com as negociações”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 32.

do futuro contrato, podendo ou não prever prazo para sua validade<sup>328</sup>. É, portanto, figura juridicamente vinculante (art. 427, CC/2002), haja vista que demarca a vontade de uma das partes no sentido de contratar. Ou seja, aquele que propõe — o proponente (ou polícitante) —, torna-se obrigado nos termos da proposta, pois este ato de vontade presume-se sério e preciso, de modo que, inclusive, o destinatário (ou oblato), pode exigir que o contrato seja celebrado nos termos ali propostos<sup>329</sup>. E isto porque, “[...] a declaração de proposta, de forma isolada, já consiste um negócio válido no mundo jurídico, produzindo seus próprios efeitos”<sup>330</sup>.

A regra, portanto, é da irrevogabilidade da proposta, tendo em conta seu caráter vinculante, o qual só deixa de assim ser se: tiver previsto expressamente em seus termos; em razão da natureza do negócio; ou em razão de circunstâncias do caso concreto<sup>331</sup>. Vale dizer que, nos termos do direito positivo, há algumas hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória: a) se feita entre presentes (considera-se presente aquele que propõe também através de meios de comunicação que permitem a interação instantânea), ela não for imediatamente aceita; b) se feita, sem prazo, à pessoa ausente, mas já tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; ou c) se feito com prazo de validade previsto, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado e, por fim, se antes da proposta ou simultaneamente o proponente retratar-se e isto chegar ao conhecimento da outra parte (art. 428, CC/2002). Vale dizer que tal retratação, se não exercida no tempo hábil, vinculará o proponente à execução do negócio, sujeitando a responder por perdas e danos<sup>332</sup>.

Tendo em conta estes pontos, há de se ressaltar a equivalência entre as noções de proposta e oferta, conforme prevê o artigo 429 do CC/2002: “[a] oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Isto significa, ainda que no caso da oferta o destinatário seja pessoa

<sup>328</sup> “Existe ainda outro elemento muito importante de distinção entre proposta e negociações: a oferta deve ser completa, isto é, regular todos os pontos que formarão o conteúdo do futuro contrato, condição a quem também a contraproposta deve submeter-se: pode modificar inteira ou parcialmente as condições da proposta, mas deverá abranger todo o setor desta”. Antônio Chaves, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 65.

<sup>329</sup> “Enquanto a seriedade da proposta materializa aspecto subjetivo inafastável, não permitindo a vinculação a situações em que se constate mero gracejo, a precisão demarca o seu campo objetivo, devendo apresentar os elementos mínimos do contrato que se pretende pactuar”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 99.

<sup>330</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 45.

<sup>331</sup> “Quando o proponente, de forma clara, expressa a discricionariedade em contratar ou não, como, por exemplo: ‘salvo confirmação’; ‘sem compromisso’, são expressões que devem vir claramente na proposta”. Felipe Cunha de Almeida, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 43.

<sup>332</sup> Cabe aqui, contudo, a ressalva de Martins-Costa: “[...] a proposta, quando realizada, gera no plano da eficácia do mundo jurídico a vinculabilidade do proponente, não a obrigatoriedade quanto à prestação. E se trata apenas de vinculabilidade porque, enquanto não existe o negócio jurídico bilateral (contrato), não existem as obrigações principais e os deveres inerentes à espécie de contrato que se pretende formar”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 439.

indeterminada, subsiste sua obrigatoriedade, desde que presentes os requisitos necessários para o contrato. Exemplificativamente, em situações de oferta para venda, uma vez apresentados preço e produto, torna-se obrigatória a contratação, com ressalvas apenas quanto à limite de estoque e eventuais informações presentes na própria oferta. Vale dizer, tal oferta é passível, igualmente, de revogação, desde que essa ressalva esteja prevista no seu próprio teor.

No mais, ainda acerca da proposta, cabe observar que ela pode ocasionar, ainda, uma contraproposta, caso o destinatário queira apresentar outras condições para o negócio. Nesta situação, a proposta anterior perde sua força vinculativa e passa a valer a nova — tudo isso ainda na fase pré-contratual. Tal entendimento, outrossim, aplica-se aos casos de aceitação fora do prazo (art. 431, CC/2002).

Superada o estágio da proposta, chega-se na *aceitação*, declaração que marca, enfim, a conclusão do contrato. De acordo com Rizzardo, consiste no “[...] ato pelo qual o destinatário manifesta o desejo de concluir o contrato, nos termos da proposta”<sup>333</sup>. Portanto, é o aceite da proposta, desde que dentro do prazo estipulado, que constituirá efetivamente o contrato enquanto negócio jurídico bilateral. Há, contudo, algumas peculiaridades que permeiam este estágio avançado da fase pré-contratual, sobretudo acerca da forma e do momento em que é considerada.

Quanto à forma, pode ser expressa, tácita ou presumida<sup>334</sup>.

Já quanto ao momento em que é considerada, o critério adotado pela literatura é a distância física: se presentes, é facilmente verificável o consenso entre as declarações de vontade e, conseqüentemente, o momento da efetiva formação do contrato. Se entre ausentes, no entanto, há duas linhas de entendimento: o sistema de *cognição* e o de *agnação*. Segundo Grecco, o de cognição considera formado o contrato tão somente após o conhecimento da aceitação pelo proponente<sup>335</sup>. Neste sistema, há de se considerar a problemática de se deixar ao alvedrio do proponente a ciência do referido aceite, o que conduziria o oblato, a uma espécie de zona cinzenta de ter aceitado um contrato sem saber ao certo se e quando este estaria formado. O sistema de *agnação* — o qual, vale dizer, é o que prevalece no direito brasileiro —

---

<sup>333</sup> Arnaldo Rizzardo, **Contratos**, p. 91.

<sup>334</sup> “Não há, salvo nos contratos formais, requisito especial para a aceitação. Pode ela ser *expressa*, se o aceitante declarar a sua anuência; ou ser *tácita*, se uma atitude, inequívoca, autoriza concluir pela integração de sua vontade na declaração contida na proposta, como no caso de o oblato enviar, sem dito expresso, ao polícitante a mercadoria por este solicitada. Pode ser *presumida*, quando a conduta do aceitante, nos termos da lei, induz anuência, como se o proponente marca prazo ao oblato para que este declare se aceita, e o tempo decorra sem resposta negativa naqueles casos em que se não costuma aceitação expressa (Código Civil, art. 432). Em qualquer caso, porém, a aceitação traduz a adesão do oblato à oferta recebida, e só vale como tal, se a contiver”. Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, p. 40.

<sup>335</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 43.

, por sua vez, considera formado o contrato com a declaração do destinatário da proposta. E, a partir deste sistema, surgem três correntes: (a) teoria da declaração, na qual o contrato é firmado no próprio momento da declaração do aceite; (b) teoria da expedição, pela qual, por seu turno, o contrato somente é considerado celebrado quando o aceitante expede sua declaração ao proponente; e (c) teoria da recepção, a qual reconhece a efetiva formação contratual no momento em que o proponente recebe o comunicado da aceitação.

Em que pese as divergências entre os civilistas, é possível afirmar que é a teoria da expedição que prevalece no direito brasileiro, sobretudo em razão da redação do art. 434 do CC/2002, o qual, em seu *caput*, dispõe que “[o]s contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida [...]”, salvo algumas exceções, como, por exemplo, o artigo 433 do CC/2002, que considera inexistente a aceitação em caso de retratação do aceitante antes do proponente tomar conhecimento do aceite anterior. Neste caso, há que se considerar a incidência da teoria da recepção.

De todo modo, a conclusão é que o contrato somente se considerará formado mediante o encontro entre proposta e aceitação, podendo passar, anteriormente, por uma etapa de negociações preliminares. Contudo, vale dizer que esta definição é estanque, característica de um cenário ideal e dogmático, e nem sempre representa a realidade das atuais formas de contratação.

A bem da verdade, em tempos pós-modernos, verifica-se duas tendências no campo dos contratos, de um lado, uma crescente de relações massificadas e cada vez mais impessoais e, de outro, o incremento da complexidade das operações comerciais que demandam mais negociações. Enfatiza-se, assim, a fase pré-contratual, a qual, por sua vez, também se torna igualmente complexa, com uma maior probabilidade de danos pré-contratuais. Do binômio proposta-aceitação passa-se, então, à formação progressiva do contrato<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> “A internacionalização dos negócios e a maior complexidade das operações econômicas resultaram na sofisticação e incrementação da fase de preparação e formação dos contratos. A chamada fase pré-contratual tornou-se, assim, muitas vezes longa e trabalhosa. Tal realidade ocasionou a necessidade de documentação da negociação do contrato, o que serviu a diversos propósitos, como organizar a negociação, memorizar pontos já tratados, fixar prazos, etc. Trata-se aqui, portanto, da formação progressiva do contrato, compreendida como sendo aquela em que o contrato se forma não por meio das classificadas modalidades de oferta e aceitação, mas por uma sequência de comunicações e de reações que, por aproximações sucessivas, dão finalmente lugar a celebração do contrato”. Fabiana D’Andrea Ramos. O efeito vinculativo das cartas de intenções, *in* Stefan Grundmann e Margarida dos Santos (org.), **Direito contratual entre liberdade de protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**, p. 156.

### 2.3.3 Formação progressiva do contrato

A figura do contrato fruto da pós-modernidade pode ser compreendida como um processo dinâmico, formado por uma sequência de fases, atos e comportamentos humanos, cada qual com suas peculiaridades e relevâncias, mas todos coordenados entre si<sup>337</sup>. Vinculados pelo elo comum do desenvolvimento da relação contratual, são norteados pelo propósito de celebrar um contrato e por um fio condutor principiológico, tal como desenvolvido no tópico anterior.

Esta definição, ainda que não seja absoluta (não se pode perder de vistas contratos instantâneos), dá conta de desenhos contratuais cada vez mais complexos que se modelam a partir das condições socioeconômicas envolvidas. À medida que os interesses vão se alinhando, o processo contratual vai sendo construído progressivamente até que, efetivamente, celebre-se o instrumento almejado, com o encontro de duas manifestações de vontade.

Neste ponto, cabe retomar que embora a concepção de contrato pós-moderno evidencie a crise do seu conceito tradicional, ancorado no binômio proposta-aceitação, não se olvida que a vontade, ao menos quando se trata de relações contratuais paritárias, ainda é elemento que o caracteriza<sup>338</sup>. E isto porque, para além da vontade ser requisito de existência do negócio jurídico, conforme já exposto anteriormente (e o contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral), trata-se, igualmente, da materialização de outro insubstituível princípio desta reesistematização contratual, o da autonomia privada. Não é demais retomar que mesmo a teoria da confiança nos negócios jurídicos não desnatura o papel da vontade, e sim a compreende a partir de outra ótica, uma social, atrelada à boa-fé e à confiança<sup>339</sup>.

Agora, a questão que se coloca em xeque nesta percepção de contrato é que a sua formação não mais consiste somente no encontro de duas manifestações de vontade necessariamente expressas e clarividentes — proposta e aceitação, ambas tuteladas pelo CC/2002 —, mas se pode dar, igualmente, por meio de comportamentos considerados

<sup>337</sup> Enzo Roppo, **O contrato**, p. 105.

<sup>338</sup> “Depois do implemento do Estado Social, com a proteção à parte mais vulnerável nos contratos de massa e com a reação ao desrespeito aos direitos de personalidade, a vontade já não possui o mesmo status no mundo jurídico”. Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 95.

<sup>339</sup> “[...] a teoria da confiança procura estabelecer uma segurança social, objetivada por padrões de comportamento, sem, no entanto, desconsiderar a importância da vontade real. Não tendo o destinatário se comportado de acordo com a boa-fé objetiva, prevalecerá a vontade real e o negócio será defeituoso. A teoria da confiança resguarda a atitude cuidadosa do destinatário, ao reconhecer validade à declaração. Já a vontade real será considerada nos casos de desatenção ou negligência do destinatário”. Bruno Torquato de Oliveira Naves, **O direito pela perspectiva da autonomia privada**, p. 78.

concludentes<sup>340</sup>. Afinal, as manifestações da vontade podem-se dar de diversas formas, não somente com palavras escritas ou faladas. É o que bem esclarece Roppo:

A proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia de palavras. Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a esse se tenciona dar<sup>341</sup>.

Deve-se concluir que neste atual paradigma contratual, o encontro entre vontades ainda se faz presente como elemento de existência, corolário da autonomia privada, mas sua forma é relativizada, podendo, à luz da confiança, materializar-se por meio de comportamentos ou até mesmo de omissões que se mostrem juridicamente relevantes. E, voltando-se especificamente ao propósito desta pesquisa, o caminho até à perfectibilização do contrato pode também ser precedido de tratativas igualmente complexas, as quais, a depender da natureza do contrato que se avizinha, podem ser mais ou menos longas ou de maior ou menor relevância<sup>342</sup>.

É comum, inclusive, que as partes reduzam a termos alguns pontos dos quais já foi possível chegar a um consenso, ainda que parcial. Para Tepedino, “[m]inutas, cartas de intenções, projeções de retorno de um investimento, atas de reuniões, esboços de contratos e anexos, além de compromissos verbais muitas vezes assumidos entre as partes vinculam, com intensidade variável, as partes interessadas em contratar”<sup>343</sup>. Muito mais que a qualificação dada a tais tratativas e a tais documentos, o que importa é seu conteúdo e sua função, a depender das circunstâncias do caso<sup>344</sup>.

De acordo com Grecco:

<sup>340</sup> “A teoria do comportamento social típico [...] mostra-se atual e insuperável, por lograr explicar hipóteses em que não há vontade presumida, ou em que não se trata de simplesmente estabelecer um quantum ressarcitório, cuidando-se, ao revés, de disciplinar o funcionamento de atividades típicas sem a presença do negócio que lhe servisse de título. Esta teoria, nos dias atuais, deve ser contextualizada, sendo indispensável examiná-la sem excluir, para sua admissão, o papel da vontade dos contratantes”. Gustavo Tepedino, *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*, in João Maurício Adeodato, Eduardo C. B. Bittar (org.), **Filosofia e teoria geral do direito**, p. 526.

<sup>341</sup> Enzo Roppo, **O contrato**, p. 96.

<sup>342</sup> “O contrato se aperfeiçoa pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, relativamente a um mesmo objeto, visando a uma determinada finalidade. [...] A manifestação de vontade que dá surgimento ao negócio jurídico passa, no entanto, necessariamente, por um processo de formação, que pode ser mais ou menos longo”. Regis Fichtner Pereira, **A responsabilidade civil pré-contratual**, p. 43-44.

<sup>343</sup> Gustavo Tepedino, *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*, in João Maurício Adeodato, Eduardo C. B. Bittar (org.), **Filosofia e teoria geral do direito**, p. 527.

<sup>344</sup> “Mais importante do que o título dado às figuras situadas na fase das tratativas, importa para a sua exata qualificação jurídica o exame de sua substância conteudística”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 429.

A celebração dos documentos preliminares atende a uma ampla diversificação de propósitos. Podem tais documentos servir como meio de comunicar informações, disciplinar questões atinentes à negociação, fixar pontos já acordados entre as partes, estabelecer regras e consequências em caso de rupturas de negociações, definir divisão de custos na etapa pré-contratual, estabelecer obrigações de confidencialidade ou de exclusividade nas negociações, entre muitas outras finalidades<sup>345</sup>.

No entanto, a existência de tais documentos não significa que já é dada por certa a conclusão do contrato futuro; as partes ainda ostentam a liberdade de, em caso de dissenso, não o concluir<sup>346</sup>. O que há, a partir do avanço das negociações, é uma vinculação gradativa, não à contratação em si, senão à confiança, a qual vai paulatinamente se intensificando e tornando mais e mais legítimas as expectativas que vão sendo, ali, criadas<sup>347</sup>. De acordo com Grecco, “[...] a progressão das negociações, com a celebração de documentos pré-contratuais [...] intensifica essa relação de confiança e expectativa [...]”<sup>348</sup>.

Assente na ideia de formação progressiva do contrato, entende-se, portanto, que pode haver uma multiplicidade de documentos, atos autônomos, cada qual com suas peculiaridades, dotados de eficácia própria, mas concatenados entre si com o propósito de constituir um instrumento contratual<sup>349</sup>. E, neste processo, mais importante do que efetivamente identificar dois atos unilaterais de vontade que juntos constituirão, em condições ideais, um contrato, é, a bem da verdade, identificar seus atos concludentes *in concreto* e seu próprio contexto socioeconômico e cultural. Nesta construção, na qual consolida-se, conjuntamente, uma relação de confiança, forma-se, pouco a pouco, o consenso sobre todos os pontos do futuro contrato e, enfim, estabelece-se o vínculo *juris*.

Importante informar que, neste processo, as partes podem optar também por estabelecerem regramentos incompletos, os quais vão sendo integrados aos poucos<sup>350</sup> ou, ainda,

<sup>345</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 76.

<sup>346</sup> “Nestes casos de formação progressiva do contrato é comum que as partes reduzam a escrito alguns pontos a respeito dos quais o acordo parcial já foi obtido. É a chamada ‘*puntuazione*’. Isto não significa que já exista o contrato, apenas o documento comprova o andamento das negociações. Segue daí que as partes ainda têm a liberdade de não concluir o contrato, por exemplo, porque o acordo não se estendeu a outros pontos importantes que comporiam o negócio”. Enéas Costa Garcia, **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, p. 202-203.

<sup>347</sup> “O processo de formação de um contrato co-envolve um mínimo de confiança recíproca”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 99.

<sup>348</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 134-135.

<sup>349</sup> “[...] paulatinamente, no transcorrer do iter contratual, as partes dão vida a um regulamento contratual, ainda que não inteiramente detalhado, destinado a valer no caso da eventual conclusão de acordos definitivos, cabendo ao intérprete discernir, portanto, quais desses <<passos>> implicam na fixação definitiva da vontade e quais ficaram no plano de um mero projeto, destituído de eficácia contratual”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 431.

<sup>350</sup> “Nada impede [...] que as partes, no exercício de sua autonomia privada, decidam vincular-se a um regramento incompleto, a ser integrado de acordo com regras pré-estabelecidas pelas partes ou suplementado pelo ordenamento, conforme aplicável [...]”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 69-70.

contratos preliminares<sup>351</sup>, verdadeiros contratos constituídos em razão de um determinado futuro contrato principal. São, no entanto, figuras já contratuais, as quais podem coexistir neste plano das negociações: “[n]o processo de formação progressiva do contrato, é possível admitirmos até mesmo, em alguns casos, da perspectiva das partes em negociação, certa superposição das fases pré-contratual e contratual”<sup>352</sup>. Não são, contudo, objeto de enfrentamento do objetivo principal desta pesquisa, a qual se concentra na fase pré-contratual.

Nesta fase, tais atos não detém natureza contratual: estão em uma zona gris, no interregno entre os contatos iniciais e o contrato. Não significa, todavia, que não ostentem valoração jurídica; são, a bem da verdade, orientados por uma relação de confiança, “[...] cujas condutas podem gerar uma recíproca (e progressiva) expectativa quanto à conclusão desse contrato”<sup>353</sup>, e que, a depender do grau de confiança criado, a violação do dever jurídico de não defraudar as expectativas legítimas criadas no outro pode caracterizar fato gerador indenizável.

E é sobre esta modalidade de responsabilização que versa o capítulo seguinte.

---

<sup>351</sup> “Destaque-se, dentre os pactos preliminares, os contratos preliminares cujo objeto consiste em concluir o contrato definitivo. Já se manifesta, portanto, eficácia contratual, pois contrato preliminar é contrato, fonte de relação jurídica obrigacional complexa geradora de direitos e obrigações primários, secundários e laterais, correspondentes a *interesses de prestação*, ao contrário de meras tratativas – que albergam relação jurídica fundada na confiança a emanar apenas direitos e deveres laterais, correspondentes a *interesses de proteção*”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 427.

<sup>352</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 70.

<sup>353</sup> Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 159.

### 3 CONFIANÇA PRÉ-CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

A presente pesquisa tem como mote a compreensão das relações de confiança no direito contratual pós-moderno, o qual busca conjugar uma nova realidade social, marcada pelo dinamismo das inovações tecnológicas, da disseminação das informações e das criativas relações negociais, com as bases normativas do ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, propõe-se uma renovada dinâmica contratual, a qual associa o direito positivo à força dos fatos, vinculados através de vetores axiológicos. E o contrato, então, passa a ser percebido como um processo complexo, repleto de atos, posições e situações jurídicas autônomas, interligados por um elo de confiança, visando a um mesmo propósito: a celebração de uma avença contratual.

O contrato forma-se progressivamente e, a depender da sua complexidade que pode demandar uma fase de negociações mais extensa, há uma infinidade de situações que podem ocorrer ainda nesta antessala contratual, inclusive, causando danos. No entanto, por ainda não existir um contrato firmado, os problemas são de outra ordem que não a contratual. Nesta fase, pretensos contratantes, movidos por interesses em comum, estabelecem vínculos de confiança, criando expectativas acerca da avença futura. Tais vínculos, à medida que as negociações avançam, intensificam-se ao ponto de que seu rompimento, de forma injustificada, torna-se passível de responsabilização — é o que a literatura denomina responsabilidade pré-contratual.

Fruto de uma construção conjunta entre doutrina e jurisprudência, esta modalidade de responsabilidade, inspirada em referências estrangeiras (a teoria alemã de Jhering da *culpa in contrahendo*), haja vista não estar prevista expressamente no CC/2002, o que evidencia a lacuna a justificar a pesquisa, trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil que suscita muitas divergências. Desde seus fundamentos (se é a boa-fé objetiva ou a confiança), passando pela sua natureza jurídica (se é extracontratual, contratual ou uma terceira espécie), até como efetivamente indeniza-se os possíveis danos sofridos nesta etapa do processo da formação do contrato (se se repara o interesse positivo ou somente o negativo), há posicionamentos diversos acabando por influenciar decisões judiciais conflitantes, inclusive do STJ que, em regra, é tribunal estabilizador das teses jurídicas.

Tendo isto em conta, visando a dirimir as controvérsias que pairam sobre o tema, o presente trabalho tem como propósito a defesa da autonomia da confiança enquanto modelo jurídico, sendo ela, então, o verdadeiro fundamento da responsabilidade pré-contratual, a qual, por ser qualificada, demanda uma leitura diferenciada. E, para que seja possível chegar a tal conclusão, faz-se necessário trilhar o caminho da responsabilidade pré-contratual, desde suas raízes até seus atuais desdobramentos. É o propósito do presente capítulo.

### 3.1 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

#### 3.1.1 *Culpa in contrahendo*: aspectos históricos

A base teórica precursora da responsabilidade pré-contratual tal como se conhece hoje é a teoria da *culpa in contrahendo*, elaborada pioneiramente pelo jurista alemão Rudolf von Jhering, considerado um dos mais importantes do século XIX. A partir do seu artigo “*Culpa in contrahendo*: ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”, publicado ainda em 1861<sup>354</sup>, propôs, em suas próprias palavras, “um tema inteiramente novo”<sup>355</sup>, ao defender uma hipótese indenizatória em caso de nulidade contratual.

Considerando não haver, à época, na lei alemã uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, tampouco algum dispositivo que lhe permitisse empregar os princípios da culpa contratual, haja vista o não aperfeiçoamento do contrato, para o autor, essa era uma lacuna normativa. Assim, a partir da situação que ficou notoriamente conhecida como “caso dos charutos”, problematizou a questão:

Alguém pretende encomendar ¼ de caixa de charuto e, por equívoco, transmite a informação de aquisição de quatro caixas. As mercadorias são enviadas e, posteriormente, recusadas. Para Jhering, seria uma hipótese de erro invalidante, uma vez que a vontade exteriorizada pelo comprador fora viciada. Apesar de reconhecer o direito à invalidação pela parte errante, questionou-se: quem deveria responder pelas despesas de envio e de retorno das mercadorias rejeitadas por força invalidante?<sup>356</sup>

No caso, tendo em conta a divergência entre a vontade interna e a aquela exteriorizada (pretendia-se adquirir um quarto de caixas de charuto, não quatro), o contrato seria nulo em razão de erro do comprador. E isto porque, de acordo com Ferreira, haveria um dever de cuidado a ser observado antes mesmo da conclusão do contrato, uma *diligentia in contrahendo*, a qual, não sendo observada, não deve ser isenta de responsabilização<sup>357</sup>.

Diante disto, Jhering voltou às fontes do direito romano, o qual *prima facie* não possuía instrumento adequado para a defesa de tal entendimento. Segundo o autor, a primeira leitura da situação, na qual o contrato efetivamente não teria chegado à perfeição, é que seria hipótese de

<sup>354</sup> O texto foi traduzido para o português, ainda em 2008, por Paulo Mota Pinto, dando origem ao livro *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, publicado pela Almedina, em Coimbra.

<sup>355</sup> Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 1.

<sup>356</sup> Renata C. Steiner, *Reparação de danos*, p. 35.

<sup>357</sup> Mariana Martins Ferreira, *Culpa in contrahendo*, p. 18.

dano extracontratual, de modo que os mecanismos processuais possíveis seriam ou a *actio dolis* ou a *actio legis Aquiliae*<sup>358</sup>. Vale dizer que, na normativa romana, identificar a natureza jurídica da ação era de suma importância, “[...] pois era a essência do instituto o elemento definidor da ação que seria concedida ao lesado para requerer a tutela jurídica e o consequente ressarcimento dos danos ocasionados”<sup>359</sup>.

Tendo isto em conta, o jurista alemão cotejou ambas as ações ao caso concreto e concluiu que nenhuma delas seria cabível. Enquanto a *actio doli* exigia, necessariamente, o requisito dolo — o qual não estava presente na situação proposta por Jhering que, por sua vez, elevava a culpa como elemento essencial —, a *actio legis Aquiliae*, em que pese admitisse a culpa aquiliana, demandava uma forma específica de lesão, visível, material, de objetos exteriores (coisas ou pessoas)<sup>360</sup>, características as quais nem sempre são verificáveis nas hipóteses pensadas de nulidade contratual. Nas suas palavras: “[c]ontra ambas as ações levantam-se as mais fortes objecções. Com efeito, apenas poderiam ser utilizadas para este fim se abstraíssemos, na *actio doli*, do momento do *dolus*, e na *actio legis Aquiliae* da específica *forma* de lesão”<sup>361</sup>.

Assim, ampliou sua busca por instrumentos processuais cabíveis incluindo os destinados à regulação de relações contratuais e, enfim, conforme sintetiza Pereira, “[...] Jhering acaba por fundamentar a sua teoria na *actio emti* (ação contratual), em razão de a pretensão indenizatória estar baseada em uma vinculação de natureza contratual”<sup>362</sup>, ainda que decorrente de uma conduta culposa:

Se esta "nulidade" ou "*nullam esse emptionem*" significasse o mesmo que a *total* falta de efeitos do contrato, uma *actio emti* a partir de um tal contrato seria um absurdo. A concessão da *actio emti* é uma prova segura de que o contrato produziu *determinados* efeitos, e a expressão "nulidade" apenas pode, portanto, quando deva ser usada de modo adequado, ter um sentido limitado, não predicando a ausência de *todos*, e antes apenas de determinados efeitos. O fim de qualquer contrato é o *cumprimento*, o efeito visado consiste, portanto, na criação de uma *vinculação ao cumprimento*. Se, porém, este efeito estiver excluído por falta de uma qualquer exigência indispensável, e se o fim verdadeiro do contrato estiver, portanto, frustrado, designamo-lo como *nulo*, e determinamos, assim, os conceitos de validade e de nulidade do contrato segundo o

<sup>358</sup> “O facto de, sob o ponto de vista jurídico, o contrato não ter de todo chegado a formar-se remeter-nos-ia, parece que necessariamente, para o campo da lesão extracontratual, e na medida em que não quiséssemos manter a ação totalmente isolada e por explicar, como uma irregularidade jurídica, teríamos apenas a escolha entre a ligação à *actio de dolo* ou à *actio legis Aquiliae*.” Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 20.

<sup>359</sup> Fábio Queiroz Pereira, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, p. 138.

<sup>360</sup> Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 19.

<sup>361</sup> Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 20.

<sup>362</sup> Fábio Queiroz Pereira, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, p. 82.

*principal fim* prático do contrato. Simplesmente, é perfeitamente conciliável com isso que o contrato possa originar obrigações de outro tipo, na medida, tão-só, em que elas se não dirijam ao *cumprimento*, mas antes, por exemplo, à *restituição* da coisa entregue ou do sinal ou à indenização<sup>363</sup>.

Portanto, ainda que, em um primeiro momento, fosse incoerente tratar sua teoria que versa sobre responsabilização em um contexto de contratos nulos como se ação contratual fosse, o autor defendeu que a eventual nulidade de um contrato não implicaria uma absoluta e integral ausência de eficácia da relação contratual. Ou seja, “[...] os efeitos principais da contratação se veem obstados, mas isso não significa que uma contratação inválida não possa gerar outros tipos de efeitos, de caráter acessório”<sup>364</sup>. Afinal, segundo Jhering, tanto as relações contratuais já formadas quanto às em formação, ambas estão regidas pelas regras da culpa, a fim de evitar situações em que contratantes (ou pretensos contratantes) estão sujeitos à negligência alheia<sup>365</sup>.

Uma vez definida a imprescindibilidade do elemento culpa, o autor buscou analisar quais eventuais danos gerados por aquele que cometeu o erro, bem com a forma de reparabilidade — se seria possível exigir o cumprimento daquilo que foi pactuado ou tão somente resolver a questão em termos indenizatórios. É o que demarca a dicotomia proposta por Jhering entre interesse positivo e negativo<sup>366</sup>: enquanto o interesse positivo refere-se à situação em que o lesado estaria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido, o interesse negativo representa a situação que o lesado estaria se sequer tivesse cogitado ou confiado na efetiva celebração do contrato<sup>367</sup>.

<sup>363</sup> Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 22.

<sup>364</sup> Fábio Queiroz Pereira, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, p. 83.

<sup>365</sup> “Quem contrata, sai desse modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a prima fase e mais geral da obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa*, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia”. Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 33.

<sup>366</sup> “O interesse do comprador, pode, na nossa relação, ser concebido de duas maneiras: segundo uma delas, como o interesse na manutenção do contrato, ou seja, no *cumprimento* — aqui o comprador receberia num equivalente em dinheiro tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato; diversamente, como um interesse na *não conclusão* do contrato — aqui receberia o que teria tido e a realidade exterior na conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado. Alguns exemplos esclarecerão esta diferença, que pretendo designar, por razões de síntese, como interesse contratual positivo e negativo. [...] O interesse do primeiro tipo tem como fundamento a validade, e o do segundo a invalidade do contrato. Só na medida em que o contrato é válido pode o comprador exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento”. Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, p. 12.

<sup>367</sup> Renata Steiner, Interesse positivo e interesse negativo: o que são (e o que não são), **AGIRE**. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire44>. Acesso em: 12 jan. 2024.

Tendo isto em conta, voltando ao caso-problema dos charutos, haveria de se analisar, então, se seriam indenizáveis as despesas de porte e retorno, bem como o lucro que seria auferido pelo vendedor, mas que não foi possível justamente devido ao erro do comprador. E, seguindo a teoria do jurista alemão, nestes casos, somente seria possível buscar a indenização pelo interesse negativo, haja vista que “[...] as situações que são marcadas pela invalidade não permitem que a parte prejudicada exija consecução material do contrato [...]”<sup>368</sup>.

Em síntese, para Jhering, a hipótese de responsabilidade civil denominada *culpa in contrahendo* teria natureza contratual e estaria intrinsecamente ligada à culpa, pontos que contribuíram para as críticas doutrinárias<sup>369</sup> — o que, inclusive, já era esperado pelo próprio autor<sup>370</sup>. Críticas que restaram sintetizadas por Benatti:

[...] a tese do autor alemão não resistia à crítica, pois deixava sem resposta a pergunta da qual ele havia partido. Na verdade, parece possível opor-lhe uma tríplice ordem de observações. A primeira diz respeito à própria maneira de colocar o problema. A aguda intuição de Jhering de que a diligência exigida na fase da execução do contrato fosse observada também durante as negociações, não implicava necessariamente uma limitação da responsabilidade apenas para as hipóteses de estipulação de um negócio inválido. Esta observação deveria, portanto, conduzir à afirmação de que o celebrar-se ou não contrato não tem importância alguma para o nascimento deste tipo de responsabilidade. Em segundo lugar, o fundamento da obrigação de ressarcir, traduzindo uma *culpa* durante a fase das negociações, acaba por reduzir-se a uma ficção pois é sustentável que pode, por vezes faltar uma «culpa». Finalmente, resulta um absurdo lógico conceder à parte prejudicada uma *actio ex contractu*, isto é, uma acção fundada no contrato, se este é nulo<sup>371</sup>.

De fato, defender a natureza contratual acerca de uma hipótese de responsabilidade civil fundada na nulidade de um contrato, parece forçoso, em que pese tal entendimento tenha coro entre civilistas atuais, sobretudo os brasileiros, conforme discorrer-se-á no tópico seguinte. Já quanto à exigência de culpa, trata-se de elemento questionável frente à nova perspectiva da responsabilidade civil, que prima pela efetiva e adequada tutela do lesado, e não mais a punição do ofensor.

<sup>368</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 85.

<sup>369</sup> “A qualificação da responsabilidade pré-contratual como tipologia de responsabilidade contratual remete-se originariamente ao pensamento de Jhering. Ao elaborar sua teorização em torno da culpa *in contrahendo*, o autor buscou fundamentar as consequências jurídicas do problema exposto na existência de uma hipótese de responsabilidade contratual”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 137-138.

<sup>370</sup> “Não duvido que, ao responder afirmativamente essa questão, me exponho a divergências, e não sei se conseguirei eliminá-las, mas, ainda assim, estou pessoal e firmemente convencido de que um jurista romano não se teria recusado a designar o desconhecimento do vendedor, sem mais — sem considerar as circunstâncias individuais —, como culpa”. Rudolf von Jhering, **Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**, p. 26.

<sup>371</sup> Francesco Benatti, **A responsabilidade pré-contratual**, p. 15.

Outro ponto de severas críticas da literatura foi a de que a teoria da *culpa in contrahendo* privilegiava a vontade real em detrimento da vontade declarada. Conforme pontua Pereira, o jurista alemão “[...] desenvolveu sua teoria acreditando na vontade real como elemento basilar para a negociação e ainda buscou dar maiores subsídios para a sua aplicação, empreendendo o estudo com centro no ressarcimento das partes na hipótese de ocorrência do erro”<sup>372</sup>. Desse modo, reafirmava, na contramão, o dogma da vontade em meio a um cenário de confronto entre teoria da vontade e de declaração no direito privado<sup>373</sup>.

Entretanto, em que pese as divergências teóricas, não se olvida que a proposta de Jhering foi de inegável relevância para o direito privado ao questionar conceitos jurídicos fechados e ao buscar respostas para demandas da realidade social. Não à toa, nas palavras de Fritz, foi o pontapé inicial para as profundas modificações no direito obrigacional alemão, refletindo, sem dúvidas, no direito brasileiro<sup>374</sup>. Nos estudos acerca da responsabilidade pré-contratual, seu enfrentamento é obrigatório, haja vista que é ponto de partida para a compreensão de outras hipóteses de reparação civil relativa a danos ocorridos na antessala contratual.

### 3.1.2 Ampliação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual no direito comparado

A despeito da relevância da pioneira teoria desenvolvida por Jhering, a responsabilidade pré-contratual, atualmente, não se restringe à hipótese de nulidade de contrato por erro na sua formação. Na Alemanha, e a redação original do BGB de 1900 não tenha previsto uma cláusula geral acerca da *culpa in contrahendo* (como mais tarde o faria), foi possível notar, segundo Vicente, a ingerência dos pensamentos de Jhering em alguns dispositivos legais, os quais versavam sobre a hipótese de indenizar nos casos em que o contratante e o representante dessem causa à ineficácia do contrato, seja em virtude de falta ou de vício da vontade, de falta de poderes de representação, de impossibilidade da prestação ou

<sup>372</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 92.

<sup>373</sup> “Dentro do pensamento ligado à Escola da Pandectística, encontra-se um dos maiores e mais famosos debates no campo do direito privado: o confronto doutrinário entre os partidários da teoria da vontade (*Willenstheorie*) e os adeptos da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). A clássica obra de Jhering sobre a *culpa in contrahendo* é realizada em período posterior ao aludido debate doutrinário e acaba por refletir o cenário de incerteza quanto ao papel da vontade como elemento central do negócio jurídico”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 89.

<sup>374</sup> “A teoria de Jhering foi apenas o pontapé inicial para o aprofundamento científico, realizado no decorrer do século XX pela jurisprudência alemã, de uma figura importantíssima, que provocaria grandes alterações no Direito das Obrigações alemão e irradiaria seus efeitos sobre vários ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos”. Karina Nunes Fritz, A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, **Civilistica.com**, v. 1, p. 2.

de violação de uma proibição legal que lhes fossem imputáveis<sup>375</sup>. Contudo, a jurisprudência germânica, ainda no início do século XX, encarregou-se de ampliar as situações que pudessem enquadrar-se sob este guarda-chuva, conforme o “*caso dos rolos de linóleo*”, julgado em 1911 pelo tribunal alemão, no qual houve a condenação, sob o fundamento da *culpa in contrahendo*, do proprietário da loja em razão da queda de tapetes mal acondicionados sobre um pretendo comprador<sup>376</sup>.

No caso, a vítima ingressou na loja para adquirir um tapete de linóleo, mas antes mesmo de comprá-lo (e, portanto, celebrar o contrato), sofreu o acidente que lhe causou ferimentos, ensejando a responsabilização civil do proprietário. O tribunal entendeu que “[...] a lesão consubstanciava a violação de um dever pré-contratual de observar o necessário cuidado quanto à saúde e à propriedade da contraparte [...]”<sup>377</sup>, decorrente de uma relação jurídica preparatória do contrato de compra e venda análoga à relação contratual, haja vista a inexistência da efetiva celebração de um avença. Segundo tal entendimento, qualquer contato social tendo em vista um negócio futuro poder-se-ia subjugar-se à responsabilidade pré-contratual, desde que criada uma relação de confiança. É como bem observa Martins-Costa:

Em alguns sistemas, como o alemão e naqueles mais diretamente sob a sua influência, conquistou aceitação generalizada o ponto de vista segundo o qual as negociações contratuais, mesmo quando não conduzam à conclusão do contrato, geram entre as partes uma relação de confiança análoga à relação contratual, obrigando, porém, não a um prestar, mas a um dever de observância do cuidado necessário no tráfico. [...] E, efetivamente, em razão desse fundamento, a figura abrange, além das negociações preparatórias estritamente compreendidas, qualquer contato antes do negócio, embora realizado em vista do negócio, como, por exemplo, verificou no caso <<caso dos rolos do linóleo>>, em que foi acidentado o comprador que adentrara em uma loja, vindo a ser ferido pela queda de mercadorias que estavam mal acondicionadas<sup>378</sup>.

Tal entendimento encontrou coro na civilística alemã até que, com a reforma do BGB em 2002, fora incorporado no § 311, seções 2 e 3, o qual dispõe acerca da responsabilidade pré-

<sup>375</sup> “No Código Civil alemão de 1900 não se encontra qualquer cláusula geral relativa à *culpa in contrahendo*; mas o instituto aflora nos §§ 122, 179, 307 e 309 desse diploma, que impõem ao contraente e ao representante que derem causa à ineficácia do contrato, em virtude de falta ou de vício da vontade, de falta de poderes de representação, de impossibilidade da prestação ou de violação de uma proibição legal que lhes sejam imputáveis, a obrigação de indemnizar os danos desse modo causados à contraparte”. Dário Moura Vicente, **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**, p. 246.

<sup>376</sup> “Partindo do emblemático caso dos rolos de tapete de linóleo, julgado em 1911, no qual uma cliente se fere gravemente em uma loja ao ser atingida por rolos de tapete, a jurisprudência prosseguiu no desenvolvimento da *culpa in contrahendo*, enaltecendo cada vez mais o seu âmbito de incidência e, fixando, paulatinamente, as diversas hipóteses atualmente compreendidas na terminologia, as quais têm em comum a infringência dos deveres de consideração decorrentes da boa-fé objetiva, independentemente de terem as partes firmado um contrato ou não”. Karina Nunes Fritz, **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**, p. 33-34.

<sup>377</sup> Dário Moura Vicente, **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**, p. 247.

<sup>378</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 451-452.

contratual, ao prever que a relação obrigacional se estabelece com o início das negociações contratuais. Aliás, até mesmo um contato negocial é considerado fonte obrigacional apta a vincular os pretensos contratantes juridicamente<sup>379</sup>. A partir desta nova redação do BGB, conclui-se que os negociadores estão vinculados não propriamente a deveres de prestação, mas sim de proteção pré-contratual, dos quais, havendo dano, surgirá pretensão à indenização<sup>380</sup>, ampliando, e muito, o campo de incidência da teoria da *culpa in contrahendo*:

Eis [...] como a elaboração jurisprudencial da doutrina da *culpa in contrahendo* converteu as proposições de Jhering em Direito vigente e, alargando-a paulatinamente ao longo de um século a novas categorias de problemas, surgidos em novos contextos históricos e sociais, lhe rasgou os mais amplos horizontes<sup>381</sup>.

Para os adeptos de tal doutrina, tal como Larenz, tal responsabilidade teria natureza contratual, haja vista tratar-se de uma “[...] relação obrigacional legal decorrente da negociação contratual ou de outros contatos negociais”<sup>382</sup> — entendimento que se difundirá no direito brasileiro, conforme discorrer-se-á no tópico seguinte.

No direito italiano, por seu turno, a responsabilidade pré-contratual igualmente encontrou espaço além da hipótese da nulidade do contrato por erro na sua formação, inicialmente com o jurista Faggella, ainda em 1906, consagrando a hipótese do rompimento injustificado das negociações<sup>383</sup>. De acordo com Fichtner, Faggella foi o primeiro autor a estender a teoria Jhering para outras situações além da nulidade do contrato por vício na sua formação, a qual, segundo o autor, teria como real fundamento um “[...] acordo tácito existente

<sup>379</sup> “§ 311 [...] (2) Uma obrigação, com obrigações de acordo com a Seção 241, Parágrafo 2, também surge através: 1. do início das negociações contratuais, 2. do início de um contrato em que uma parte concede à outra parte a oportunidade de influenciar seus direitos, interesses legais ou os confia à outra parte em relação a uma possível transação legal, ou 3. contatos comerciais semelhantes. (3) Uma obrigação, com obrigações de acordo com a Seção 241, parágrafo 2, também pode surgir entre pessoas que não pretendem se tornar partes do contrato. Tal obrigação surge especialmente se o terceiro reivindicar um determinado grau de confiança e, assim, influenciar significativamente as negociações contratuais ou a celebração do contrato”. **BGB**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 25 jan. 2024 (tradução nossa). No original: “§ 311 [...] (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte. (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

<sup>380</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 453.

<sup>381</sup> Dário Moura Vicente, **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**, p. 251-252.

<sup>382</sup> Karl Larenz, *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e contato social, **Revista de direito privado**, v. 34, p. 351.

<sup>383</sup> Gabrielle Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**, t.3, p. 271-342.

entre as partes para o estabelecimento do contrato projetado, acordo esse que gera uma confiança em cada parte, de que a outra prosseguirá nas negociações até chegar-se a um acordo”<sup>384</sup>.

Com a promulgação do *Codice Civile* italiano em 1942, a responsabilidade pré-contratual foi, enfim, prevista como cláusula geral e, em que pese tenha como fundamento direto a boa-fé<sup>385</sup>, não se olvida que, para os italianos, a confiança é de crucial relevância para a relação jurídica pré-contratual<sup>386</sup>. É como expõe Benatti: “[a] relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa-fé *no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objectiva na outra*”<sup>387</sup>.

Na mesma toada, a temática no direito português teve impulso, inicialmente, com a dissertação de Mota Pinto, defendida ainda em 1960, intitulada “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, na qual o autor propôs ser a responsabilidade pré-contratual um “conceito compósito”, impossível de ser reduzido a uma única sistemática<sup>388</sup>. Em seguida, o Código Civil Português, em seu artigo 227, inseriu expressamente a cláusula geral da boa-fé na etapa pré-contratual, o qual dispõe que “[q]uem negocia com outrem para a 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”.

Como se nota deste breve apanhado de direito comparado, a discussão acerca da responsabilidade pré-contratual sob uma perspectiva abrangente, norteadada pela boa-fé, pode ser considerada pacificada em países como Alemanha, Itália e Portugal, haja vista que o tema restou positivado em suas normativas. No direito brasileiro, no entanto, o assunto é lacunoso e divergente, ainda demandando esforços doutrinários para a construção de fundamentos sólidos, ponto que motivou a presente pesquisa.

<sup>384</sup> Regis Fichtner, **A responsabilidade civil pré-contratual**, p. 121.

<sup>385</sup> Art. 1.337. “As partes, na condução das negociações e na celebração do contrato, devem comportar-se de boa fé”. *Codice Civile*. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Acesso em: 25 jan. 2024 (tradução nossa). No original: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

<sup>386</sup> Art. 1.338. “A parte que, sabendo ou devendo saber da existência de causa de nulidade do contrato, mas não informou a outra parte, é obrigada a compensar os danos sofridos pela parte confiou, sem culpa própria, na validade do contrato”. *Codice Civile*. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Acesso em: 25 jan. 2024 (tradução nossa). No original: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di unacausa d'invalidita' del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte e' tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validita' del contratto”.

<sup>387</sup> Francesco Benatti, **A responsabilidade pré-contratual**, p. 30.

<sup>388</sup> “A responsabilidade ‘in contrahendo’ abrange uma multiplicidade de fenómenos demasiado complexa para se compaginar com o sintetismo dum dever único”. Carlos Alberto Mota Pinto, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, suplemento XIV, p. 157-158.

## 3.2 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

### 3.2.1 Desde sempre, uma lacuna legal

A temática da responsabilidade pré-contratual não é novidade na literatura do direito privado brasileiro, contudo, ao menos no que diz respeito às relações jurídicas civis, carece o direito positivo de artigos destinados a regulá-la<sup>389</sup>. Tudo o que se tem são construções doutrinárias e jurisprudenciais que, motivadas por referências estrangeiras, não escapam de divergências e dissonâncias.

O CC/1916 já previa artigos que versavam acerca das figuras da proposta e da aceitação, mas era omissos quanto à fase das negociações preliminares. No que tange à responsabilidade civil em caso de danos ocorridos na fase pré-contratual, havia algumas previsões específicas, como a da restituição das partes contratantes ao *status quo ante* em face de contrato nulo ou anulável e, não sendo possível restituí-las, então as indenizar pelo equivalente — hipótese da legítima *culpa in contrahendo* —, e a da indenização em perdas e danos em caso de omissão ao informar o aceitante sobre o atraso da aceitação<sup>390</sup>. Contudo, não havia uma regra geral que impusesse deveres de comportamentos a serem observados em todo o trânsito contratual, visto que sequer havia previsão normativa acerca da boa-fé, tampouco da confiança. O que, de acordo com Fichtner, era incompreensível, haja vista a inegável influência das codificações estrangeiras para a elaboração da primeira legislação civil brasileira, as quais já destacavam a boa-fé como fundamento da responsabilidade pré-contratual<sup>391</sup>.

No entanto, não se pode perder de vista, tal como a ressalva feita por Pereira, de que se tratava de um código de perfil nitidamente liberal, de modo que a fase pré-contratual era

---

<sup>389</sup> Tal afirmação é adstrita ao Código Civil, haja vista que o CDC prevê expressamente tratamento para casos de responsabilidade pré-contratual: “[o] Código de Defesa do Consumidor avançou mais decisivamente nessa direção [responsabilidade pré-contratual], ao incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46), ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) e ao exigir a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32)”. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil*, **Revista de direito do consumidor**, n. 42, p. 194.

<sup>390</sup> *Vide* arts. 158 e 1.082, ambos do CC/1916.

<sup>391</sup> “É incompreensível a omissão do Código em dar qualquer tratamento à teoria da boa-fé no campo do direito das obrigações, em especial diante do já notável desenvolvimento do princípio da boa-fé como cláusula geral na doutrina da época, e diante do fato de todos os grandes Códigos que procederam o brasileiro terem dedicado ao princípio da boa-fé no direito das obrigações um tratamento mais ou menos elaborado, sendo de se destacar as regras do § 242 do Código alemão e do art. 1.134 do Código francês. A omissão é ainda mais incompreensível, quando se constata que o legislador brasileiro se inspirou em grande parte nos Códigos alemão e francês para a elaboração do nosso Código Civil”. Regis Fichtner, **A responsabilidade pré-contratual**, p. 175.

manifestamente caracterizada pela liberdade de contratar, não havendo espaço para questionar, à época, limites para seu exercício:

É importante deixar claro que [...] a inspiração da codificação é nitidamente de perfil liberal, estando assentada nas figuras do contratante, do proprietário e do pai de família. Dentro desse contexto, a liberdade da atuação no âmbito negocial era protegida e assegurada a todos os agentes, não havendo que se cogitar de uma intervenção do legislador no campo contratual. O momento das negociações preliminares era o momento do exercício da liberdade de escolha, sem que houvesse espaço para cotejos sobre a boa-fé objetiva e, menos ainda, para a previsão de uma responsabilidade por quebra da confiança incutida na outra partes<sup>392</sup>.

Caminho diverso trilhou grande parte dos civilistas, haja vista que o primeiro trabalho monográfico acerca da responsabilidade pré-contratual é datado de 1959, de autoria de Chaves, o qual buscou justificar a aplicação de tal teoria no direito brasileiro, independentemente de previsão normativa<sup>393</sup>. Na mesma toada, Couto e Silva, em 1967, a partir da sua proposta da constituição de uma relação obrigacional a partir do contato social, entendia que “[n]a *culpa in contrahendo* os deveres que se violam não são os deveres principais, mas, sim, os deveres secundários, resultantes do imperativo de agir com boa-fé e lealdade”<sup>394</sup>. Já Pontes de Miranda, inovadoramente, defendia que a fonte dos deveres pré-contratuais era a tutela da confiança, a ser concretamente averiguada segundo os usos do tráfico jurídico<sup>395</sup>.

A partir de tais referenciais, notou-se o mesmo movimento na jurisprudência, com julgados sobre responsabilidade pré-contratual ainda em 1959<sup>396</sup>, os quais foram replicando-se pelos tribunais. Exemplificativamente, o caso de maior notoriedade da jurisprudência é o emblemático “*caso dos tomates*”, datado de 1991, envolvendo um produtor de tomates e a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (CICA), julgado pela 5ª Câmara Cível do

<sup>392</sup> Fabio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 309-310.

<sup>393</sup> “Não pode ser contestada a existência de uma responsabilidade pré-contratual. Independentemente da circunstância da inocorrência de qualquer dispositivo legal que imponha às partes contratantes levarem a termo as conversações, ainda que para chegar a um resultado negativo, não resta dúvida que entre elas há de se estabelecer um ambiente de confiança recíproca [...]”. Antônio Chaves, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 242.

<sup>394</sup> Clóvis do Couto e Silva, A companhia siderúrgica Mannesmann, **Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 5, p. 207.

<sup>395</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, t XXXVIII, p. 321.

<sup>396</sup> Segundo Martins-Costa, há que se considerar acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 20 de maio de 1959, publicado na Revista dos Tribunais 289/630, pioneiro na temática, o qual discorria sobre a pretensão de uma atriz que, ao ser combinada para compor elenco de um filme, tendo seu papel e remuneração definidos, fora dispensada antes da celebração do contato. O pedido incluía tanto as despesas com vestuário, adquirido tendo em conta o convite, bem como o que ela teria deixado de ganhar ao recusar outros papeis, haja vista a expectativa de participar do filme. Seu fundamento jurídico foi o artigo 159 do CC/1916, o qual dispunha acerca da cláusula geral de responsabilidade civil. No entanto, tal pedido foi julgado improcedente, pois a defesa alegou que a atriz não tinha um porte físico adequado ao papel e provou que o referido convite estava condicionado à possibilidade de adaptação do roteiro ao seu tipo físico. Neste caso, o tribunal reconheceu como justificada a ruptura. **A boa-fé no direito privado**, p. 461-462.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *in verbis*:

Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre 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. Voto vencido, julgando improcedente a ação<sup>397</sup>.

Em síntese, tratava-se de pleito indenizatório em razão de rompimento injustificado das tratativas preliminares, em que uma das partes, *in casu*, a CICA, por doar constantemente ao agricultor grande quantidade de sementes de tomates, incutiu-lhe a confiança de que iria adquirir a safra produzida, como sempre fazia. De tal confiança, o produtor, então, efetuou despesas a fim de escoar a produção para a Companhia, a qual, contudo, abruptamente, decidiu não mais adquirir os tomates daquela safra. Restou frustrada, portanto, a expectativa do agricultor, uma vez que não tinha como vender tamanha quantidade a outros compradores.

A ação foi julgada procedente, confirmada em segunda instância, com a indenização correspondente à metade da produção (a outra metade foi adquirida por outra empresa do mesmo ramo), sob o fundamento jurídico da responsabilidade pré-contratual pela quebra da confiança em razão do rompimento injustificado das negociações.

Decisões como essa tornaram-se realidade nos tribunais e, tamanha foi a repercussão da teoria da responsabilidade pré-contratual, já em uma percepção mais ampla que a *culpa in contrahendo*, que se esperava sua previsão normativa na nova legislação civil, em 2002. Contudo, o tema não foi, novamente, abordado. Nem especificamente nem vinculado à boa-fé, a qual, esta sim, veio prevista em sua vertente objetiva no campo contratual, na redação do art. 422. Observa-se que, ao menos não expressamente, o CC/2002 não estendeu os princípios de probidade e de boa-fé à etapa pré-contratual. *Prima facie*, privilegiou-se, mais uma vez, a autonomia privada — e seu corolário, a liberdade de contratar — frente a outros princípios igualmente relevantes ao trânsito jurídico pós-moderno, como a função social, a boa-fé objetiva e a própria confiança.

Vale observar que o referido artigo, tal como veio disposto, foi alvo de críticas antes mesmo da vigência do atual código, ainda na redação do Projeto — o qual, vale lembrar, é da

<sup>397</sup> TJRS, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Apelação Cível nº 591028295, D.J. 06.06.1991.

década de 1970 —, por justamente não acompanhar as mudanças sociais, conforme muito bem elucida Azevedo:

Não concordo, pois — tendo em vista as mudanças do mundo de hoje —, com adotarmos, para o ano 2000, um Projeto, que é de 1970, somente porque traz uma pequena melhora técnica em relação ao vigente Código Civil. O exemplo do art. 421 do Projeto [atual 422 do CCB/2002] o demonstra. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós<sup>398</sup>.

No que tange à responsabilidade pré-contratual, há quem defenda a necessidade de uma alteração legislativa no art. 422, como Moraes, ao entender que a omissão quanto à tutela da etapa que antecede a formação do contrato dá guarida a uma interpretação restritiva do dispositivo, contribuindo, assim, para injustiças contratuais<sup>399</sup>. Em contrapartida, há autores, tal como Braga Netto, Chaves de Farias e Rosenvald que sustentam não ser necessária uma alteração legislativa, por já restar “[...] implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares”<sup>400</sup>. Entendimento que seguiu replicado, inclusive, nos enunciados nº 25<sup>401</sup> e 170<sup>402</sup>, propostos na I e III Jornada de Direito Civil respectivamente, bem como pelo STJ, em julgado que versou sobre o rompimento das tratativas preliminares<sup>403</sup>.

Todavia, até o momento<sup>404</sup>, tudo o que se tem acerca da responsabilidade pré-contratual é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, conforme bem observa Zanetti,

<sup>398</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, **Revista dos tribunais**, n. 775, p. 17.

<sup>399</sup> “[...] a indigitada insuficiência dá guarida àqueles que interpretam o art. 422 do Código Civil de forma restritiva, tanto no âmbito jurisprudencial quanto no doutrinário [...], o que favorece a manutenção de injustiças contratuais. Eis, pois, a necessidade de uma célere mudança legislativa”. Ezequiel Moraes, **A boa-fé objetiva pré-contratual**, p. 192.

<sup>400</sup> Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, **Manual de direito civil**, p. 666.

<sup>401</sup> “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”. Conselho da Justiça Federal (CJF), **IV Jornada de Direito Civil**, p. 19.

<sup>402</sup> “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Conselho da Justiça Federal (CJF), **IV Jornada de Direito Civil**, p. 38.

<sup>403</sup> REsp n. 1.051.065/AM, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/2/2013, DJe de 27/2/2013.

<sup>404</sup> Cabe elucidar que a controvérsia que paira sobre a temática da responsabilidade pré-contratual, a qual perdura desde antes da vigência da atual legislação, pode estar próxima de ser dirimida, haja vista a proposta de reforma do código civil que se avizinha. De acordo com o Parecer nº 1 elaborado pela Subcomissão de Contratos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), sugeriu-se significativa mudança da redação do artigo 422, incluindo a fase das tratativas à observância dos princípios de probidade e boa-fé, bem como a inclusão de parágrafo único, no qual distingue-se os deveres gerais e boa-fé (informação, cuidado e cooperação) da confiança legítima, a qual, a depender da relação, deverá ser igualmente considerada pelos contratantes. Texto sugerido: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e durante e após a execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé. Parágrafo único Os contratantes, além dos deveres gerais de boa-fé, em especial os de informação, cuidado e cooperação, conforme o

“[...] o intérprete brasileiro está forçado a percorrer um caminho mais longo do que os juristas italiano e português para cuidar do período das negociações, na medida em que não lhes é possível afirmar pura e simplesmente que a boa-fé deva ser observada nessa fase [...]”<sup>405</sup>.

Neste sentido, não se olvida os grandes esforços tanto da literatura, quanto da jurisprudência para estabelecer seu fundamento, critérios e possíveis efeitos jurídicos, tudo no propósito de sistematizar a questão. Alguns juristas defendem a interpretação extensiva do art. 422 do CC/2002 à fase pré-contratual, sendo a boa-fé o fundamento de tal responsabilidade, sobretudo em sua função integrativa da criação de deveres de proteção<sup>406</sup>. Há, no entanto, quem entenda ser a confiança o verdadeiro fundamento de tal responsabilidade<sup>407</sup> — entendimento o qual o presente trabalho adota.

Há, ainda, quem pretenda trabalhar com hipóteses taxativas de responsabilidade pré-contratual, a partir da clássica subdivisão acerca do momento de formação do contrato (negociações preliminares, proposta e aceitação — *vide* tópico 3.3.2)<sup>408</sup>. Neste ponto, não se desmerece a relevância da dogmática para a compreensão do tema; a bem da verdade, reconhece-se que, a partir de tal classificação, tornou-se possível expandir o entendimento acerca da teoria da *culpa in contrahendo*, a qual restringia-se à hipótese de nulidade contratual em decorrência de erro na vontade declarada. Neste sentido, vale mencionar que alguns autores como Rosenvald e Braga Netto<sup>409</sup> defendem, inclusive, ser mais adequada a denominação “responsabilidade pré-negocial”, haja vista que “[...] o problema transcende o puro domínio dos

---

tipo de relação, devem levar em consideração a confiança legítima, os direitos e os bens das outras partes”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em: 10 jan. 2024.

<sup>405</sup> Cristiano de Sousa Zanetti, **Responsabilidade pela ruptura das negociações**, p. 110.

<sup>406</sup> “Este capítulo [o princípio da boa-fé objetiva] trata do fundamento da responsabilidade pré-contratual, razão pela qual, desde já, ousamos intitulá-lo como aquele que entendemos ser o seu real fundamento, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva”. Récio Cappelari, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 91. No mesmo sentido, “[a] violação à boa-fé é o fundamento, porém, não tal qual apanhada no art. 422, mas no art. 187 do mesmo Código Civil, combinadamente ao art. 927. Trata-se de sancionar a ilicitude consistente no exercício jurídico disfuncional, porque há disfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 470.

<sup>407</sup> “[...] parece correto afirmar que não é a boa-fé objetiva o real fundamento da responsabilidade pré-contratual, mas, sim, a confiança”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 151.

<sup>408</sup> “A responsabilidade civil pré-contratual se configura em quatro hipóteses típicas: a) a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais; b) responsabilidade por danos causados à pessoa ou aos bens do outro contraente durante as negociações contratuais; c) responsabilidade pela constituição do contrato inexistente, nulo ou anulável; d) responsabilidade por danos causados por fatos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validade constituído o contrato”. Regis Fichtner, **A responsabilidade pré-contratual**, p. 387.

<sup>409</sup> “Justamente por esta abrangência, optamos pela expressão ‘pré-negocial’ ao invés de *culpa in contrahendo*, responsabilidade pré-contratual e responsabilidade pré-negocial”. Nelson Rosenvald, Felipe Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p. 230.

contratos, abrangendo os negócios jurídicos unilaterais e, inclusive, os quase negócios jurídicos ou actos quase negociais [...]”<sup>410</sup>.

No entanto, o fato é que, diante da perspectiva da formação progressiva do contrato, a qual reflete efetivamente como as relações contratuais se estabelecem e justifica a infinidade de situações que podem ocorrer na véspera contratual, entende-se não ser possível prever um rol taxativo de situações sujeitas à responsabilidade pré-contratual, mas sim exemplificativo em que o vínculo gradativo de confiança é o denominador comum, do qual o rompimento injustificado das negociações preliminares é o mais frequente nas discussões doutrinárias e judiciais<sup>411</sup>.

Nada obstante as dissonâncias apontadas, a questão imposta é que há, efetivamente, uma lacuna normativa no que diz respeito à responsabilidade pré-contratual, a qual, no entanto, não impediu a sua recepção — e aplicação — no direito brasileiro, mesmo na ausência de um vínculo contratual<sup>412</sup>. E, uma vez admitida tal teoria, o próximo passo é operacionalizá-la diante do caso concreto. Para isso, há de se compreender qual é sua natureza jurídica e, a partir disto, de que forma é possível reparar eventuais danos decorrentes<sup>413</sup>. São estes os pontos em que residem as principais controvérsias acerca da temática.

### 3.2.2 Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual: um *tertium genus*?

Que a responsabilidade pré-contratual não está desguarnecida pelo direito brasileiro, restou superado no tópico acima. Com efeito, danos ocorridos no *iter* negocial são passíveis de ser reparados caso não sejam resguardadas as expectativas legítimas criadas no outro negociante acerca da conclusão do contrato. Mas a forma como essa responsabilidade se operacionaliza no caso concreto depende da sua natureza jurídica. E isto porque, segundo Diniz, a natureza

<sup>410</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**, p. 32.

<sup>411</sup> “Essas circunstâncias são de impossível tipicização legislativa prévia, razão pela qual a matéria vem versada, nos diferentes sistemas, por meio de cláusulas gerais ou de regras formuladas de modo aberto, ainda que contenham a especificação de determinadas hipóteses. É necessário o cuidadoso trabalho de conjugação entre a jurisprudência (que apreciará os casos concretos) e a doutrina (que buscará sistematizar as suas características gerais, auxiliando a interpretação)”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 461.

<sup>412</sup> “[...] não é imprescindível, para uma ‘condenação’ por violação de dever de conduta, nessa seara, o reconhecimento da existência de vínculo contratual. Esse é o ponto nuclear: não se trata de configurar, dogmaticamente e com refinamento, o universo conceitual, e sim de tutelar as pessoas concretamente envolvidas, tenha ou não o vínculo efeito contratual nos moldes clássicos”. Luiz Edson Fachin, **O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial**, *Scientia iuris*, v. 2/3, p. 24.

<sup>413</sup> “A previsão da responsabilidade pré-contratual demonstra-se inócua ou incompleta quando não acompanhada de parâmetros que permitam fixar o ressarcimento de modo adequado e apto para a tutela do conflito existente entre a parte lesada e o autor do dano”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 340.

jurídica “[...] é a afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação”<sup>414</sup>. Desta forma, definir a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual tem o propósito de definir qual é o “[...] corpo de normas apto a oferecer a adequada salvaguarda às situações de danos em fase pré-contratual”<sup>415</sup>.

Este ponto, contudo, está longe de ser um consenso entre os civilistas. Há autores que defendem a natureza extracontratual; outros, a contratual; há, ainda, aqueles que defendem se tratar de hipótese híbrida de responsabilidade ou, finalmente, uma terceira via da responsabilidade civil, denominada responsabilidade pela confiança. Cada uma destas classificações tem implicações não só de ordem teórica, mas também prática.

Em que pese não estar imune a críticas<sup>416</sup>, o ordenamento jurídico brasileiro adota uma classificação bipartite acerca da responsabilidade civil, contratual e extracontratual (igualmente denominada delitual, aquiliana ou extranegocial). Enquanto a primeira delas advém da ocorrência de um ilícito decorrente da violação de um dever geral de cuidado de caráter abstrato e universal, a outra é oriunda de um inadimplemento obrigacional, a partir da violação de um contrato ou de uma obrigação relacionada a um negócio jurídico. É como bem distingue Farias, Braga Netto e Rosenvald:

Toda vez que o dano se relacione imediatamente com a violação a cláusulas contratuais ou obrigações especificamente relacionadas ao negócio jurídico, a responsabilidade será negocial. Todavia, mesmo havendo um vínculo contratual, se o dano decorreu da quebra de um dever geral de cuidado — imposto pelo sistema jurídico em caráter abstrato e universal —, prevalecerá o direito geral da responsabilidade civil extranegocial<sup>417</sup>.

Tal divisão não é apenas doutrinária, mas também tem efeitos práticos, haja vista que o CC/2002 prevê tratamentos distintos a ambos os regimes: nos casos sujeitos à extracontratual, aplicam-se os arts. 186 e 187, atinentes aos ilícitos *lato sensu*, cumulados com o art. 927,

<sup>414</sup> Maria Helena Diniz, **Curso de direito civil brasileiro**, p. 66.

<sup>415</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p.130.

<sup>416</sup> “[...] a responsabilidade civil é una e surge da ideia de que aquele que viola direito alheio e cause dano a outrem tem o dever de promover a sua reparação. Por conseguinte, não nos parece correta a assertiva no sentido de existirem duas espécies de responsabilidade civil, uma decorrente da violação do contrato, possuindo uma base eminentemente negocial, e a outra de natureza extracontratual, fundada em um alicerce delitual, como dois compartimentos estanques e expressamente delimitados por fronteiras claras e inequívocas. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 120-121.

<sup>417</sup> Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 87. No mesmo sentido, Aguirre: “[...] o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria dualista ou clássica, distinguindo a responsabilidade decorrente de uma relação jurídica contratual daquela em que o dever jurídico violado está previsto na ordem jurídica ou na lei e não no contrato”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 28.

cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual; já às situações atinentes ao inadimplemento contratual, incide o art. 389 da mesma lei.

A partir de tal distinção, decorrem também efeitos diversos, tais como a contagem do prazo prescricional, o foro competente e a distribuição do ônus da prova. Quanto à prescrição, o CC/2002 é expresso ao dispor que o prazo da pretensão de reparação civil é de três anos. No que diz respeito ao prazo prescricional da pretensão de reparação de danos ocorridos no âmbito contratual, o STJ consolidou o entendimento que se trata de 10 anos<sup>418</sup>.

Quanto ao foro competente para o ajuizamento das demandas em caso de responsabilidade contratual, será o domicílio do réu (art. 46, do Código de Processo Civil, CPC), exceto se estabelecido foro de eleição ou cláusula compromissória. Vale dizer que, caso a obrigação deva ser satisfeita em algum local específico, ela deverá ser neste local proposta, nos termos do art. 53, III, “d”, do CPC. Já no que tange ao regime extracontratual, o foro competente será o local onde o fato ocorreu (art. 53, IV, “a”, CPC), com a excepcionalidade de reparação de danos decorrente de acidente de veículo, a qual poderá tramitar tanto no local do fato, quanto no domicílio da vítima (art. 53, V, CPC).

Já no que se refere ao ônus da prova, deve-se ter como referencial normativo o art. 373 do CPC, o qual dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Diante disto, quando se trata da responsabilidade delitual, a regra geral é de se provar o dano, a culpa e o nexo causal. Já quanto à responsabilidade contratual, o fato constitutivo a ser provado consiste simplesmente no inadimplemento obrigacional, de modo que não se faz necessário provar a culpa. Há autores que afirmam que, tendo em conta o agravamento do ônus probatório no regime extracontratual, seria o contratual o mais benéfico para a parte lesada, haja vista não ser necessária a prova da culpa do agente<sup>419</sup>. Contudo, vale observar que a culpa, diante da sistemática atual, norteadas pela base axiológica constitucional, detém papel coadjuvante na responsabilidade civil, sob pena de não reparar adequadamente a vítima. Trata-se de um movimento de objetivação da responsabilidade civil extracontratual, que independe da prova de culpa, de modo que não pode ser considerada elemento de distinção das modalidades de reparação<sup>420</sup>.

<sup>418</sup> AgInt nos EREsp n. 1.674.510/SP, relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 14/2/2023, DJE de 6/3/2023.

<sup>419</sup> “Observa-se, por consequência, um agravamento no *onus probandi*, que evidencia o regime da responsabilidade contratual como mais benéfico para a parte lesada, uma vez que basta a prova do não cumprimento das obrigações avençadas no contrato, não sendo necessário fazer prova da culpa do agente”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 132.

<sup>420</sup> “A disseminação civil objetiva encontra seu fundamento na própria consagração constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, a qual tem por corolário, como visto, uma concepção mais *solidarista* do direito de danos”. Marcelo Junqueira Calixto, **A culpa na responsabilidade civil**, p. 161.

Nota-se que, portanto, a depender do regime jurídico, as consequências jurídicas são diversas e, por esta razão, e este é o ponto fundamental para a compreensão — e aplicação — da responsabilidade pré-contratual, sendo, justamente, o que divide a opinião dos mais variados civilistas, desde a vigência do CC/1916 até à atual codificação.

Aparentemente, a tese que prevalece entre os juristas brasileiros é extracontratual, ou seja, o fundamento de tal reparação dos danos ocorridos na fase pré-contratual estaria no dever geral de não causar dano a outrem previsto pelo CC/2002, em seu art. 927 (princípio do *neminem laedere*). E isto porque, basicamente, não seria possível cogitar um regime contratual tendo em conta a ausência de um contrato (seja ele um instrumento efetivo ou um “contrato de fato”). Exemplificativamente, trata-se do entendimento de Noronha<sup>421</sup>, Nalin<sup>422</sup> e Pereira<sup>423</sup>.

No entanto, há uma corrente entre os juristas que adotam o regime contratual para fundamentar a responsabilidade pré-contratual, o que remete, originariamente, à teoria de Jhering, a *culpa in contrahendo*. Cumpre lembrar que a proposta do autor alemão para explicar danos ocorridos em razão de erro na formação de contrato — portanto, nulo — tinha como base os institutos do direito romano, dos quais, o mais adequado seria a hipótese da *actio empti* (ação contratual), tendo em vista que a pretensão de indenizar advinha de uma vinculação de natureza contratual. Ou seja, ainda que diante de eventual nulidade do contrato, isto não implicaria uma absoluta e integral ausência de eficácia da relação contratual.

Importante rememorar que este caminho adotado estaria intrinsecamente ligado à existência de culpa: “[p]ara Jhering, com efeito, a *culpa in contrahendo* não seria mais do que culpa contratual numa vertente específica, sendo-lhe aplicáveis os mesmos princípios quanto ao grau de culpa que valem durante a relação contratual”<sup>424</sup>. E a prescindibilidade da culpa foi um dos pontos mais criticados na referida teoria, de modo que os civilistas alemães buscaram outros fundamentos para a responsabilidade pré-contratual, sem, contudo, descurá-la do regime contratual<sup>425</sup>. Assim, estabeleceu-se que, a bem da verdade, haveria uma obrigação pré-

<sup>421</sup> “[...] mesmo quando tivermos um contrato, será a responsabilidade civil geral que regulará os danos acontecidos na fase das negociações preliminares (responsabilidade pré-negocial) [...]”. Fernando Noronha, **Direito das obrigações**, p. 465.

<sup>422</sup> “Quando de sua quebra, na véspera contratual (*culpa in contrahendo*), incidente o regime geral de responsabilidade civil (CC, art. 186) [...]”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 159.

<sup>423</sup> “Não obstante faltar-lhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recuar, causando-lhe dano. O fundamento do dever de reparação é o ilícito genérico”. Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**, p. 34.

<sup>424</sup> Paulo Mota Pinto, Nota introdutória, in Rudolf von Jhering, **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**, p. XIV.

<sup>425</sup> “Esse ponto, em particular, talvez tenha sido o principal objeto de crítica da teoria de Jhering. Como visto anteriormente, grande parte dos autores que se opuseram à doutrina da *culpa in contrahendo* fundamentaram sua

contratual decorrente de um contato social<sup>426</sup>, a qual se assemelharia (embora não fosse igual) a uma relação contratual. Deste modo, a partir de uma noção de responsabilidade contratual ampla, a qual abarca também hipóteses de inadimplemento de obrigações não contratuais, *prima facie* justificaria adotar a modalidade de responsabilidade contratual como regente da pré-contratual<sup>427</sup>.

Tal entendimento encontrou coro em outros ordenamentos jurídicos, tais como em Portugal, com Mota Pinto<sup>428</sup>, mas também no Brasil, a partir da perspectiva da obrigação como processo, a qual permite defender que “[c]omo existe uma relação de interdependência entre as várias fases de formação e consecução de um contrato, o mais adequado é apreciar todas as contingências ligadas ao negócio, sob a perspectiva de um único regime jurídico de responsabilidade civil [o contratual]”<sup>429</sup>. E autores contemporâneos, como Fritz<sup>430</sup> e Morais<sup>431</sup>,

---

contrariedade na existência de um abuso da noção de culpa dentro do ordenamento jurídico romano. Essa ampliação do conceito de culpa, verificado naquele contexto, com a intenção de permitir a aplicação do regime contratual às situações verificadas na fase pré-contratual, foi analisada como culpa ficcional ou fingida, enfraquecendo os demais argumentos apresentados pelo autor”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 140.

<sup>426</sup> Trata-se de teoria sociológica: “Tôdas as relações de aproximação e afastamento se iniciam por meio de contactos, no sentido mais amplo dêste termo. Os contactos podem ser considerados processos sociais, mas, muito embora todas as relações inter-humanas resultem de processos inter-humanos, nem todos estes processos provocam relações. Aquêles que não envolvem necessariamente o aparecimento de relações relativamente estáveis são chamados contactos. Sua função é de permitir um relaxamento de interações [...]”. Leopold von Wiese, H. Becker, O contacto social, in Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni (org.), **Homem e sociedade**, p. 136. Haupt, jurista alemão, foi o responsável por aplicar a referida teoria no campo do direito. É como explica Larenz: “Em seu bastante comentado artigo, Haupt agrupou sob a expressão ‘relações contratuais fáticas’ três grupos de fatos típicos, cuja característica comum era que, sem um acordo negocial válido, relações jurídicas de direito contratual se estabeleciam em razão de que ‘uma fatispécie social vinculante para os envolvidos se realiza conforme a praxe cotidiana’. Trata-se, em primeiro lugar, das por ele chamadas relações contratuais fáticas ‘em virtude de contatos sociais’, dentre as quais ele incluiu principalmente os deveres de cuidado e consideração pré-contratuais, que, segundo a doutrina dominante, são estabelecidos pela entrada nas negociações contratuais [...]”. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico, **Revista Direito GV**, v.2, p. 57.

<sup>427</sup> “A tese que a responsabilidade *in contrahendo* decorre da lei, retira do contrato, em verdade, o fundamento desse tipo de responsabilidade. O verdadeiro fundamento para a aplicação das regras de responsabilidade contratual à *culpa in contrahendo* na Alemanha se situa atualmente na noção de quase-contrato. [...] Essa tese deslocou o foco da natureza da responsabilidade *in contrahendo*, que deixou de residir no contrato e passou a ser visualizado na obrigação”. Regis Fichtner, **A responsabilidade civil pré-contratual**, p. 198.

<sup>428</sup> “A qualificação da responsabilidade pré-contratual como reponsabilidade obrigacional (classicamente chamada responsabilidade contratual) visa exprimir a sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação duma obrigação *ex contractu*”. Carlos Alberto da Mota Pinto, **Cessão da posição contratual**, p. 353.

<sup>429</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 150.

<sup>430</sup> “Não se pode negar, nesta linha de raciocínio, a natureza jurídica contratual da responsabilidade pré-contratual. Isso se explica em função do vínculo obrigacional surgido entre as partes neste momento e pelo fato da situação negocial estar mais próxima do negócio jurídico do que daquelas situações de ausência de contato, típicas dos direitos absolutos, nas quais há apenas o dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*)”. Karina Nunes Fritz, A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, **Revista dos Tribunais**, v. 883, p. 7.

<sup>431</sup> “Este autor entende que a violação de deveres anexos de conduta na fase pré-contratual enseja, sim, responsabilidade — objetiva —, passível de ressarcimento de danos e fundamenta-se na tutela da confiança. Também se entende que a responsabilidade a incidir durante a referida fase é contratual, tem natureza obrigacional e prescinde da existência de erro, culpa ou dolo [...]”. Ezequiel Morais, **A boa-fé objetiva pré-contratual**, p. 134.

norteados por essa linha de pensamento, entendem que a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual seria contratual e, portanto, todas suas consequências jurídicas seriam advindas dessa escolha.

No entanto, a reparação de danos ocorridos na fase pré-contratual não se encaixa exatamente em uma responsabilidade extracontratual, haja vista não decorrer propriamente do singelo *neminem laedere*, bem como não se enquadra no regime contratual, pois, afinal, contrato não há, tampouco uma obrigação específica emanada da vontade das partes. Tendo isto em conta, nota-se um movimento na literatura a fim de buscar outras respostas, mais adequadas, à questão. É o que pontua Aguirre:

[...] a clivagem entre a responsabilidade contratual e a extracontratual apresenta considerável relevância. Contudo [...], essa dicotomia não é suficiente para responder a algumas questões patentes em nosso ordenamento, como é o caso, por exemplo, da responsabilidade pré-contratual [...]<sup>432</sup>.

Assim, Martins-Costa<sup>433</sup> e Zanetti<sup>434</sup>, pautados na boa-fé como fundamento da responsabilidade pré-contratual, entendem que sua natureza jurídica, a bem da verdade, seria o abuso de direito à luz do art. 187 e 927 do CC/2002<sup>435</sup>. E isto porque, a princípio, existiria um direito de não contratar, decorrente do princípio da autonomia privada, o qual, no entanto, se excedido, violando outros princípios da mesma ordem, ensejaria reparação<sup>436</sup>.

No entanto, entende-se não ser adequado tal raciocínio, porquanto se defende como real fundamento da reparação civil de danos ocorridos na fase de formação do contrato a tutela da confiança enquanto conceito autônomo da boa-fé. Assim, exceder os limites impostos pelos

<sup>432</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 31.

<sup>433</sup> “Penso ser tecnicamente mais adequado construir o raciocínio a partir do enunciado no art. 187 do mesmo Código, em combinação com o art. 927, *caput*. Nesse último caso, a ilicitude estaria situada no *exercício jurídico* (i.e., retirada das tratativas, que é modalidade de exercício de direito subjetivo). Havendo dano derivado diretamente do exercício manifestamente contrário à boa-fé, há dever de indenizar (Código Civil, art. 927), seguindo-se o regime da responsabilidade civil extracontratual já que não se trata de inadimplemento a contrato”. Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 470.

<sup>434</sup> “[...] deve-se reconhecer que, tratando-se de exercício abusivo do direito de encerrar as negociações, resta ao prejudicado apenas a tutela reparatória, pois, caso contrário, haveria excessiva interferência na liberdade contratual, forçando as partes a negociar e contratar um negócio jurídico que não mais desejam”. Cristiano de Sousa Zanetti, **Responsabilidade pela ruptura das negociações**, p. 150.

<sup>435</sup> No mesmo sentido: REsp n. 1.879.503/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 18/9/2020.

<sup>436</sup> “[...] a ruptura das negociações não é, em um primeiro momento, ilícita, justamente por ser uma manifestação da liberdade contratual. Existe e defende-se um verdadeiro direito subjetivo de não concluir um contrato – fundado não apenas na autonomia privada, mas na própria livre iniciativa prevista na Constituição Federal. Entretanto, a liberdade de contratar decorrente da autonomia privada ‘não é arbitrária, a ponto de poder ser exercida de modo ao causar dano ao co-contratante’, principalmente em vista da relação de confiança [...]”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 145.

deveres de boa-fé não justifica tecnicamente a responsabilidade pré-contratual, conforme adiante se desenvolverá.

Ainda há autores que defendem um regime híbrido de responsabilidade pré-contratual, o qual não poderia ser definido *a priori*, mas tão somente a partir do “[...] exame de cada uma das hipóteses de danos, vivenciados na fase da formação do contrato”<sup>437</sup>. E isto porque, partindo da ideia de que a fase pré-contratual é uma realidade complexa, o modo de reparação também o é. Portanto, a definição das regras aplicáveis à responsabilidade pré-contratual só seriam definidas no caso concreto. É a opinião de Vicente<sup>438</sup>, de Pereira<sup>439</sup> e de Aguirre, ao discorrer acerca da responsabilidade por conselhos, informações ou recomendações, todos prestados na fase pré-contratual<sup>440</sup>.

Todavia, a partir de uma perspectiva de formação progressiva do contrato, não se olvida que podem ocorrer inúmeras situações na fase pré-contratual, unidas unicamente pelo momento de sua ocorrência — na formação do contrato — e pelo vínculo de confiança criado diante do propósito da celebração do contrato. Assim, acatar que o regime de responsabilidade (e todas suas consequências normativas) só será definido *a posteriori* carrega inegável insegurança jurídica.

Por fim, há outros juristas que, movidos pela insuficiência da clássica dicotomia (contratual/extracontratual) para reparar os danos sofridos na formação do contrato, defendem que é possível explicá-la a partir da teoria de uma terceira via da responsabilidade civil, um *tertium genus*, denominada responsabilidade pela confiança. Na literatura estrangeira, Canaris

<sup>437</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 163.

<sup>438</sup> Toda dificuldade desta tarefa resulta de as hipóteses de culpa na formação dos contratos se situarem numa espécie de zona cinzenta entre as que dão lugar à responsabilidade contratual e à extracontratual. [...] A fim de determinar esse regime, há-de, à luz do que dissemos acima, ter-se presente a conveniência de distinguir categorias de casos, em função da natureza dos actos geradores de responsabilidade pré-contratual, pois estes são, como vimos, muito heterogêneos e não estão, por isso, necessariamente sujeitos às mesmas regras. A cada categoria de casos deve ser analogicamente aplicado, naquilo a que a lei não proveja diretamente, o regime de responsabilidade civil que melhor corresponda à índole própria dessa categoria; sem prejuízo de, onde a hibridez das situações da vida em apreço o justifique, se combinarem as regras aplicáveis às ditas modalidades do dever de indenizar. Dário Moura Vicente, A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro, in **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**, p. 330.

<sup>439</sup> “[...] apesar de uma nítida maior aproximação das normas referentes à responsabilidade contratual, a variedade de situações que ensejam a denominada responsabilidade pré-contratual exige um enquadramento individualizado, que permita a melhor solução para cada uma das hipóteses de dano”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 168.

<sup>440</sup> “[...] entendemos que a determinação da responsabilidade por conselhos, informações ou recomendações prestados na fase pré-contratual dependerá dos fatos que lhe deram origem, assim como das relações entre os negociantes e dos negociantes com terceiros, podendo ensejar a imputação da responsabilidade contratual ou da extracontratual, o que não significa a exclusão da base valorativa formada pela confiança e pela boa-fé [...]”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 157.

foi o precursor desta hipótese no direito alemão<sup>441</sup>. Posteriormente, o jurista lusitano Frada é quem a defende a partir da autonomia dogmática da confiança: “[p]ostulando deste modo a *culpa in contrahendo* uma responsabilidade específica com respeito ao universo aquiliano e contratual, a teoria da confiança poderia colmatar o espaço deixado a descoberto entre os pólos do contrato e do delito”<sup>442</sup>.

Segundo o autor, esta responsabilidade pela confiança representaria uma realidade jurídica autônoma, a partir da qual, se comprovada que a defraudação da confiança é o verdadeiro fundamento da imputação dos danos, justificaria uma pretensão indenizatória própria<sup>443</sup>.

No Brasil, esta teoria ganhou eco com Fichtner, quem sustentou ser a responsabilidade pré-contratual decorrente de uma relação jurídica preexistente a qualquer dano que os pretensos contratantes causem a outrem: “[a] responsabilidade civil pré-contratual tem natureza jurídica *sui generis*. Ela configura a terceira via da responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade contratual e da responsabilidade aquiliana”<sup>444</sup>. No mesmo sentido, Rosenvald e Braga Netto tem defendido ser a confiança, enquanto uma “pista autônoma” da responsabilidade civil, o real fundamento da responsabilidade pré-contratual:

[...] a celebração de um contrato é pautada na autonomia privada e requer, estruturalmente, um encontro entre proposta e aceitação. A *culpa in contrahendo* não equivale a uma responsabilidade por frustração de interesses de cumprimento, sendo inconsistente a afirmação de uma ‘responsabilidade contratual sem contrato’, apesar de ser uma violação ao vínculo obrigacional de confiança. [...]. “A responsabilidade pela confiança se edifica em torno da expectativa de cumprimento de determinados deveres de comportamento. Trata-se de uma concepção normativa, objetivada de confiança. Não interessa tanto saber se, em termos individuais-psicológicos, o sujeito acreditou de fato em determinada situação, quanto averiguar se a posição em que se encontrava justificava que pudesse confiar nessa situação. Essa concepção concede à confiança um espaço próprio no confronto com as duas grandes modalidades clássicas de responsabilidade civil — a contratual e a aquiliana —, considerando-a um *tertium genus*, uma ‘pista autônoma’ da responsabilidade”<sup>445</sup>.

<sup>441</sup> “[...] o princípio da confiança alcança um significado independente como base de uma responsabilidade que surge ao lado da responsabilidade por negócios jurídicos e a complementa”. Claus-Wilhelm Canaris *apud* Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 678.

<sup>442</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 100.

<sup>443</sup> “Uma responsabilidade pela confiança como realidade jurídica autônoma existirá somente na medida em que a protecção da confiança constitua o vero fundamento da imputação de determinados danos. [...] a confiança terá de representar o elemento constitutivo essencial do *Tatbestand* da responsabilidade envolvido e, desta forma, ao dado de facto ao qual se acopla específica e primordialmente a consequência indemnizatória”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 351.

<sup>444</sup> Regis Fichtner, **A responsabilidade pré-contratual**, p. 388.

<sup>445</sup> Nelson Rosenvald, Felipe Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p 221-222.

Para estes civilistas, a quebra das expectativas criadas na relação jurídica contratual futura (tutela da confiança) seria o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar, haja vista ainda não haver um dever primário de prestar uma obrigação<sup>446</sup>. Tal entendimento foi, inclusive, replicado pelo STJ em julgado o qual versou sobre danos ocorridos na fase de formação do contrato<sup>447</sup>. Neste ponto, o presente trabalho alinha-se com esta literatura. De fato, há um hiato entre a responsabilidade extracontratual propriamente dita, decorrente da ocorrência de um ilícito genérico, e a responsabilidade contratual, esta, oriunda de uma violação de um contrato. A teoria da confiança enquanto um modelo jurídico autônomo, portanto, atende a tal lacuna, preenchendo espaços onde os parâmetros clássicos são insatisfatórios. Contudo, defender uma nova tipologia da responsabilidade civil cria, sob a ótica da presente pesquisa, muito mais problemas do que traz soluções.

E isto porque, em que pese o louvável papel da doutrina e da jurisprudência na construção de um direito vivo, guarnecido pelo ordenamento jurídico, mas atento às dinâmicas sociais, entende-se não ser necessário o desmantelamento da sistemática preestabelecida. *In casu*, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico brasileiro adota a bipartição dos regimes de responsabilidade civil entre extracontratual e contratual. E tal divisão não remete apenas distinções de cunho teórico, mas também implica efeitos práticos diversos, tais como a contagem do prazo prescricional, o foro competente e a distribuição do ônus da prova. Tudo conforme desenvolvido acima.

Um novo regime de responsabilidade civil carece de corpo normativo próprio, de modo que, ao fim e ao cabo, ou a literatura acaba incorrendo em soluções casuísticas, deixando ao intérprete definir, *a posteriori*, qual regime aplicar, ou acaba “emprestando” a normativa aplicável a outra modalidade, na tentativa de encaixá-lo, imperfeitamente, em uma categoria já existente<sup>448</sup>. Seja qual for a alternativa adotada, ambas carregam insegurança jurídica e

---

<sup>446</sup> “A teoria da confiança ingressa justamente nesse vácuo entre as reponsabilidades contratual e aquiliana. [...] A partir dela, justifica-se a responsabilidade pré-contratual pela tutela direta à fundada confiança experimentada por cada uma das partes no sentido de que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé. A defraudação da confiança constituir o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar. Não existe ainda um dever primário de prestar, mas o ordenamento jurídico objetivamente enquadra os sujeitos. Eles ficam adstritos a condutas retas e honestas com vista a uma contratação mais consciente e segura, prevenindo um iter negocial potencialmente gerador de desequilíbrios e injustiças contratuais, sob pena de ressarcimento dos danos causados”. Nelson Rosenvald, Felipe Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p. 222.

<sup>447</sup> REsp n. 1.309.972/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe de 8/6/2017.

<sup>448</sup> “[...] mantemos intocado o nosso prestígio à tese da *responsabilidade pela confiança*, mesmo admitido a sua posição *sui generis*, pois sob o guarda-chuva dessa denominação unitária, há a junção de hipóteses heterogêneas e, por essência, arredias a uma sistematização uniforme. Em comum a elas o evidente descompasso com a tradicional subdivisão da responsabilidade civil. [...] Contudo, no plano pragmático, temos de considerar o princípio da segurança jurídica. [...] Isto é, facultar-se ao magistrado oscilar entre as peculiaridades da responsabilidade contratual e extracontratual, conforme o tipo de dever violado e a natureza da relação entre lesante

esvaziam a proposta de uma responsabilidade pela confiança, visto que, em última análise, recorrem aos regimes preestabelecidos pelo direito positivo, deixando de considerar seus pressupostos.

Assim, entende-se que a responsabilidade pela confiança não implica, necessariamente, um regime de responsabilidade civil autônomo, haja vista que seu fato gerador consiste na violação de um dever jurídico, de caráter geral e abstrato, de modo que se enquadra sob a tipologia do regime extracontratual, sujeita às normas jurídicas que lhe são correspondentes. No entanto, isto não significa que não possa ter suas características que lhe são próprias, haja vista que não se trata de um ilícito genérico, consectário do *neminem laedere*, mas sim específico, o qual consiste, especificamente, na violação do dever de não defraudar as expectativas legítimas criadas em outrem, o que será de suma importância para fins de reparação. Em regra, para a caracterização do dever de indenizar, deve haver, além da prova do ilícito, também o nexo causal e o dano pré-contratual. Neste caso, vale advertir que a culpa é elemento dispensável, haja vista o vetor axiológico constitucional que paira sobre a responsabilidade civil e que mudou o paradigma da punição do ofensor para a reparação da vítima, razão pela qual se defenderá mais a frente a objetivação de tal responsabilidade<sup>449</sup>.

Assim, a responsabilidade pela confiança, enquanto norma concreta, detém pressupostos e consequências jurídicas que lhe são característicos, o que, contudo, dada a sua origem (um dever jurídico da confiança resguardado pelo ordenamento jurídico, preexistente a uma relação obrigacional/contratual específica), não desnatura sua natureza extracontratual — importante para a definição quanto ao prazo prescricional, foro competente e a distribuição do ônus da prova. É acerca deles que se discorrerá a seguir, com o intuito de provar que a responsabilidade pré-contratual é hipótese de responsabilidade pela confiança.

### 3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA CONFIANÇA

#### 3.3.1 Fundamentos jurídicos

---

e lesado, propiciando flexibilidade de decisões quanto ao ônus da prova, a prescrição, eventuais limites à obrigação de indenizar e outros aspectos que se encontram na *zona gris* das duas responsabilidades. Por conseguinte, nossa opção é no sentido de reconduzir a violação da confiança ao regime da responsabilidade contratual”. Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p. 256.

<sup>449</sup> “[...] os critérios de constatação da responsabilidade civil (culpa, nexo de causalidade e dano) já não se mostram mais eficientes para resolver alguns dos problemas surgidos com a adoção do paradigma da dignidade humana”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 128.

A responsabilidade civil pela confiança é bem-vinda pela literatura e jurisprudência brasileira, pois colore a zona gris entre a reparação de danos decorrentes de um ilícito genérico e os advindos do contrato. Sua admissão pelo ordenamento jurídico, contudo, remonta a uma nova percepção do âmbito da responsabilidade civil.

Considerada uma das áreas mais dinâmicas do direito privado, não se olvida que é campo sensível às constantes transformações sociais, pois a todo momento, sobretudo diante das mudanças trazidas pela pós-modernidade, emergem “novos” interesses jurídicos, os quais, por sua vez, tendo em conta o compromisso que deve ter o judiciário na busca pela melhor interpretação, demandam renovadas respostas. Não à toa, esse instituto possui papel de destaque como “[...] instrumento de intervenção social empregado para direcionar os comportamentos dos indivíduos para determinados objetivos da coletividade, como [...] a proteção de direitos de personalidade”<sup>450</sup>.

Esta concepção coaduna-se com o direito civil-constitucional, a qual propõe um outro olhar para o direito privado, aliado aos preceitos de ordem constitucional e deslocando, assim, o eixo civilístico tradicionalmente individualista, voluntarista e patrimonialista para um novo paradigma do direito civil social, justo e solidário. Este paradigma é calcado na primazia da tutela da dignidade da pessoa humana e na preservação da confiança enquanto valor recepcionado pela CF/1988 (*vide* confiança-valor) e, inequivocamente, reverbera no instituto jurídico da responsabilidade civil, a qual consagrou-se como aquele destinado à concretude das normas de proteção da pessoa humana e dos interesses sociais.

Sob este viés, o modelo de reparação civil extracontratual tradicional, o qual ainda se prende à análise dos elementos “ato ilícito culposos, nexo de causalidade e dano” na busca pela reparação integral, acaba por não ser eficiente em face da nova realidade<sup>451</sup>. Em outras palavras, tendo em conta o contexto civil-constitucional, o qual dá enfoque à proteção da pessoa humana, revela-se, nas palavras de Schreiber, “[...] a insuficiência da dogmática tradicional da Responsabilidade Civil para assegurar efetiva reparação às vítimas [...]”<sup>452</sup>. Agora, o foco concentra-se na proteção da vítima do dano sofrido, “[...] liberando-se das amarras representadas pela imposição da prova da culpa ou dolo do agente causador do dano, abrindo-

<sup>450</sup> Ricardo Dal Pizzol, **Responsabilidade civil**, p. 8.

<sup>451</sup> “A necessidade de revisão e readaptação dos clássicos contornos da responsabilidade civil [...] segue a mesma lógica, qual seja, a da superação da dogmática tradicional em prol de uma readaptação do Direito sob as luzes do contexto atual. [...] O redimensionamento da responsabilidade civil como instrumento de tutela dos direitos inerentes à pessoa e não apenas voltado à recomposição do patrimônio ou ao seu equivalente por meio da indenização constitui um dos grandes desafios que a realidade do século XXI faz emergir”. Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**, p. 19.

<sup>452</sup> Anderson Schreiber, **Direito civil e constituição**, p. 206.

se o caminho para a pacificação social e a concretização dos ideais de justiça e de solidariedade”<sup>453</sup>.

E é diante deste paradigma social, que a confiança, enquanto estabilizadora das relações sociais e garantidora das expectativas criadas em outrem, ganha louvável importância como uma proposta que alinha preceitos dogmáticos com o fio principiológico trazido pela nova sistemática, a qual busca conjugar os princípios da liberdade e da solidariedade.

É como bem assinala Andrade Júnior:

O desenvolvimento da confiança no seio da responsabilidade civil é consequência direta da mudança paradigmática. [...] a teoria da responsabilidade civil está regulada pelo paradigma da dignidade, voltando-se para a proteção do sujeito em todos os seus aspectos. A proteção da confiança é um reflexo disto, pois reconhece no outro o indivíduo consubstanciado em sua dignidade e, por isso, protege as suas convicções<sup>454</sup>.

A confiança-valor é dotada de caráter ético e tem o condão de nortear e assegurar as relações sociais, tendo em conta ser respaldada no valor constitucional da segurança jurídica, atrelando-se, no mais, a um dos objetivos fundamentais da República na busca por uma sociedade solidária. No propósito de resguardar as expectativas despertadas em outrem, valoriza a dimensão social do exercício dos direitos<sup>455</sup>, bem como garante a promoção da dignidade, tendo em conta que “[d]esprezar as expectativas de outrem fere sua dignidade, pois ‘coisifica-o’, haja vista que, ao desconsiderar a confiança despertada, torna-o mero receptor de efeitos jurídicos”<sup>456</sup>. Justamente em razão desta base valorativa da confiança que Aguirre, inclusive, defende que a responsabilidade pela confiança não seria propriamente uma terceira via, mas sim uma fonte geral de reparar danos<sup>457</sup>.

Contudo, conforme já defendido anteriormente, o matiz valorativo da confiança não é o único que ela assume para o direito. A bem da verdade, dada sua polissemia, entende-se neste trabalho que para que seja possível desvelar o dever jurídico que lhe é imanente — o qual, se violado, enseja uma responsabilidade civil qualificada —, é preciso concatenar suas outras dimensões: a confiança, além de valor, é, também, é fato e princípio jurídico, as quais compõem o modelo jurídico da confiança.

<sup>453</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 23.

<sup>454</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 128.

<sup>455</sup> Anderson Schreiber, **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 93.

<sup>456</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 128.

<sup>457</sup> “[...] sustentamos a existência de uma responsabilidade pela confiança, não como uma terceira via que seria somada à responsabilidade contratual e extracontratual, mas como fonte da obrigação de reparar danos, posto representar um dos valores fundantes da responsabilidade civil, enquanto base valorativa fundamental da ordem jurídica”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 17.

Tal modelo, cabe lembrar, tem caráter prescritivo, de modo que, somente assim, da junção de todos esses matizes, é possível extrair um dever jurídico de confiança, o qual, vale lembrar, não consiste propriamente em “dever de confiar”, mas sim de não frustrar as expectativas despertadas em outrem — nem todas as expectativas são tuteláveis pelo direito, mas somente aquelas fundamentadas, ditas legítimas<sup>458</sup>. Tal dever, em verdade, representa a efetivação da solidariedade social<sup>459</sup> e, se defraudado injustificadamente, ensejará, então, a denominada responsabilidade pela confiança. A ilicitude, portanto, caracterizar-se-á na violação deste dever específico resguardado pelo ordenamento jurídico.

Contudo, cabe lembrar que tal qualificação não tem o condão de deturpar sua natureza jurídica, que é a extracontratual. Afinal, se o dano decorreu da quebra de um dever de cuidado imposto pelo sistema jurídico em caráter abstrato e universal, então se tratará do regime extracontratual<sup>460</sup>, e não de um contratual (necessariamente decorrente da quebra de um vínculo obrigacional ou contratual *in concreto*)<sup>461</sup>. Assim, entende-se que todo o corpo normativo que lhe é referente, é aplicável, também, em casos de responsabilidade pela confiança — não é demais lembrar que há divergências acerca da contagem do prazo prescricional, da distribuição do ônus da prova, do foro competente, etc.

Entretanto, quando se está diante de uma situação que invoca a responsabilidade pela confiança, tendo em vista seu fundamento jurídico axiológico, calcado na base axiológica eminentemente constitucional, há de flexibilizar (e não desconsiderar) os demais pressupostos da dogmática tradicional do regime extracontratual. É o que propõe Andrade Júnior:

Não se defende a imposição de obrigação reparatória com fulcro exclusivamente na confiança, dispensando-se os pressupostos clássicos (culpa, nexo de causalidade e

<sup>458</sup> “[...] nem toda a confiança é merecedora de proteção, apenas aquela que for justificada integrará a responsabilidade pela confiança, gerando alguma espécie de indenização. Não se admite, portanto, que de atos de completo descuido decorra uma obrigação de reparar. O comportamento do sujeito precisa efetivamente contribuir para o investimento de confiança; caso este venha a decorrer unilateralmente e não com base em um comportamento, caracterizar-se-á a confiança como sentimento, que é inservível para impor obrigação de reparar”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 140.

<sup>459</sup> “Trata-se, em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem”. Cristiano Chaves de Farias, *A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família*. **Portal Ciclo**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33416-42930-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

<sup>460</sup> “[...] a responsabilidade civil em sentido restrito e técnico — extranegocial ou extraobrigacional — requer o descumprimento de um dever genérico e universal de não causar danos”. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald, **Novo tratado de responsabilidade civil**, p. 82.

<sup>461</sup> “A responsabilidade extracontratual configura uma obrigação que se estabelece *ex novo*, enquanto a responsabilidade contratual, no sentido amplo que se deve conotar à expressão, nasce no interior de uma relação já constituída, na qual está inserida a obrigação de indenização. A responsabilidade contratual é, pois, o segundo momento da relação obrigacional, visto como uma totalidade e um processo”. Judith Martins-Costa, **Comentários ao novo Código Civil**, p. 100.

dano). O que se propõe é olhá-los através da proteção da confiança; esta funcionará exatamente como um vetor, direcionando a aplicação da teoria<sup>462</sup>.

Assim, defende-se que, nos casos sujeitos à responsabilidade pela confiança, avalie-se a ilicitude da conduta, os possíveis danos que lhe são decorrentes, bem como se se estabeleceu o nexo de causalidade entre ambos. Todavia, considerando que romper tais expectativas significa, em síntese, romper com um dever alicerçado sobretudo na base axiológica do ordenamento jurídico, entende-se justificada a prescindibilidade do elemento culpa<sup>463</sup>.

Vale lembrar que, nesta nova ótica do direito privado, a responsabilidade civil privilegia a efetiva proteção da vítima, deixando em segundo plano a punição do ofensor. É como bem elucida Venturi:

A Constituição Federal brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III) consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, configurando-se tal dispositivo verdadeira *cláusula geral de tutela da pessoa*, visto que embasa a proteção da totalidade dos direitos humanos qualificados como primordiais em nosso ordenamento jurídico-constitucional. No específico campo da responsabilidade civil, referida funcionalização estaria sendo implementada por via do deslocamento da análise da figura do ofensor e de sua culpabilidade (modelo clássico adotado), para a figura da vítima e de seus direitos ao percebimento da mais efetiva e integral indenização pelos danos suportados (*restitutio in integrum*). Tal redimensionamento revelaria uma renovada forma de ‘humanização’ e, portanto, de readequação do Direito privado às necessidades dos novos tempos<sup>464</sup>.

Portanto, se ao frustrar as expectativas criadas justificadamente em outrem, causando-lhe danos, agiu intencionalmente ou não, isto se torna irrelevante para a caracterização do dever de indenizar. A bem da verdade, no contexto do direito pós-moderno, a culpa é elemento relativizado no campo da responsabilidade civil<sup>465</sup>. Assim, em suma, “[...] o descumprimento

<sup>462</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 131.

<sup>463</sup> “[...] os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incs. I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação [...]”. Gustavo Tepedino, A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, *in* Gustavo Tepedino, **Temas de direito civil**, p. 204.

<sup>464</sup> Thaís G. Pascoaloto Venturi, A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa, **Civilistica.com**, n. 2, p. 3.

<sup>465</sup> “[...] a evolução econômica e social tornara claro que a tradicional responsabilidade subjetiva era insuficiente, qualitativa e quantitativamente, para tutelar diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade industrializada. Na nova realidade social, a reparação da vítima não poderia depender da prova impossível que identificasse quem, de fato, agiu de forma negligente para estabelecer a reparação dos danos injustamente sofridos. Os termos da responsabilidade civil tiveram então de mudar drasticamente do processo de industrialização [...]”. Maria Celina Bodin de Moraes, **Na medida da pessoa humana**, p. 391.

do dever ético insculpido em nosso ordenamento representará o critério objetivo para que exsurja o dever de reparar o dano decorrente dessa violação”<sup>466</sup>.

Tendo isto em conta, é possível defender que a responsabilidade pela confiança é objetiva, a qual não demanda a análise da intenção do ofensor em defraudar as expectativas, desde que elas tenham sido criadas justificadamente, seja em razão de um comportamento do próprio agente, seja em razão de critérios de normalidade e experiência. Trata-se de posicionamento sustentado por Frada<sup>467</sup>, bem como, em terras brasileiras, igualmente defendido por Aguirre<sup>468</sup> e Andrade Júnior<sup>469</sup>.

No mais, haverá uma diferença entre a responsabilidade extracontratual propriamente dita e a responsabilidade pela confiança no que diz respeito à reparação, haja vista que, sendo a responsabilidade pela confiança decorrente de um ilícito qualificado, os danos que eventualmente lhe sejam provenientes serão igualmente qualificados, demandando, assim, uma reparação que lhe seja condizente, haja vista que é auferida de acordo com sua extensão, conforme art. 944, do CC/2002.

Não se olvida, contudo, conforme bem adverte Aguirre, que “[...] a intensidade das relações pautadas na confiança é vária, o que leva a perquirir sobre os modos de se proceder à sua proteção, bem como sobre as formas pelas quais se irradia no âmbito jurídico e os diversos efeitos por ela produzidos”<sup>470</sup>. Assim, a efetiva reparação dos danos decorrentes da quebra da confiança será avaliada mediante as circunstâncias do caso concreto, a depender do grau da confiança inculcado na relação *inter partes*, bem como da ponderação com outros preceitos jurídicos igualmente relevantes. Exemplificativamente, nem sempre a frustração das expectativas despertadas em determinada relação jurídica será passível de reparação, pois pode não haver razões objetivas para a criação da confiança, mas tão somente subjetivas,

---

<sup>466</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 163.

<sup>467</sup> “A responsabilidade pela confiança é portanto essencialmente uma responsabilidade objectiva, derivada da perturbação de uma relação de coordenação de comportamento que o próprio sujeito originou”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 657.

<sup>468</sup> “[...] a quebra do padrão ético de conduta imposto pela base axiológica de nosso ordenamento acarretará o dever de reparar os danos dela decorrentes, independentemente da verificação da culpa, em hipótese clara de responsabilidade objetiva, que se alicerça nos fundamentos da responsabilidade pela confiança”. João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 162.

<sup>469</sup> “[...] a confiança como vetor na solução de conflitos é uma decorrência da visão solidarista que se tem atualmente da responsabilidade civil. Entende-se que o objetivo do presente instituto não é punir o ofensor, mas proteger o ofendido em todos os seus aspectos. A atenção se volta, portanto, para a garantia de reparação daquele que foi lesado. Essa mudança de eixo viabilizou uma ampliação das hipóteses de objetivação da obrigação de indenizar; em verdade, defende-se que a solidariedade é o fundamento da responsabilidade objetiva”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 146.

<sup>470</sup> João Ricardo Brandão Aguirre, **Responsabilidade e informação**, p. 128.

psicológicas, as quais, no entanto, em nome da segurança jurídica, não são tuteláveis pelo direito.

Contudo, considerando que a apuração da quebra da confiança somente será possível mediante a análise das circunstâncias do caso concreto, é papel da literatura propor critérios objetivos para a sua averiguação e, assim, sistematizar o tema, minimizando possíveis subjetivismos e casuísmos.

### 3.3.2 Pressupostos normativos

Até o momento, a pretensão do presente trabalho consistiu na constatação do fundamento jurídico da confiança no direito brasileiro. Propôs-se, então, a construção de um modelo, considerando todas as dimensões relevantes para o âmbito jurídico (fato, valor e norma), a partir do qual foi possível desvelar um dever, de caráter geral e abstrato, o qual tem o condão de assegurar as expectativas criadas justificadamente em outrem. Trata-se, portanto, de um dever passível de ser observado isoladamente, de modo que, havendo sua inobservância, é possível falar-se em uma responsabilidade civil qualificada, decorrente da quebra da confiança.

Entende-se, portanto, como superada a previsão legal da confiança como conceito jurídico autônomo, sujeito, inclusive, à reparação civil apropriada, em caso de sua violação. Agora, para que se possa invocar efetivamente uma responsabilidade pela confiança, há que se aferir se realmente as expectativas criadas foram legítimas. Ou seja, há que se verificar, casuisticamente, se se criou o vínculo de confiança no outro para que este, caso violado, seja o verdadeiro fundamento da obrigação de reparar — seu *Tatbestand*. Conforme bem assinala Andrade Júnior, “[...] não basta a previsão legal para que haja a responsabilidade civil, mas exige-se a efetiva presença de um investimento de confiança; o dispositivo normativo é apenas um indício de sua presença<sup>471</sup>.

No entanto, ainda que se faça imprescindível a análise do caso concreto para a configuração da responsabilidade pela confiança, ela não é feita ao alvedrio do julgador — o que certamente traria inegável insegurança jurídica. Há, a bem da verdade, pressupostos a serem cotejados *in concreto*, os quais obrigatoriamente devem ser verificados para que se possa invocar esta responsabilidade qualificada.

---

<sup>471</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 133.

Em linhas gerais, confiança significa o ato de depositar expectativas e direcionar seu comportamento com base nestas, decorrente da conduta de outrem, que a desperta. O dever da confiança consiste em não frustrar as referidas expectativas criadas justificadamente em outrem. Ou seja, pressupõe uma sucessão de condutas entre sujeitos (não individualizados, enquanto dever de caráter geral e abstrato), na qual, um deles, a partir de sua conduta, desperta expectativas no outro que, por sua vez, pauta seu comportamento a partir delas, pois *confiou*. A confiança, portanto, “[...] representa a ‘ponte’ que liga entre si dois procedimentos; o *pivot* que articula duas esferas de autonomia e interesses distintos”<sup>472</sup>.

Diante disto, aquele sujeito que propiciou a criação de expectativas, autovincula-se a seu comportamento ao ponto de que, caso o altere e, em razão disto, cause danos ao confiante, está sujeito à responsabilização. Tendo isto em conta, é possível destacar, segundo Frada, quatro pressupostos da responsabilidade pela confiança a serem averiguados no caso concreto:

- 1) uma situação de confiança, pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem;
- 2) Uma justificação dessa confiança, porquanto a imprudência e a incúria do confiante tornam injustificada a sua protecção;
- 3) Um investimento de confiança traduzido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada;
- 4) A possibilidade de imputar confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança<sup>473</sup>.

A situação de confiança entendida como primeiro pressuposto desta responsabilidade, consubstancia-se no contexto fático criado a partir do comportamento do outro, o qual, por sua vez, é hábil a despertar expectativas. Ou seja, mediante a conduta de um sujeito, cria-se a confiança que ele continuará a se comportar de determinada forma, estabelecendo-se, assim, uma situação confiável. É, em suma, “[...] o campo fértil sobre o qual florescem as sementes de confiança”<sup>474</sup>. E aqui vale lembrar que, dada a natureza objetiva desta responsabilidade, se tal situação é, de fato, apta a criar expectativas, não é necessário verificar se o sujeito que as despertou teria ou não a intenção de fazê-lo (ou, ainda, se assim a teria feito por negligência, imprudência ou imperícia). Consequentemente, é necessário que o ato seja voluntário, mas isto não implica uma análise de culpa, já que a voluntariedade se liga à conduta.

<sup>472</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 603.

<sup>473</sup> Manuel de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Uma <<terceira via>> no direito da responsabilidade civil?**, p. 103-104.

<sup>474</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e protecção jurídica da confiança**, p. 140.

O segundo pressuposto, por sua vez, diz respeito à justificação da confiança. Isto significa que a confiança deve advir de parâmetros de probidade e seriedade, e não de mera leviandade do sujeito. Em linhas gerais, remete às razões que justificam, de fato, o ato de confiar. Portanto, não é toda confiança que é tutelável pelo direito, a ensejar reparação, mas somente a considerada justificada, legítima, que tenha motivos para tal.

O investimento da confiança, terceiro pressuposto, consiste, em suma, no “[...] ato de depositar expectativas na conduta de outrem”<sup>475</sup>. Para Andrade Júnior, tal pressuposto seria, inclusive, o diferenciador desta espécie de reponsabilidade civil se comparada à responsabilidade civil em razão de mera ofensa a deveres de comportamento (tal como aqueles oriundos da boa-fé), haja vista que há situações que podem ser suscetíveis a despertar a confiança, mas, se não houver seu efetivo investimento, não se caracterizará tal responsabilidade<sup>476</sup>. Ademais, tal pressuposto, para além da própria confiança, deve ter o condão de direcionar o comportamento do confiante para que, enfim, configure-se tal responsabilidade. É como bem pontua Frada:

A exigência de um ‘investimento’ de confiança como pressuposto da protecção das expectativas radica na consideração de que se alguém acalentou certa representação, mas não desenvolve com base nela qualquer actividade, também não haverá nenhuma posição a salvaguardar e, assim, qualquer dano a ressarcir<sup>477</sup>.

Vale dizer que, em regra, este investimento de confiança materializa-se a partir de um comportamento daquele que confia e cria as expectativas em outrem. Seja aferível no caso concreto, seja a partir das regras de normalidade e experiência para que, através delas, surjam indícios reais que apontem para esse ato de confiar: “[...] a confiança exterioriza-se por meio de um comportamento do sujeito confiante [...]. Quando não fica evidente o investimento de confiança feito, a fim de solucionar o problema, é preciso fazer uso das regras de normalidade e experiência”<sup>478</sup>.

Por fim, o último pressuposto a ser considerado para que se concretize efetivamente a responsabilidade pela confiança é a possibilidade de se imputá-la àquele que a frustra, ou seja, se é possível de ser responsabilizado aquele que desperta expectativas em outrem e, posteriormente, decepçiona-as. Tal requisito correlaciona-se diretamente à estrutura do dever

<sup>475</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 141.

<sup>476</sup> “Apenas se pode falar de uma responsabilidade pela confiança se houve um efetivo investimento de confiança; depende sempre de que alguém deposite expectativa em determinado comportamento, pautando sua conduta com base nisto”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 144.

<sup>477</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 596.

<sup>478</sup> Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 132.

jurídico da confiança, o qual pressupõe uma coordenação de condutas, pois o sujeito que criou a confiança, deve ser o mesmo que a quebrou<sup>479</sup> — ou, ao menos, ser a ele vinculado, conforme muito bem esclarece Schreiber: “[...] não parece ser tão relevante que o sujeito formal das condutas seja exatamente o mesmo, mas que emanem os comportamentos do mesmo *centro de interesses*”<sup>480</sup>. De todo modo, o que fica é que nenhum sujeito poderá ser responsabilizado se não lhe for imputável a situação de confiança criada<sup>481</sup>. Em síntese, se presentes os quatro pressupostos, eventual quebra da confiança consequentemente gerará uma obrigação de indenizar.

Agora, uma vez caracterizada, o próximo passo é compreender de que forma pode-se dar sua reparação, a qual, por sua vez, será determinada pelo tipo de proteção da confiança, se positiva ou negativa. Enquanto a tutela positiva consiste na busca pela preservação da confiança criada, assente na concretização das expectativas, a negativa, por seu turno, remete a uma indenização diante da frustração da confiança legitimamente despertada. Distinção bem delineada por Frada:

Obtém-se em todo o caso uma clarificadora distinção entre o que pode designar-se uma protecção positiva e uma protecção negativa da confiança. Se a primeira se preocupa em assegurar ao sujeito "positivamente" a sua expectativa, esta última "nega" ao confiante o direito a ser colocado nessa situação, reconhecendo-lhe em vez disso um direito indemnizatório (contra outrem). No âmbito da protecção negativa das expectativas, a expressão "responsabilidade pela confiança" não significa deste modo, meramente, que alguém é chamado a suportar as consequências jurídicas da confiança alheia. Aquela locução tem também um conteúdo mais restrito: assinala o surgimento de um dever jurídico preciso, o de ressarcir um prejuízo<sup>482</sup>.

<sup>479</sup> “[...] não seria razoável vincular alguém ao ressarcimento de prejuízos causados pela confiança quando ele se limitou a destruir expectativas em cujo surgimento ou manutenção não foi responsável. [...] *Quer a criação da confiança, quer a sua frustração têm pois de ser imputável ao sujeito*”. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 661-662.

<sup>480</sup> Anderson Schreiber, **A proibição do comportamento contraditório**, p. 158.

<sup>481</sup> “[...] ninguém deve ser responsabilizado quando não lhe seja imputável a situação objetiva criada, quando lhe seja absolutamente estranho o fato objetivo que fez nascer a confiança do declaratório”. Fernando Noronha, **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 92.

<sup>482</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 42. Do mesmo modo: “A reparação de danos por violação dos direitos decorrentes da expectativa gerada no confiante pode se dar por meio de uma proteção positiva (a pessoa é condenada a corresponder à expectativa gerada no confiante) ou, ainda, através de uma proteção negativa (a pessoa é condenada ao pagamento de indenização)”. Roberto Senise Lisboa, **Confiança contratual**, p. 160.

A escolha pela incidência da responsabilidade pela confiança positiva ou negativa dependerá da situação de confiança criada. Andrade Júnior<sup>483</sup> e Schreiber<sup>484</sup> entendem que é a tutela positiva da confiança o modo mais eficaz de reparação, haja vista que assegura, acima de tudo, a confiança tal como foi criada, enquanto a realidade é que se adequa a ela. Todavia, como nem sempre será possível protegê-la dessa forma, a responsabilidade civil negativa pela confiança garante, então, a reparação indenizatória, em pecúnia, a fim de reparar adequada e satisfatoriamente a vítima. Nestes casos, a quantificação do montante indenizatório deverá levar em conta o grau de confiança atingido na relação jurídica concreta.

E, uma vez consolidados os pressupostos, bem como as consequências reparadoras da responsabilidade pela confiança aqui defendida como uma responsabilidade extracontratual qualificada, há de aplicá-la em uma circunstância fática, a fim de colocá-la à contraprova. É o que se propõe no tópico seguinte, ao sustentar-se que a responsabilidade pré-contratual é uma hipótese de responsabilidade pela confiança.

### 3.3.3 Responsabilidade pré-contratual: uma hipótese aplicada

A conjuntura do contrato pós-moderno ampliou as possibilidades da fase pré-contratual, haja vista que, dada a crescente complexidade das operações comerciais, as negociações prévias à celebração de um contrato ganharam inegável importância. Afinal, é a partir delas que se alinharão os múltiplos interesses dos contratantes. Sob esta perspectiva, a figura jurídica do contrato não mais se resume ao encontro entre proposta e aceitação, mas, agora, tem-se a noção de que ele se forma progressivamente, mediante uma sucessão de atos, os quais, entre etapas, vão-se concretizando no propósito de estabelecer uma relação jurídica contratual. Ademais, o contrato “[...] é composto também pelo contexto em que se desenvolve, o que demonstra a importância da confiança das partes no momento de formação da avença”<sup>485</sup>. E neste *iter* contratual, há uma infinidade de situações que podem ocorrer durante sua formação e delas decorrer danos, de variadas ordens, passíveis de reparação.

Nada obstante a esta dinâmica dos fatos que se impõe em face da realidade social, o direito positivo brasileiro não prevê integralmente a tutela desta fase pré-contratual. Tudo o que

<sup>483</sup> “É sempre preferível a aplicação da responsabilidade positiva, haja vista ser a mais eficaz na proteção da confiança. Em verdade, esta é a única forma em que se pode tecnicamente falar em indenização por ofensa à confiança, lembrando que indenizar significa retornar ao status quo ante”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 136.

<sup>484</sup> “A confiança, de fato, somente resta eficientemente tutelada na hipótese de se obstar o comportamento que se dirigia à sua ruptura”. Anderson Schreiber, **A proibição do comportamento contraditório**, p. 164.

<sup>485</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 125.

se tem, como já enfrentado em tópico apartado, são dispositivos que versam sobre a proposta e a aceitação, prevendo, timidamente, hipóteses de reparação por perdas e danos em caso de, exemplificativamente, retratação do proponente se não exercida em tempo hábil (art. 428, CC/2002). No entanto, nada dispõem acerca das negociações preliminares, as quais, a depender da natureza do contrato que se pretende celebrar, podem ser extensas e complexas, e de elas decorrer danos. Inclusive, é por esta razão que se defende não ser possível prever um rol taxativo de situações sujeitas à responsabilidade pré-contratual, senão exemplificativo, do qual o rompimento injustificado das negociações preliminares é o mais frequente nas discussões doutrinárias e judiciais. Trata-se, portanto, de uma lacuna legal, a qual, no entanto, não impediu sua recepção no ordenamento jurídico, mediante trabalho hercúleo da literatura e, em seguida, da jurisprudência.

Neste ponto, não se perde de vista que a fase pré-contratual é compósita, podendo abarcar diversas circunstâncias e documentos pré-contratuais que já podem prever respostas específicas em caso de frustração do negócio<sup>486</sup>. Contudo, na prática cotidiana, nem sempre é o que acontece. Muitas vezes, as relações negociais iniciam-se mediante interesses em comum e desenvolvem-se movidas unicamente pelo vínculo de confiança na celebração do contrato futuro, o qual, seja em razão de comportamentos que o justificam, seja em razão de práticas de normalidade e experiência, fortalece-se e intensifica-se ao ponto de, em caso de abrupto rompimento e consequente prejuízo, ensejar reparação civil. É como pontua Pereira:

Diante das probabilidades ponderadas pelos sujeitos de direito, em razão da contingência fática apresentada, é possível que sejam criados vínculos de confiança, de fideduciação de materialização de uma característica avença contratual. Seja na hipótese de invalidade do contrato, na ruptura das negociações preliminares ou na revogação de uma proposta, o que está em jogo é a crença de uma das partes na adequada produção de efeitos de uma contratação<sup>487</sup>.

Por esta razão que se entende a relação pré-contratual como uma relação jurídica fundada na confiança. Entendimento que encontra representativo coro na literatura, tanto

---

<sup>486</sup> “A atividade contratual precede, por vezes, a celebração do negócio, quando nas tratativas, minutas ou acordos preliminares se desenvolvem vínculos com propósitos definitivos, parciais embora inteiramente aperfeiçoados, a despeito da inexistência ainda do negócio jurídico, cuja celebração se encontra pendente, a dependência da consecução de elementos essenciais, naturais ou acidentais, pretendidos pelas partes (formação contratual progressiva)”. Gustavo Tepedino, O papel da vontade na interpretação dos contratos, **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, p. 186.

<sup>487</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 125.

estrangeira, com Larenz<sup>488</sup> e Vicente<sup>489</sup>, quanto brasileira, com Steiner<sup>490</sup>, Pereira<sup>491</sup> e Grecco<sup>492</sup>. E, considerando que a confiança concretiza-se no seu dever jurídico, de caráter *ex lege*, de não frustrar as expectativas despertadas justificadamente em outrem, e que sua consequente violação incorre em responsabilidade civil qualificada, pode-se concluir, então, que a responsabilidade pré-contratual, independentemente da circunstância, é uma hipótese de responsabilidade pela confiança<sup>493</sup>.

Vale lembrar que esta responsabilidade tem natureza jurídica extracontratual, só que qualificada, haja vista a violação de um dever de caráter geral e abstrato, porém diverso do mero *neminem laedere*<sup>494</sup>. Afinal, segundo Martins-Costa, *in casu*, “[h]á pois, uma qualificação do princípio geral que manda a ninguém lesar em virtude da relação de proximidade social entre os agentes envolvidos nas tratativas pré-negociais (ou quando findo um contrato)”<sup>495</sup>.

<sup>488</sup> “[...] a ligação da ideia de uma responsabilidade por *culpa in contrahendo* com o princípio da confiança e com a doutrina dos deveres de proteção foi uma <<descoberta jurídica>> com a qual se logrou a possibilidade de um desenvolvimento do Direito que transcende em muito as indicações contidas na lei. A jurisprudência seguiu aqui a doutrina, pelo que se esclarece a grande importância da dogmática – entendida esta como <<pensamento orientado a valores>> — para o desenvolvimento do Direito”. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, p. 602.

<sup>489</sup> “A responsabilidade por *culpa in contrahendo* pertence assim uma inegável índole expansiva, de alguma sorte potenciada pela ideia, subjacente às decisões judiciais que consagram aquelas categorias de situações, de um genérico dever de responder pela defraudação da confiança alheia na válida constituição de uma relação contratual [...]”. Dário Moura Vicente, **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**, p. 250.

<sup>490</sup> “A relação pré-contratual surge como relação jurídica fundada na confiança, a qual prescinde (diferentemente da relação obrigacional ‘clássica’) da declaração de vontade para a sua formação. Sua violação importaria também a causação de um dano de confiança ou, vista sob outro ângulo, a proteção ao interesse na confiança”. Renata C. Steiner, **Reparação de danos**, p. 108.

<sup>491</sup> “[...] a responsabilidade pré-contratual encontra fundamentação na necessária proteção da confiança. Ao se proporem a contratar, as partes estão marcadamente demonstrando a sua fides naquela avença: seja em sua efetiva concretização, seja em sua validade ou, mesmo, em sua eficácia. Portanto, as situações geradoras de responsabilidade pré-contratual estão ligadas, de modo direto, à quebra das expectativas das partes com relação a um determinado projeto ou desenho contratual”. Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 129.

<sup>492</sup> “[...] surge entre as partes contraentes, portanto, uma relação jurídica especial ou de confiança que a difere do período das negociações iniciais e a aproxima da fase propriamente contratual. [...] Naturalmente, a progressão das negociações, com a celebração de documentos pré-contratuais [...] intensifica essa relação de confiança e expectativa [...]”. Renato Grecco, **O momento da formação do contrato**, p. 133-134.

<sup>493</sup> “Em uma proposta de entendimento da confiança como instituto autônomo, aparentemente não há dificuldade em perceber que a responsabilidade pré-contratual é espécie de responsabilidade pela confiança, haja vista decorrer de uma frustração da coordenação de condutas, apenas se podendo aplicar uma obrigação de indenizar quando cotejados dois comportamentos de forma subsequente e ligados por um investimento de confiança, característica própria das hipóteses deste tipo de responsabilidade”. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança**, p. 151.

<sup>494</sup> “A responsabilidade pré-negocial obedece ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual (art. 927 c/c arts. 186 e 187), cabendo lembrar, porém, que na avaliação da conduta devida e do dever violado é necessário ter em conta que as partes – ainda que não ligadas por vínculo contratual, forma de ação máxima do ‘contato social’ – efetivamente se aproximaram numa situação de confiança que é diversa daquela, mais rarefeita, que vincula os que têm em comum apenas o fato de viverem em sociedade. Em suma: não obstante não terem se aproximado contratualmente, o contato social estabelecido foi mais intenso do que o que se verifica entre os que não têm vínculo senão o comandado pelo *neminem laedere*”. Judith Martins-Costa, **Comentários ao novo Código Civil**, p. 117.

<sup>495</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 421.

Assim, uma vez estabelecido o contato inicial com o propósito de negociar para, consequentemente, firmar um contrato, surge também um vínculo de confiança, o qual, materializado nas condutas de cooperação entre as partes, permite uma atuação mais segura no trato negocial. Vínculo esse que se intensifica de forma gradual, na medida em que o *iter* negocial evolui e as partes vão despertando paulatinamente expectativas acerca da avença futura, aproximando-se da efetiva conclusão do contrato. E, de acordo com o grau de confiança alcançado, definir-se-á, em caso de ocorrência de dano, a forma e a extensão da reparação. E desta graduação da confiança decorre, portanto, uma maior flexibilidade na determinação das consequências jurídicas advindas da responsabilidade pré-contratual<sup>496</sup>.

Contudo, vale lembrar que, no trânsito jurídico, a confiança é apenas um dos princípios que devem ser observados: função social do contrato, boa-fé objetiva (e seus deveres anexos) e, sobretudo, o da autonomia privada devem ser igualmente ponderados no processo de formação do contrato pós-moderno<sup>497</sup>. E é por esta razão que, nem sempre, o rompimento de negociações por parte de um dos contraentes será considerado injustificado e, portanto, passível de responsabilidade. Há situações em que pode prevalecer a liberdade de contratar, corolário do princípio da autonomia privada, sendo parte da lógica de mercado optar por não contratar com determinado parceiro com que se negociava ao ter deixado claro que também se negociava com outros, na busca pelo melhor preço. Em contrapartida, há situações em que, dada a complexidade e o avanço da negociação, da qual decorreram razões sérias e fundadas para se acreditar na efetiva conclusão do contrato, constitui-se uma confiança legítima, apta a ensejar responsabilidade<sup>498</sup>.

Nesta toada, considerando ser a responsabilidade pré-contratual uma hipótese da responsabilidade pela confiança, ambas possuem os mesmos pressupostos para sua caracterização, a saber: a) uma situação de confiança; b) a justificação desta confiança; c) o investimento da confiança na relação intersubjetiva, a partir do qual irão se direcionar os

---

<sup>496</sup> “[...] é a progressão e aprofundamento desse contactos que vai marcar a intensidade da relação pré-contratual, determinando o crescente surgimento de novos e mais amplos deveres recíprocos”. Ana Prata, **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**, p. 47.

<sup>497</sup> “A autonomia privada concede uma margem de atuação aos particulares no domínio do mercado, das negociações e dos contratos. Essa perspectiva individualista será contida e acomodada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mediante o ingresso da solidariedade, adequando-se parceiros como idênticos titulares de direitos fundamentais e não como antagonistas”. Nelson Rosendal, Felipe Braga Netto, **Responsabilidade civil**, p. 223.

<sup>498</sup> “A liberdade e a faculdade de não contratar não ficam, convém ressaltar, em hipótese nenhuma suprimidas. Elas continuam a existir para qualquer das partes até o momento da constituição do contrato. O que pode surgir em negociações mais complexas, em razão do dever de lealdade, é a imposição do dever de indenizar os danos causados ao outro contraente, em virtude de ter sido frustrada a confiança legítima na efetivação do negócio, que foi criada no espírito do contraente prejudicado, em decorrência de atos praticados pelo contraente que desistiu da realização do negócio”. Regis Fichtner, **A responsabilidade civil pré-contratual**, p. 301-302.

próximos comportamentos e, por fim, d) a possibilidade de imputar responsabilidade àquele que efetivamente quebrou a confiança.

Merece notar que tais pressupostos conduzem a uma sucessão de condutas entre as partes envolvidas: iniciado o contato negocial que denota claramente o interesse em contratar, um dos sujeitos, movido pelas circunstâncias que anunciam a realização do negócio e, portanto, munido de expectativas, confia no outro e direciona seu comportamento a partir disto. O outro, se deu causa a tais expectativas, seja por seu próprio comportamento, seja pelo contexto de normalidade e experiência que estão inseridos, vincula-se a elas de modo que, em caso de eventual rompimento, há de ser responsabilizado<sup>499</sup>.

Não é demais retomar que o fato gerador desta responsabilidade qualificada é efetivamente a ofensa à confiança despertada, de modo que deve haver a prova da ilicitude, a violação do dever jurídico da confiança, e do efetivo dano. No caso da responsabilidade pré-contratual, em síntese, se o pretendo contratante em nenhum momento investiu a confiança de que a relação jurídica contratual de fato se estabeleceria, então não é caso de responsabilidade pela confiança.

Não se olvida, contudo, que só será possível invocar uma responsabilidade pré-contratual mediante a quebra do dever jurídico de confiança a partir de uma análise casuística. Como se vê, há muitos fatores a serem levados em consideração para que não seja ultrapassada a linha tênue entre a confiança e a liberdade de contratar. Todavia, a leitura do caso concreto não significa deixar ao alvedrio do julgador qual situação é cabível nesta hipótese de responsabilidade e qual não é. A bem da verdade, deve-se valer de critérios objetivos que levem à conclusão se, de fato, as expectativas despertadas no confiante, eram, de fato, de legítimas<sup>500</sup>. Em linhas gerais, deve-se levar em conta “[...] todos os elementos disponíveis e para o efeito relevantes, como a duração e o adiantamento das negociações, a natureza e o objeto do negócio, os valores nele envolvidos, a qualidade dos contratantes e a sua conduta”<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> “[...] o princípio da confiança gera a obrigação de indenizar na fase pré-contratual quando a situação de proximidade entre os contratantes e o comportamento de um deles em direção à realização do contrato, gera a expectativa de que o contrato futuro será realizado. Tal expectativa tem legitimidade quando o comportamento das partes leva em consideração o comportamento de outrem e provoca a prática de atos que não seriam realizados não fosse o comportamento teleológico em direção ao contrato”. Gerson Luiz Carlos Branco, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, **Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 202.

<sup>500</sup> “[...] a determinação da existência deste justificável estado de confiança (*‘affidamento’*) é uma questão de fato que deve ser analisada caso a caso, variando conforme a natureza do negócio, as características das partes envolvidas. [...] Não deve o julgador realizar uma análise subjetiva, psicológica, quanto à existência deste estado de espírito (confiança). O juiz deve valer-se de elementos objetivos que possam autorizar a conclusão de que a parte confiava na celebração do contrato”. Enéas Costa Garcia, **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, p. 203.

<sup>501</sup> Antônio Carvalho Martins, **Responsabilidade pré-contratual**, p. 79.

Neste sentido, Prata sugere seis critérios a serem avaliados no caso concreto para aferição da situação de confiança para, enfim, caracterizar-se a responsabilidade pré-contratual: a) a natureza profissional dos sujeitos envolvidos na negociação, se são leigos, se um tem certa expertise e o outro não, se ambos tem conhecimento aprofundado sobre o negócio, etc;<sup>502</sup> b) a respeitabilidade daquele que inicia as negociações (deve-se avaliar se o contexto da qual se parte o processo negociatório é uma relação de amizade, de parentesco, de subordinação, etc); c) se já existia relações contratuais entre as partes; d) qual é o tipo do contrato que se pretende firmar (sua natureza, relevância econômica e social, a frequência e forma a partir da qual é habitualmente firmado); e) a formulação concreta da declaração iniciadora das negociações ou, na sua ausência; f) a concreta evidência de contato entre as partes<sup>503</sup>.

É certo que tais critérios contribuem para a construção de um contexto de confiabilidade que justificarão o investimento da confiança por parte do confiante, o qual, por sua vez, irá direcionar o comportamento da outra parte a fim de alinhá-lo às expectativas do contrato futuro. Cabe reforçar que “[s]e os negociadores sabem (ou devam razoavelmente saber) que as negociações poderão ser rompidas a qualquer tempo por qualquer dos sujeitos envolvidos, não se justifica alegar investimento de confiança em que as mesmas prosseguiriam até culminar na conclusão do contrato”<sup>504</sup>. Em contrapartida, havendo a prova do efetivo investimento de confiança, caracterizando como legítimas as expectativas despertadas acerca da relação que se avizinhava, qualquer rompimento das negociações revela-se injustificado, apto a ensejar a reparação civil:

Para caracterizar-se o recesso injustificado há de existir, portanto, um <<investimento de confiança>>, traduzido na legítima expectativa de ser a negociação conduzida segundo os parâmetros de probidade, da seriedade de propósitos, e comprovável por meio de elementos objetivos ou objetiváveis, racionalmente apreensíveis. Para que se produza a confiança, é evidentemente necessário que as negociações existam, que esteja em desenvolvimento uma atividade comum das partes, destinada à concretização do negócio. [...] E para que tal confiança seja qualificada como legítima, deve fundar-se em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos e racionais<sup>505</sup>.

Uma vez caracterizado o fato gerador da responsabilidade civil pela confiança, há de se definir qual a melhor forma de reparação a fim de atender efetiva e adequadamente a vítima,

<sup>502</sup> Vale dizer que “[o] mero convite para contratar, quando provindo de um profissional [...] é susceptível de gerar na contraparte, se não profissional, particular ou consumido, uma confiança diversa daquela que razoavelmente seria suscitada num outro profissional [...]”. Ana Prata, **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**, p. 44.

<sup>503</sup> Ana Prata, **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**, p. 44-47.

<sup>504</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 461.

<sup>505</sup> Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, p. 460.

atenta à noção de reparabilidade integral do dano. *In casu*, isto irá depender do grau de confiança atingido na relação jurídica rompida, mas vale lembrar que tal confiança, na medida do avanço das negociações, vai progressivamente ganhando corpo e consistência o que, consequentemente, interfere na extensão do dano sofrido<sup>506</sup>.

O dano, por seu turno, será constatado a partir da identificação da efetiva situação concreta que se encaixa sob o guarda-chuva da fase pré-contratual. Mediante a perspectiva da formação progressiva do contrato, não se olvida que são inúmeras as situações que podem ocorrer neste interregno, as quais, em pese detenham a confiança enquanto denominador comum, podem ser materializar de diferentes formas. A título exemplificativo, o rompimento arbitrário e desarrazoado das negociações preliminares pode ocasionar prejuízos àquele que confiou na negociação e, consequentemente, na futura contratação. Mas também é aplicável o mesmo raciocínio à formação do negócio jurídico marcado por erro, “[...] pois se verifica uma tentativa de proteger aquele que teve as suas expectativas frustradas em decorrência de um erro alheio, para o qual não contribuiu”<sup>507</sup>.

Neste sentido, diante das múltiplas situações de confiança, a partir das quais podem ocorrer danos e, consequentemente, ensejar responsabilidade civil pré-contratual, demanda-se também formas diferentes de reparar<sup>508</sup>. Aliás, conforme bem elucida Pereira, “[o]s modelos de ressarcimento dependem, primeiramente, da espécie de responsabilidade civil pré-contratual que está em análise. Assim, por exemplo, problemas que envolvam a recusa em contratar darão ensejo a soluções diferentes dos problemas relativos ao rompimento de negociações preliminares”<sup>509</sup>. Para tanto, retoma-se a classificação proposta no tópico anterior entre tutela positiva e tutela negativa da confiança: enquanto a tutela positiva consiste na busca pela preservação da confiança criada, assente na concretização das expectativas, a negativa, remete a uma indenização se diante da frustração da confiança legitimamente despertada, a fim de recompor a confiança violada. E, mormente não ser uma correspondência exata entre tutela da confiança positiva/negativa e interesse positivo/negativo<sup>510</sup>, a literatura tem-se utilizado deste

<sup>506</sup> “A confiança vai progressivamente ganhando corpo e consistência, pondo-se então o problema da injustiça da sua desprotegida frustração quando uma das partes, inesperada e arbitrariamente, rompe as negociações”. Ana Prata, **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**, p. 17.

<sup>507</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 129.

<sup>508</sup> “[...] o caráter não homogêneo das relações pré-negociais ou mesmo da relação negocial, o que se reflete também na definição do interesse reparável”. Renata C Steiner, **Reparação de danos**, p. 119.

<sup>509</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 339.

<sup>510</sup> “A destriça entre a responsabilidade positiva e negativa pela confiança não se decalca com exactidão sobre a conhecida distinção da responsabilidade civil entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo. No primeiro, a indemnização visa situar o sujeito na posição que lhe assistiria se a obrigação (contratual) tivesse sido cumprida; no segundo, está em causa a reparação do dano que não teria sido sofrido se não se tivesse contratado (constituindo a obrigação, mais tarde inadimplida). Ora, o escopo da protecção positiva da confiança

binômio de interesses para tratar do ressarcimento dos danos sofridos decorrentes de ilícito pré-contratual.

Embora não seja este o foco da presente pesquisa, haja vista que a compreensão da referida distinção já é suficiente para concluir pela diversidade de reparação de danos mesmo provenientes de um mesmo ilícito, digno de nota que tal nomenclatura advém de Jhering, ao enfrentar a tese da *culpa in contrahendo*, conforme desenvolvido no tópico 3.1.1. Para o jurista alemão, ainda que fosse hipótese sujeita ao regime de responsabilidade contratual, haveria uma distinção em termos de reparação civil entre a hipótese de invalidação do contrato e a referente ao descumprimento do contrato, de modo que, norteado pelo critério da validade, propôs um duplo direcionamento dos danos indenizáveis, conforme bem sintetiza Steiner:

Foi, em essência, a partir da dicotomia entre validade vs. invalidade que Jhering apresentou um duplo direcionamento dos danos indenizáveis: de um lado, poderia haver interesse na manutenção do contrato, ou seja, no seu cumprimento, o que pressupunha a existência e validade do pacto; por outro, poderia haver interesse na não conclusão do contrato, o qual se ligava à invalidade do contrato. Apenas por razões de síntese, como expressamente afirmou Jhering, o primeiro foi denominado interesse contratual positivo e o segundo, interesse contratual negativo<sup>511</sup>.

Tendo isto em conta, definiu-se a denominação de interesse negativo como a tutela do interesse da confiança, afinal, repara-se em razão de sua violação, e no que se refere ao interesse positivo, como sendo o interesse na preservação da confiança e, em última análise, no cumprimento do contrato<sup>512</sup>. No entanto, no contexto da responsabilidade pré-contratual, a reparação do interesse (ou da tutela) positivo da confiança é assumidamente excepcional, haja vista que eventual reparação via interesse positivo implica a obrigação de contratar, a qual colide *prima face* com o princípio da autonomia privada, materializada na liberdade de contratar, a qual, assim como a confiança, é resguardada sobretudo no momento de formação do contrato.

Portanto, no direito brasileiro, a regra é pela reparação de danos ocorridos na fase pré-contratual via interesse negativo, a partir da qual se indeniza pelo prejuízo sofrido em razão do

---

— colocar o sujeito na situação correspondente à confiança que teve — pode ser alcançado por outros meios que não através da imposição de um sucedâneo indenizatório dessa situação; desde logo, por exemplo, pela cominação de um dever de conduta dirigido à satisfação "em espécie" das expectativas alheias. A tutela positiva da confiança não pode por conseguinte ser reduzida ao simples ressarcimento do interesse positivo do sujeito no cumprimento deste dever". Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, **Teoria da confiança e responsabilidade civil**, p. 42-43.

<sup>511</sup> Renata C. Steiner, **Reparação de danos**, p. 39.

<sup>512</sup> "[...] acabou-se por adotar a denominação do interesse negativo como interesse na confiança e do interesse positivo como interesse no cumprimento. A identificação, embora não seja absoluta nem perfeita, serve para sublinhar que é a vinculação à confiança que legitima a configuração do ilícito, e não a invalidade ou a não perfeição do contrato". Renata C. Steiner, **Reparação de danos**, p. 110.

depósito da confiança na relação contratual futura — desde que, considerada a sucessão de condutas desta responsabilidade civil qualificada, o outro sujeito contratante tenha despertado tais expectativas. A quebra da confiança é, assim, o verdadeiro *Tatbestand* desta responsabilidade civil.

O rompimento injustificado das negociações preliminares é exemplo desta modalidade de reparação, a qual se materializa mediante indenização pecuniária, seja a título de danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) ou também morais<sup>513</sup>, que, por sua vez, terão sua quantificação variada de acordo com o grau de confiança alcançado na relação intersubjetiva. No entanto, não será possível exigir uma reparação a título de interesse positivo, haja vista que é situação no limiar da liberdade de contratar. Contudo, há situações relativas à responsabilidade pré-contratual que estão sujeitas à reparação por interesse positivo, nas quais já é possível verificar “[...] um efetivo direito à contratação ou aos benefícios que dela poderiam advir”<sup>514</sup>. Não se olvida que, na perspectiva da formação progressiva do contrato, é possível assinar minutas, delinear cartas de intenções, redigir atas de reuniões, todos documentos que, ainda firmados no contexto pré-contratual, reiteram o interesse no contrato futuro assim que forem acordados todos os pontos do contrato. Outro exemplo é a própria figura jurídica da proposta, a qual, relembra-se, obriga o proponente a cumpri-la, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso (art. 427, CC/2002).

Vale dizer que estes exemplos de responsabilidade pré-contratual que se resolvem pela reparação do interesse positivo não tem o condão de desnaturar o fundamento jurídico de tal responsabilidade civil, que é a confiança, mas tão somente admitem respostas específicas que refletirão as circunstâncias acordadas no caso concreto. A responsabilidade pela confiança, a qual decorre da direta violação do dever jurídico de confiança, vem em socorro daquelas situações nas quais não se firmou nenhum instrumento de garantia da relação futura, tampouco se declarou manifestamente uma proposta, mas que, inegavelmente, criaram-se expectativas acerca do negócio futuro<sup>515</sup>. E é esta confiança, tamanha sua relevância econômica e social, que não somente está guarnecida pelo direito, como também detém autonomia e enseja reparação civil qualificada.

---

<sup>513</sup> “A possibilidade indenizatória pelo rompimento prematuro do negócio, também face da violação de interesses extrapatrimoniais (moraes), é a maior prova de que mesmo num segmento, no qual o contrato não se encontra formado, o sujeito e os seus valores (patrimoniais e extrapatrimoniais) é que se encontram no vértice do sistema”. Paulo Nalin, **Do contrato**, p. 159.

<sup>514</sup> Fábio Queiroz Pereira, **O ressarcimento do dano pré-contratual**, p. 320.

<sup>515</sup> “[...] na ausência de deveres específicos — os quais se extraem com evidência da existência do contrato, mas também de uma proposta, por exemplo —, a vinculação das partes na fase pré-negocial é propiciada primordialmente pela tutela à confiança: é ela o fundamento imediato da vinculação, cuja intensidade será naturalmente variável a depender das circunstâncias concretas”. Renata C. Steiner, **Reparação de danos**, p. 277.

## 4 CONCLUSÕES

A despeito da *ratio* de confiança que atravessa a sociedade humana no decorrer da História, na pós-modernidade, tempo de incertezas, ela se revela imprescindível para o desenvolvimento das relações sociais. Consequentemente, assim o é para o direito, pois, ainda que as normas jurídicas pressuponham segurança, não é factível a regulação de todo e qualquer comportamento: em algum momento, há de se confiar — seja no Estado, no vizinho, no familiar, no parceiro negocial.

A grande questão é que não é possível, pura e simplesmente, fazer a passagem da confiança social para a confiança normativa, sob risco de irreversível insegurança jurídica. Atualmente, muito se vê na literatura e jurisprudência o emprego do vocábulo confiança para designar diferentes vieses jurídicos, ora como valor imanente ao ordenamento, ora como princípio, ora como situação fática da qual emanam efeitos jurídicos, ora como fato gerador de responsabilidade civil. No entanto, a ausência de sua sistematização acaba por obstaculizar a compreensão do efetivo papel da confiança no direito brasileiro, sobretudo como um instrumento jurídico autônomo, hábil à resolução de conflitos em face de situações que a dogmática tradicional é insuficiente, como é o caso da reparação de danos ocorridos na fase pré-contratual.

Tendo isto em conta, o presente estudo, estruturado em três capítulos, debruçou-se sobre dois propósitos: o de elaborar o fundamento jurídico da confiança no direito privado brasileiro, o qual, dada sua autonomia, justificaria uma responsabilidade civil própria, e, em seguida, o de aplicá-lo na responsabilidade civil pré-contratual, haja vista ser tema lacunoso no direito positivo. Assim, a partir do desenvolvimento da pesquisa, foi possível concluir que a defesa de uma confiança jurídica é compatível com o direito brasileiro, haja vista que encontra seu fundamento no valor constitucional da segurança jurídica, atrelando-se, no mais, a um dos objetivos fundamentais da República na busca por uma sociedade solidária. Seu âmbito, portanto, não é adstrito ao direito privado.

Contudo, tendo em conta o recorte da presente pesquisa, o do campo jurídico obrigacional das relações privadas, foi possível sustentar que a confiança detém autonomia dogmática mediante sua conceituação como um modelo jurídico complexo e prescritivo, o qual, a partir da concatenação dos planos fático, valorativo e normativo, tem a aptidão de prescrever, regular e sancionar condutas. De tal modelo, foi possível desvelar um dever jurídico que lhe é próprio, de caráter geral e abstrato: o de não frustrar as expectativas legitimamente despertadas em outrem, o qual, se violado, poderá ensejar responsabilidade civil pela quebra da confiança.

Tal confiança é objetiva, passível de ser construída mediante a previsibilidade de comportamentos e de indícios de normalidade e experiência, aptos a justificar a criação e legitimação das expectativas acerca da relação jurídica. Não se trata, portanto, de mero sentimento de crença ou esperança. É, também, negocial, particularizada entre sujeitos que pretendem estabelecer vínculos obrigacionais. Quanto à sua funcionalidade no ordenamento jurídico, ostenta três: a de tutelar as legítimas expectativas, a de justificar a vinculabilidade das partes à relação jurídica e, ademais, a de atuar como instrumento de solução de conflitos.

Aliás, em defesa de sua autonomia dogmática, a confiança difere-se da boa-fé. Em que pese ambas reflitam deveres jurídicos a serem observados no tráfego negocial, prestam-se a papéis diferentes no ordenamento jurídico. Enquanto a boa-fé é o modo como as relações devem-se instrumentalizar no processo obrigacional, a confiança corresponde à tutela das expectativas legítimas despertadas no outro no trânsito jurídico. Ambas, no entanto, relacionam-se, sobretudo no tráfego negocial, onde há deveres anexos à boa-fé que devem ser respeitados, mas há, principalmente, expectativas a serem protegidas, frutos da confiança.

Quanto ao segundo propósito da pesquisa, o qual consiste na aplicabilidade da confiança ao âmbito da formação do contrato pós-moderno e a na análise de suas consequências jurídicas, sustentou-se a compreensão do contrato como processo, o qual, norteado por um fio principiológico que incide de forma interdependente e escalonada — *e.g.*, autonomia privada, função social do contrato, boa-fé objetiva e confiança —, forma-se progressivamente, mediante a sucessão de etapas, atos, posições e situações jurídicas autônomas até, efetivamente, sua conclusão.

Nesse contexto, a fase pré-contratual ganha relevância, haja vista que, diante da complexidade das operações comerciais e, conseqüentemente, dos desenhos contratuais, as negociações podem ser mais extensas. E, mediante a perspectiva da formação progressiva do contrato, concluiu-se que são múltiplas as situações que podem ocorrer nesta antessala contratual, todas, no entanto, ligadas por um denominador comum: a confiança acerca da celebração do contrato futuro. Nessa etapa, igualmente vigora a liberdade de contratar, corolário do princípio da autonomia privada. Ambos incidirão na relação jurídica pré-contratual de maneira escalonada e gradual, mas que, a depender da relação de confiança estabelecida, não isenta as partes de eventuais danos que possam ocorrer em razão das expectativas criadas, ainda que neste espaço de liberdade.

A responsabilidade pré-contratual é, portanto, espécie de responsabilidade pela confiança, haja vista que sua ilicitude decorre da violação do dever jurídico de não frustrar as expectativas legitimamente despertadas no sujeito com que se pretendia contratar.

A aferição de tal responsabilidade não é meramente casuística, mas sim tem pressupostos definidos *a priori* pela literatura, os quais são: a constatação de uma situação de confiança justificada, um investimento de confiança e a possibilidade de imputar responsabilidade àquele que a violou. Tais pressupostos, no entanto, deverão ser cotejados ao caso concreto para que se configure a efetiva responsabilidade pela confiança. Esta análise prescinde do elemento culpa, pois, desde que as expectativas legítimas tenham sido justificadamente despertadas, a intenção daquele que as frustrou é irrelevante. Trata-se de uma responsabilidade objetiva, compatível à perspectiva axiológica da responsabilidade civil.

Quanto à sua natureza jurídica, em que pese detenha pressupostos próprios, entende-se não se tratar de uma nova tipologia da responsabilidade civil, de um *tertium genus*, mas sim de modalidade sujeita ao regime extracontratual, sendo-lhe aplicável todo o corpo normativo e efeitos jurídicos correspondentes. E isto porque sua ilicitude, ainda que não decorra do singelo *neminem laedere*, igualmente advém da violação de um dever jurídico de caráter geral e abstrato, só que qualificado, mais intenso que o dever geral de não causar dano a outrem, resguardado pelo ordenamento jurídico, preexistente a uma relação obrigacional/contratual específica, consistindo em não defraudar expectativas legítimas despertadas em outrem.

Por fim, quanto à forma de reparação, a regra é pela reparação via interesse negativo a partir da qual se indeniza pelo prejuízo sofrido em razão do depósito da confiança na relação contratual futura. Esta indenização pecuniária, por sua vez, será auferida a título de danos materiais e também morais, os quais serão apurados de acordo com o grau de confiança incutido entre as partes no caso concreto, atendendo, assim, a reparação efetiva e adequada da vítima. Excepcionalmente, há situações em que poderão demandar a reparação por interesse positivo, tendo em conta seu caráter vinculativo, como é o caso da proposta. No entanto, tais hipóteses não tem o condão de desnaturar a confiança como fundamento jurídico de tal responsabilidade civil.

Expostas as conclusões, espera-se ter demonstrado que a confiança, por si só, tem relevância jurídica, reflexo de um direito vivo que transita na realidade social. A defesa de sua autonomia dogmática permite compreendê-la como um instrumento hábil à resolução de conflitos em face de problemas que a dogmática tradicional se mostra insuficiente para solucioná-los.

Em tempos pós-modernos, confiar é preciso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade e informação:** efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: RT, 2011.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal:** uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, p. 2011.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade pré-contratual:** na visão da doutrina e do STJ. Porto Alegre: Paixão, 2022.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações.** 12.ed. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato.** Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994. [1984]

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **Responsabilidade civil e proteção jurídica da confiança:** a tutela da confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2016.

AQUINO JR., Geraldo Frazão de. O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas. *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição:** estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 419-439.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de: Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **A política.** Tradução de: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2017.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.** 5.ed ou 2.ed. brasileira. Rio de Janeiro: Delta, 1964, 5 v.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, mai./2000.

\_\_\_\_\_. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, p. 23-31, 1996.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. História do direito, ciência e disciplina. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 31-49, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de: Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Tradução de: Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: EdUnB, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, a. 3, p. 169-225, out./dez 2002.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMARA JUNIOR, Joaquim Mattoso. **Dicionário de linguística e gramática: referente à língua portuguesa**. 28.ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. Munique: C. H.Beck, 1971.

\_\_\_\_\_. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de: Antônio Menezes Cordeiro. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade no direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CAUMONT, Arturo. Por uma teoria ética do contrato. Tradução de: Maria Eduarda Trevisan Kroeff. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES)**, Canoas, v. 8, n. 1, p. 91-101, abr. 2020.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1953.

\_\_\_\_\_. **Da modernização do direito civil**, v. I, Almedina: Coimbra, 2004.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. *In*: Eroulths Cortiano Junior; Jussara Maria Leal de Meirelles; Luiz Edson Fachin; Paulo Nalin. (Org.). **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 21-40.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A companhia siderúrgica Mannesmann. Parecer. **Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 5, n. 13, 1975.

\_\_\_\_\_. **A obrigação como processo**. 1964. Reimpressão, Rio de Janeiro: FGV, 2006. [1964]

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português (1979). *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 35-50.

COVIELLO, Nicola. **Doctrina general del derecho civil**. Tradução de Felipe J. Tena. Cidade do México: Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1949.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**, v. 1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de: J. Batista Machado. 10.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *Scientia iuris: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL*, v. 2/3, p-14-40, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. Renovar, 2003.

FAGGELLA, Gabrielle. *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, t. III, p. 271-342, 1906.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. **Portal Ciclo**. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33416-42930-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

FERREIRA, Mariana Martins. **Culpa in contrahendo**: uma análise crítica da obra de Jhering. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. **A teoria da confiança no direito civil brasileiro**: conceito, autonomia, limites e aplicação no âmbito contratual. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

FICHTNER, Regis. **A responsabilidade pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2023.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma <<terceira via>> no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1-40, 2012.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 1-31, 2009.

\_\_\_\_\_. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Claus-Wilhelm Canaris: O "sistematizador", **Migalhas**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/343067/clauss-wilhelm-canaris-o-sistematizador>. Acesso em: 16 nov. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. 4, São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

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

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOOD, David. *Individuals, interpersonal relations, and trust*. In: GAMBETTA, Diego (ed.). **Trust: making and breaking cooperative relations**. New York: Basil Blackwell, 1988, p. 31-47.

GRECCO, Renato. **O momento da formação do contrato: das negociações preliminares ao vínculo contratual**. São Paulo: Almedina, 2019.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HESPAÑA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 97, p. 127-137, 2002.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Tradução de: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 11.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LAMEGO, José. Nótula do tradutor. In: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e contato social. Tradução de: Karina Nunes Fritz. **Revista de direito privado**, v. 34, abr./jun. 2008, p. 343-352.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

\_\_\_\_\_. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de: Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 55-63, jan./jun. 2006.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 54-70.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 42, a. 11, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria sistêmica del contrato*. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 25-49, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Tradução de: Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Familiarity, Confidence, Trust: problems and alternatives*. *In*: GAMBETTA, Diego (ed.). **Trust: making and breaking cooperative relations**. New York: Basil Blackwell, 1988, p. 94-108.

\_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. Tradução de: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I**. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LYON, David. **Pós-modernidade**. Tradução de: Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6.ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. Igualdade entre filhos do direito brasileiro atual – direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 21, 1999.

MARTINS, António Carvalho. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 40, a. XII, p. 11-19, jan./mar., 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critério para a sua aplicação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil**, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: MARTINS-COSTA, Judith (rrg.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. **A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança**. São Paulo: Almedina, 2021.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. **PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 23.2, p. 182-197, 2016.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. Dissertação apresentada ao 6º ano de Ciências Histórico-Jurídicas no ano letivo de 1959-60. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Suplemento XIV, p. 143-252, 1966.

\_\_\_\_\_. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida Editora, 1970.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. *The social function of the contract and the international sale of goods (CISG): the brazilian contribution of brazilian law to a Global debate*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Org.). **CISG and Latin America: regional and global perspectives**. Haia: Eleven, 2016, p. 359-378.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e “*venire contra factum proprium*”. **Revista de direito privado**, v. 27, n. 1, p. 257-278, 2006.

PEREDA, Carlos. **Sobre la confianza.** Barcelona: Herder, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v. III, contratos. 17.ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Fábio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual:** interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Almedina, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Nota introdutória. In: JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição.** Tradução de: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** Tomo XXXVIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual.** Coimbra: Almedina, 2005.

RAMOS, Fabiana D’Andrea O efeito vinculativo das cartas de intenções. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos (org.). **Direito contratual entre liberdade de protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 142-170.

REALE, Miguel, **Filosofia do direito.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. **O projeto do código civil.** São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos.** Buenos Aires: Astrea, 1999.

RIBEIRO, Joaquim Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **Curso de redes contratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. 1947. Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2021.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 22.ed. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Responsabilidade civil: teoria geral**. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

ROTENBERG, Ken J. **A psicologia da confiança**. Tradução de: Sonia Augusto. São Paulo: Blucher, 2022.

RÖDER, Marcus Paulo; COSTA, Pedro Henrique Carvalho da. A função social do contrato após a lei da liberdade econômica. In: NALIN, Paulo; COPI, Lygia Maria; PAVAN, Vitor Ottoboni (org.), **Pós-constitucionalização do direito civil**, Londrina: Thoth Editora, 2021, p. 85-104.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Alterações da MP 881 ao Código Civil — Parte II. **Genjurídico**. 2019. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/alteracoes-medida-provisoria-881/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. Tradução Espanhola de: Manuel Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 1990.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios: da proibição de *venire contra factum proprium***. Salvador: JusPodivm, 2008.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Trajetória do direito privado na modernidade: alguns aspectos relevantes. In: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (Org.). **Estudos em direito privado: uma homenagem ao prof. Luiz Carlos Souza de Oliveira**. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2014, p. 33-59.

STEINER, Renata. Interesse positivo e interesse negativo: o que são (e o que não são). **AGIRE: Direito privado em ação**. 2022. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire44>. Acesso em: 12 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. **Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SUNAKOZAWA, Lucio Flávio Joichi. A liberdade contratual e suas perspectivas diante da ordem econômica constitucional. **Revista Argamassa**, Campo Grande, v. 1, p. 15-30, jan./abr., 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito civil brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), **Temas de direito civil**, 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 190-231.

\_\_\_\_\_. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.), **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 519-530.

\_\_\_\_\_. O papel da vontade na interpretação dos contratos. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 173-189, jan./jun. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. **Civilistica.com**, n. 2, a. 5, p. 1-23, 2016.

VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**, v. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001.

WEINGARTEN, Celia. *El valor economico de la confianza para empresas y consumidores*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 33, p. 33-50, jan./mar 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução portuguesa de: António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contacto social. Tradução de: Gabriel Bolaffi. *In*: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (Org.). **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. 7.ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1973, p. 136-154.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Tradução portuguesa de: Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2005.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 1900. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: **Centro de Estudos Judiciários**, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados do Brasil. **Diário Oficial da União**, 1916. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 25 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Sumário Executivo de Medida Provisória**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881>. Acesso em: 27 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer nº 1 — Subcomissão de contratos da CJCODCIVIL**. Da Subcomissão de contratos, integrante da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL). Brasília, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em: 10 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.309.972/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 27 abr. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200209451&dt\\_publicacao=08/06/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200209451&dt_publicacao=08/06/2017). Acesso em: 30 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.879.503/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 15 set. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902505316&dt\\_publicacao=18/09/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902505316&dt_publicacao=18/09/2020). Acesso em: 30 jan. 2024.

ITÁLIA. *Regio decreto* n.º 262. *Codice Civile*. *Gazzetta Ufficiale*. 1942. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Acesso em: 25 jan. 2024.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. Código Civil. **Diário da República**. 1966. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 25 jan. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 591028295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Porto Alegre, julgado em 06 jun. 1991. **Diário da Justiça**. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=%22culpa+in+contrahendo%22&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=%22culpa+in+contrahendo%22&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 30 jan. 2024.