ANDRESSA BOLSI

A EFICÁCIA JURÍDICA DAS TRATATIVAS PRELIMINARES À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CURITIBA
2004

ANDRESSA BOLSI

A EFICÁCIA JURÍDICA DAS TRATATIVAS PRELIMINARES À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Contratual Empresarial, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Dra. Daniela Ballão Ernlund

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRESSA BOLSI

A EFICÁCIA JURÍDICA DAS TRATATIVAS PRELIMINARES À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Contratual Empresarial, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora:

Profª Dra. Daniela Ballão Ernlund
Universidade Federal do Paraná.

Profº Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Universidade Federal do Paraná.

Profº Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná.

Curitiba, 04 de outubro de 2004.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva da vida e pelo Seu amor que me tem sustentado todos os dias da minha existência.

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, Edmar e Lorena, e amados sobrinhos, Giovanni e Manuela, pelas expressões de incentivo e pelo imensurável carinho.

Ao meu querido noivo Fabiano, pelo amor e compreensão dedicados, principalmente nos momentos difíceis.

À minha orientadora, Dra. Daniela Ballão Ernlund, por sua dedicação e pelos ensinamentos repassados no curso de pós-graduação, os quais foram fundamentais para a elaboração deste trabalho.

Como a fidelidade ou a coragem, a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça, nem a generosidade, nem o amor.
Mas que seria uma justiça de má fé? Que seriam um amor ou uma generosidade de má fé?
Já não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força de hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude de verdade.
Virtude sem boa-fé é má fé, não é virtude.

André Comte-Sponville
(Pequeno Tratado das Grandes Virtudes)

SUMÁRIO

RESUMO .....

1 INTRODUÇÃO **1**

2 AS TRATATIVAS PRELIMINARES COMPARATIVAMENTE AO DIREITO CONTRATUAL **3**

2.1 PANORAMA GERAL DAS TRATATIVAS PRELIMINARES 3

2.2 VERTENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES 4

2.3 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES X PRÉ-CONTRATO 7

2.4 FORMAS DE APRESENTAÇÃO DAS TRATATIVAS PRÉ-CONTRATUAIS 8

3 A RELEVÂNCIA DAS TRATATIVAS PRÉ-CONTRATUAIS NOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS **12**

3.1 ETAPA DE COGNIÇÃO DOS ELEMENTOS SIGNIFICANTES À FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO DEFINITIVO 12

3.2 PERQUIRIÇÃO DA VONTADE REAL DAS PARTES QUANTO AO AJUSTE CONTRATUAL 13

3.3 OS PRINCÍPIOS E DEVERES INFORMADORES DA RELAÇÃO NEGOCIAL 16

3.4 DA NECESSIDADE DA CONFIANÇA EM FACE DA ESPECULAÇÃO NOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS 17

4 A REALIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO BRASIL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE **19**

4.1 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E DAS CLÁUSULAS GERAIS NA FASE NEGOCIAL 19

4.2 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NEGOCIAÇÕES PREPARATÓRIAS DO CONTRATO 26

4.3 INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DAS TRATATIVAS PRELIMINARES NA RELAÇÃO CONTRATUAL 30

4.4 APLICAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS NO DIREITO COMPARADO 33

5 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES 36
5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL ... 36
5.2 TERCEIRA VIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL 38
5.3 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO 41
5.4 ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS 43
6 CONCLUSÃO 46
REFERÊNCIAS 48
DOCUMENTOS CONSULTADOS 50

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as tratativas preliminares (igualmente denominadas tratativas pré-contratuais, negociações preliminares) na esfera negocial, as quais integram a chamada fase pré-contratual - etapa em que as partes, com vistas à celebração de um contrato definitivo, discutem entre si bases, elementos, condições e critérios do instrumento a ser gerado. Demonstra-se que ao longo do procedimento das negociações preliminares as partes entabulantes sujeitam-se aos deveres acessórios da relação negocial, tais quais dever de informação, dever de lealdade, dever de confiança e correção e dever de sigilo, para fins de proteger os contratantes e seu patrimônio. Avalia-se os princípios da autonomia privada e da boa-fé, cuja aplicação torna-se imperiosa na etapa pré-contratual, e que, à luz do novo Código Civil Brasileiro, da doutrina e jurisprudência pátria, configuram-se critérios essenciais para garantir a eficácia jurídica das negociações preliminares e fundamentar a responsabilidade pré-contratual dela advinda pela ruptura imotivada das partes, quando já criada entre si a fiel expectativa de que o contrato projetado seria de fato constituído.

Palavras-chave: 1. Tratativas Preliminares – Fase Pré-contratual. 2. Autonomia Privada e Boa-fé. 3. Relação Negocial – Novo Código Civil Brasileiro. 4. Eficácia Jurídica. 5. Responsabilidade Pré-contratual.

1 INTRODUÇÃO

As relações contratuais são de notória importância para as sociedades modernas, eis que influenciam diretamente a circulação patrimonial de seus indivíduos. Sob este aspecto, o contrato passa a ser o instrumento jurídico que regula todas as relações de cunho sócio-econômico de uma coletividade, cujo valor nada difere quando se trata da seara comercial, visto que os contratos permitem o próprio desenvolvimento da atividade empresarial.

Contudo, por força das mudanças freqüentemente ocorridas na ordem econômica mundial, as quais também refletem mutações no cenário brasileiro, as relações obrigacionais passam ser sintonizadas à luz das exigências econômicas. Nesse sentido, pode-se afirmar que um dos fenômenos mais marcantes da sociedade hodierna seja a organização empresarial, da qual emanam crescente aumento dos interesses relativos às prestações contratuais e notória complexidade com que os negócios passam a se desenvolver.

Em tempo, torna-se necessário destacar que a relação contratual não pode mais ser concebida exclusivamente sob a ótica do dever principal a que se obrigam as partes, haja vista que o contrato constitui-se numa relação complexa, desencadeado não numa única fase, mas abarcando outros vários momentos que culminam na sua formalização, e que visam aferir e convergir da forma mais equânime possível à vontade das partes ao negócio jurídico a ser constituído, conforme será demonstrado no Capítulo 1.

Considerando que as relações negociais estão cada vez mais globalizadas na esfera empresarial, e tendo sempre em vista a necessidade de as partes que negociam um contrato buscarem em seu parceiro comercial o quesito da credibilidade, analisar-se-á os deveres que devem ser atendidos pelas partes nas etapas vivenciadas no decorrer da negociação, cujo assunto será tratado no Capítulo 2 deste trabalho.

No entanto, inobstante a crescente relevância das negociações preparatórias do contrato, a doutrina pátria ainda não rendeu merecida evidência para a fase antecedente à relação contratual, as denominadas tratativas preliminares, através das quais as partes determinam condições que formarão o contrato propriamente dito. Em decorrência disso, a cláusula-geral de boa-fé e o

princípio da autonomia privada tornam-se elementos essenciais para balizar uma negociação transparente e alinhada com a vontade real das partes, conforme será destacado no Capítulo 3.

Finalmente, será abordado o tema da responsabilização advinda entre as partes em se verificando a ruptura imotivada das negociações contratuais preliminares, quando uma das partes já formou expectativa à outra de que o negócio definitivamente concretizar-se-ia, causando assim danos àquele que esperava celebrar o contrato, o que levou os órgãos judiciais a procurarem reconhecer uma responsabilidade pré-contratual, conforme estudado no Capítulo 4.

É, pois, deste tema que se pretende tratar no presente trabalho monográfico, com o escopo de estudar acerca da eficácia das negociações preliminares no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente à luz do Código Civil vigente, adaptando-as às necessidades da economia atual.

2 AS TRATATIVAS PRELIMINARES COMPARATIVAMENTE AO DIREITO CONTRATUAL

2.1 PANORAMA GERAL DAS TRATATIVAS PRELIMINARES

A formação do vínculo contratual, com vistas ao alcance da manifestação de vontade definitiva, percorre dois caminhos distintos, porém complementares: o primeiro refere-se à fase pré-contratual – caracterizada pelas negociações preliminares –, e o segundo à fase contratual – que inclui a proposta e posterior aceitação que culminam na formalização definitiva do pacto contratual. De qualquer forma, a constituição de um contrato envolve o percurso do 'iter' negocial pelas partes, até que cheguem ao resultado final consistente na conclusão definitiva do contrato.

Comumente a extensa maioria dos contratos tem seu início pautado em conversas, colóquios, estudos, sondagens, perscrutações, investigações, reflexões, avaliações, etc., ocasiões em que as partes que pretendem estabelecer entre si uma futura relação contratual sondam as condições para que isso ocorra, caracterizando, assim, a chamada fase pré-contratual, que abarca o momento das negociações preliminares.

Observa-se que as mudanças trazidas na ordem econômica mundial conjeturaram diretamente as relações obrigacionais, que passam a reger-se também de acordo com as diretivas econômicas. Assim, tanto o processo de negociação contratual, quanto os contratos propriamente ditos, assumem novos valores e princípios que passam a integrar a relação jurídica nesse moderno contexto.

Por conta dessa nova realidade, nota-se que uma das conseqüências imediatas é justamente o prolongamento da fase de negociação do contrato, através da qual as partes definem e delineiam as condições da futura contratação, tornando-se comum a prática de acordos progressivos sobre diferentes aspectos do ajuste a ser futura e definitivamente celebrado, rendendo ao procedimento negocial maior importância na esfera jurídica.

Nessa conjuntura, é mister destacar que a natureza das relações jurídicas pertinentes às negociações pré-contratuais insere-se naquelas em que as partes têm entre si deveres qualificados, os quais se encontram intimamente ligados ao dever

geral da boa-fé objetiva, deveres estes como o de cuidado com a pessoa e os bens do outro contratante, de informação, de lealdade, tendo por base o conceito de que se as partes iniciam negociações e projetam uma relação jurídica contratual definitiva, devem cumprir deveres de colaboração que se criam na fase das tratativas preliminares.

Não obstante à relevância desta figura jurídica ocorrida na esfera contratual, verifica-se que os doutrinadores pátrios não destinam muitos esforços para desenvolver a questão das negociações preparatórias do contrato e sua eficácia na esfera jurídica, limitando-se usualmente a apenas delinear o assunto de maneira superficial, sem adentrar em lições mais aprofundadas acerca da referida matéria, conforme se demonstrará nos parágrafos seguintes.

Seguindo idêntico raciocínio, precisas são as lições de FICHTNER PEREIRA (2001, p. 277) ao tratar da importância de o sistema jurídico pátrio adequar-se a essa nova realidade jurídica:

> Não se deve ter receio de identificar, na fase das negociações contratuais, uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social. Mais vale se construir, de início doutrinaria e jurisprudencialmente, um sistema para se atender convenientemente às necessidades cada vez maiores de apresentação de soluções jurídicas adequadas para os conflitos surgidos durante as negociações contratuais, com todas as imperfeições e inseguranças que essa atitude possa causar, do que se deixar de desenvolver a sua regulação específica, sob o pretexto de que tudo o que é novo tem que se amoldar aos modelos preconcebidos, deixando-se de abrir uma nova porta por onde o sistema jurídico possa evoluir e oferecer à sociedade respostas mais adequadas para as suas demandas.

2.2 VERTENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Nessas negociações preliminares, também conhecidas como "negociações preparatórias do contrato", "tratativas preliminares", "negociações pré-contratuais", ou outras terminologias similares, para a maioria dos juristas ainda não há vinculação de pessoas, uma vez que inexiste acordo de vontades imprescindível à formação do vínculo contratual.

Nesse diapasão manifesta-se PEREIRA (1995, p. 18): "As negociações preliminares (*tratctatus, trattative, pourparlers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato

futuro. Mesmo quando surge um *projeto* ou *minuta*, ainda assim não há vinculação de pessoas." (grifos do autor)

Em similar posicionamento doutrinário, complementa DINIZ (1999, p. 69): "Nesses entendimentos preliminares têm-se propostas precedentes ao contrato, com as quais os participantes, sem a intenção de se obrigar, demonstram, reciprocamente, a de contratar."

Importa destacar, ainda, os ensinamentos lecionados por WALD (2000, p. 203): "Antes de aceitar, uma das partes pode pretender apenas obter informações, para saber se interessa ou não o contrato. Assim, indagações, apontamentos, minutas, visitas, contas, troca de cartas para esclarecimentos, não vinculam as partes. O contrato poderá ou não realizar-se."

Com o intuito de acrescer o rol de conceitos pertinentes às negociações preliminares, necessário faz-se elucidar a ponderação trazida por VENOSA (2003) quanto ao tópico em estudo, nos termos a seguir transcritos:

> Nem sempre o mero interesse em contratar materializa-se em um contrato. Os contratos, mormente aqueles em que as partes têm plena autonomia de vontade em suas tratativas, são frutos, na maioria das vezes, de ingentes esforços, de longas conversas, de minutas, viagens, estudos preliminares, desgaste psicológico das partes, contratação de terceiros especialistas que opinam sobre a matéria.
> Em razão disso, pode às partes não parecer oportuno, possível ou conveniente contratar de forma definitiva, plena e acabada, mas será mais inconveniente nada contratar, sob pena de se perder essa custosa fase preparatória. Talvez necessitem as partes de completar maiores estudos, aguardar melhor situação econômica ou remover algum obstáculo que impeça, naquele momento, a contratação. (...)
> Na esfera dos negócios mais complexos, é comum que as partes teçam considerações prévias, ou firmem até mesmo um protocolo de intenções, mas nessas tratativas preliminares ainda não existem os elementos essenciais de um contrato.

Contudo, embora grande parte dos autores civilistas posicionarem-se no sentido de que as negociações pré-contratuais não ensejam força vinculante à celebração do contrato, alguns admitem que mesmo não absorvendo a condição de obrigatoriedade, tais negociações podem ensejar algum tipo de responsabilidade na esfera civil, tema este que será mais detalhadamente estudado no Capítulo 4 a seguir.

Por ora, mister faz-se trazer à luz as breves considerações de PEREIRA (1995, p. 19) acerca do tema sob estudo: "Não obstante faltar-lhe obrigatoriedade pode surgir *responsabilidade civil* 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" (grifos do autor).

Relativamente ao tópico em tela, MARTINS COSTA[1] citada por FICHTNER PEREIRA (2001, p. 266) manifesta-se na acepção de que: "As negociações contratuais geram situação especial para as partes, colocando-as em *contato contratual*, o que gera deveres especiais, resultantes da boa-fé objetiva, cujo descumprimento é a fonte da responsabilidade pré-contratual."

Nesse sentido, é assente destacar que os deveres especiais impostos pelo princípio da boa-fé na fase negocial visam justamente que as partes negociantes venham a atender aos interesses sócio-econômicos existentes quando da abertura das negociações trazidas ao mundo dos fatos jurídicos, dentre os quais o DEVER DE INFORMAÇÃO (em que as partes revelam entre si subsídios necessários ao conhecimento, transparência e confiabilidade das negociações); DEVER DE COLABORAÇÃO ou LEALDADE (compreendido como um agir com lealdade, de forma a não obstruir através de exigências excessivas e/ou desnecessárias, ou dificultar imotivadamente o percorrer do negócio iniciado); DEVER DE CUIDADO ou PROTEÇÃO (tratando-se este do dever de zelar pela integridade física, moral e patrimonial da parte que divulga informações acerca de sua situação comercial ao longo do procedimento negocial) e DEVER DE CORREÇÃO ou CONFIANÇA (os sujeitos que se vinculam à uma negociação devem guardar a confiança depositada entre si), brevemente citados por USTÁRROZ (2003, p. 80-83):

> O princípio da correção ordena que antes, durante e, dependendo das hipóteses, até mesmo após a extinção do vínculo, os sujeitos guardem a confiança neles depositada. (...)
> Através do dever de proteção, espera-se que a parte garanta a higidez física e patrimonial de seu par, oferecendo a este condições para bem desempenhar sua prestação.(...)
> De outra banda, o dever de informação, ou de esclarecimento, obriga a parte a dar ciência à outra de qualquer acontecimento ou informação que diga respeito ao negócio jurídico celebrado. Isto é, parte-se do pressuposto de que a notícia sobre o objeto do acordo deva interessar a ambas, por isso o princípio da probidade contratual faz nascer o dever de informação. (...)

---

[1] MARTINS COSTA, J. H. **Sistema e cláusula geral - A boa-fé objetiva no processo obrigacional.** Tese de Doutorado em Direito Civil apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2 vols., 1996.

> Por fim, outro dever que com freqüência decorre do princípio da correção é o agir de forma leal, isto é, não assumir comportamentos contraditórios e titubeantes durante a relação estabelecida. (grifos nossos)

2.3 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES X PRÉ-CONTRATO

Para a grande parte dos juristas pesquisados, verifica-se pelos conceitos apresentados que a figura jurídica das tratativas preliminares não se confunde com o pré-contrato, eis que enquanto nesse último instituto vige a força vinculante, no primeiro não há que se falar na existência da mesma, posto que esses entendimentos prévios teriam por objetivo permitir às partes averiguar se é possível realizar o negócio, sem a pretensão imediata de vincular-se em definitivo.

Outro aspecto diferenciador traçado pelos doutrinadores pátrios é de que nas negociações pré-contratuais ainda não se verificam todos os elementos essenciais à formação do contrato, quais sejam, objeto, preço e consentimento (*res, pretium et consensus)*, mesmo porque as partes ainda não sabem se o contrato definitivo vai de fato se concretizar. Todavia, o pré-contrato estampa uma fase da contratação em que as partes querem o contrato, mas não querem que todos os seus efeitos operem de imediato, devendo para tanto conter todos os requisitos do contrato definitivo, conforme preceitua o artigo 462 do Código Civil em vigência.

Ainda, no tocante às diferenças entre as duas figuras jurídicas supra aludidas, MARTINS COSTA[2], ao fazer referência à responsabilidade civil que delas decorrem, revela que:

> Antes de mais nada, é preciso deixar claro: o campo operativo da responsabilidade pré-negocial – ou pré-contratual – não é o mesmo dos chamados pré-contratos, e isto por uma razão muito simples: o inadimplemento do pré-contrato resulta em responsabilidade contratual, porque aquele constitui contrato que contém a obrigação de fazer (contrair o contrato definitivo), sendo esta a obrigação descumprida.

Entretanto, importa ressaltar, mesmo que brevemente, que tal diferenciação passa não ser mais aplicável em se tratando de fase pré-negocial pertinente ao Direito do Consumidor, eis que a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), as tratativas preliminares entre o fornecedor e

---

[2] MARTINS COSTA, op. cit. p. 612-613

consumidor foram abarcadas pelo conceito de oferta, como bem estabelece MARQUES (1999, p. 319):

> Na visão tradicional, o empresário ou seu preposto prestaria várias informações para o consumidor sobre o produto a ser adquirido, sobre as formas de pagamentos, os eventuais acréscimos, juros, frete, etc., mas estariam as partes agindo na fase pré-contratual, preliminar de negociações e, portanto, não vinculativa. Agora, o CDC amplia a noção de oferta no art. 30, inclui todas as informações suficientemente precisas, mas, principalmente, regula a fase pré-negocial no art. 48 do Código.

Em decorrência do novo entendimento na esfera consumerista, pode-se afirmar que a fase pré-contratual das negociações preliminares do antigo Código Civil assumiu nova feição no Código de Defesa do Consumidor, tendo adquirido força vinculante e reforçando nova percepção acerca do conteúdo contratual, de modo que integra o contrato o que antes era objeto de mera negociação entre as partes, cujo inadimplemento enseja inclusive responsabilidade civil contratual.

2.4 FORMAS DE APRESENTAÇÃO DAS TRATATIVAS PRÉ-CONTRATUAIS

Os contratos formam-se a partir do encontro de duas declarações convergentes de vontade a um fim comum, através da **proposta** formulada por uma parte (constituída pela declaração de vontade capaz de originar o vínculo contratual) e sua conseqüente **aceitação** pela outra (manifestação da vontade da parte do destinatário quanto a uma proposta, tempestivamente realizada, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído).

No tocante ao assunto ora proposto compete ressaltar as lições citadas NERY JUNIOR (2002, p. 346-347):

> **A fase necessária do procedimento geral de formação dos contratos, por sua vez, abrange: a) proposta, que por vezes pode ser revogada pelo proponente e que pode ser refutada pelo contratante – aí compreendida a refutação como resposta negativa à intenção de contratar – ou mesmo ser objeto de contraproposta – que tem em si o intuito de concluir o negócio, adequando o objeto contratual ao interesse insito da bilateralidade; e b) aceitação (da proposta ou da contraproposta) – que, quando mantida, caracteriza a conclusão do procedimento de formação do contrato.** [grifo nosso] (Alberto Ravazzoni, *La formazione del contratto,* 2 vs., v. 1 – *Le fase del procedimento,* Giuffrè, Milano, 1973, *passim*)

E, ainda, leciona o referido autor:

> Proposta consiste na declaração de vontade emitida com a finalidade de realização de um contrato futuro. A intenção do proponente é comunicar ao destinatário sua intenção de contratar. (...) Costumeiramente os vocábulos proposta e oferta são utilizados indiscriminadamente. Os civilistas empregam os termos em diferentes matizes, referindo-se a *proposta* quando se trata daquela realizada a pessoa determinada (com oblato específico) e *oferta* nos casos em que não há especificação de quem venha ser o oblato, ou seja, quando dirigida ao público em geral, indeterminadamente. (...)
> "A aceitação é uma declaração de vontade unilateral de vontade, receptícia, destinada ao proponente e dirigida à celebração do contrato" (Mosset, *Contratos*, p. 105); "é a manifestação da vontade do destinatário da proposta aderindo a esta em todos os seus termos" (Breno Fischer, *Dos Contratos por correspondência*, José Konfino Ed., RJ, 1937, n. 120, p. 138)

Outrossim, conforme já explicitado nas considerações anteriores, antes da celebração definitiva do contrato propriamente dito, realizam as partes uma série de atos preparatórios, em que trocam informações acerca do objeto a ser ajustado e negociam as bases da futura contratação. Nas palavras de NERY JUNIOR (2002, p. 345): "Para que ocorra a efetiva celebração do contrato, haverá sempre um procedimento anterior necessário, composto de fases sem as quais não se aperfeiçoa o vínculo obrigacional."

É justamente na fase formativa do contrato que as tratativas preliminares tomam espaço no cenário jurídico, podendo ser apresentadas pelas partes por intermédio de alguns documentos que, embora ainda não previstos pela legislação brasileira, são admitidos em vista do princípio da autonomia da vontade.

De tal modo, considerando a lacuna de estudos específicos na seara jurídica nacional quanto a tais documentos e, em razão da globalização mundial, tem-se verificado similaridade no procedimento adotado pelas partes na fase negocial com os conceitos contratuais vigentes no campo internacional, inclusive mediante a aplicação análoga das chamadas normas "black-letter", oriundas dos *Principles of International Commercial Contracts*, instituídas pelo UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado[3], cujas normas são tidas como

---

[3] O UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) é uma organização inter-governamental independente, criada em 1926, com sede em Roma, cujo objetivo consiste em estudar os meios de harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados e de preparar a adoção por estes de uma legislação de direito privado uniforme. O Instituto tem, entre os seus membros, Estados que pertencem aos cinco continentes e que representam diversos sistemas jurídicos, econômicos e políticos, dentre os quais o Brasil (membro desde 18 de junho de 1940). Em 1994, o aludido Instituto dedicou-se à elaboração dos *Principles of International Commercial Contracts*, os quais foram adaptados e complementados em abril de 2004, com vistas a elaborar regramento comum a grande maioria dos sistemas jurídicos atualmente em vigor e selecionar as soluções que melhor se adaptassem às particularidades das transações internacionais.

vigentes por expressarem costume internacional. Assim sendo, a seguir constam algumas dessas principais figuras de manifestação que são hodiernamente utilizadas nas relações pré-contratuais, a saber:

a) Carta de Intenção

Trata-se de ato de menor hierarquia que os demais, eis que não encerra um acordo de vontades, mas apenas um início de compromisso, com o intuito de sinalizar à outra parte o interesse de instaurar a fase negocial.

b) Protocolo

É um termo que tem sido usado nas mais diversas acepções, tanto para negociações bilaterais quanto para multilaterais. Aparece designando acordos menos formais, nos quais são aventados entre as partes critérios interpretativos de ajustes anteriores.

c) Memorando de Entendimento

Designação comum para atos redigidos de forma simplificada, destinados a registrar princípios gerais que orientarão as relações entre as partes.

d) Minuta

Refere-se a documentos em que já constam algumas informações relevantes à formação do vínculo contratual, porém acerca das quais as partes ainda não chegaram a um mútuo consenso, pretendendo-o fazer com vistas à definição dos elementos contratuais. Ou, ainda, nas lições de NERY JUNIOR (2002, p. 346) minuta consiste na "documentação escrita das tratativas, já avançadas nessa etapa [procedimento preparatório], e que auxilia materialmente o seu prosseguimento."

e) Carta de Segredo/Confidencialidade:

Trata-se de medida preventiva intimamente atrelada ao dever de confidencialidade, que se propõe a resguardar entre as partes o sigilo das informações trocadas ao longo da fase negocial, evitando danos aos contratantes e ao seu patrimônio. Cabe explanar o que expressamente dispõe o artigo 2.16 do aludido documento:

> Art. 2.16 - **Se, no curso das negociações, uma informação é transmitida como confidencial por uma das partes, a outra parte tem o dever de não divulgar tal informação ou de não utilizá-la incorretamente em seu próprio proveito, seja ou não o contrato subseqüentemente concluído** [grifo nosso]. Quando apropriado ao caso, o descumprimento deste dever pode ensejar uma indenização baseada no benefício obtido pela outra parte. (grifos nossos)

Tem-se, destarte, nas palavras de FICHTNER PEREIRA (2001, p. 283) que "a fase de negociações contratuais envolve, pela sua própria natureza, uma incerteza quanto ao resultado das atividades praticadas pelas partes. Quem inicia negociações para o estabelecimento de um contrato não o faz com a certeza de que sua atividade trará resultados". Daí a importância da correta utilização de tais documentos, com o escopo de demonstrar ao possível contratante elementos que confirmem o interesse do negócio em gestação.

3 A RELEVÂNCIA DAS TRATATIVAS PRÉ-CONTRATUAIS NOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

3.1 ETAPA DE COGNIÇÃO DOS ELEMENTOS SIGNIFICANTES À FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO DEFINITIVO

Conforme já analisado nos parágrafos antecedentes, a manifestação da vontade que propicia o surgimento de um negócio jurídico não se desenvolve num único momento, mas sim passa por um processo de formação até culminar na celebração de um contrato definitivo. No entanto, para que as partes possam deliberar acerca da efetivação ou não do negócio jurídico tratado na fase pré-contratual as mesmas têm, fundamentalmente, de obter diretamente entre si, ou por meios investigatórios próprios, informações sobre as circunstâncias que delineiam o negócio ambicionado.

Nesse deslinde, FICHTNER PEREIRA (2001, p. 45) afirma que "essas informações são fundamentais no processo de formação da vontade, pois será com base nelas que o agente formará a representação interna da realidade do negócio em gestação, que será, por sua vez, a base de decisão de concretizar ou não o negócio jurídico"

Destarte, denota-se que é justamente na fase das negociações contratuais que as partes irão ponderar eventuais vantagens e desvantagens advindas com a futura contratação, assim como suas condições de arcar com a obrigação que irão assumir caso a negociação venha de fato se concretizar, sempre examinando se o negócio pretendido será ou não vantajoso.

É, portanto, mediante a troca de dados e documentos que os negociadores irão posicionar-se sobre a realização ou não do negócio projetado, de modo que tudo o que ocorre nessa fase refletirá no contrato definitivo, visto que caso as partes decidam pela sua celebração, as informações mutuamente trocadas integrarão a relação jurídica de natureza contratual.

Outrossim, infere-se que após a fase de deliberação relativa ao ajuste do negócio jurídico, passam as partes para o momento das declarações da vontade, visando as convergir a um propósito comum quanto a um mesmo objeto, para fins de

se aperfeiçoar a negociação havida entre elas, o que vem a ocorrer através da proposta e aceitação, conforme brevemente estudado no item 2.4 deste trabalho.

3.2 PERQUIRIÇÃO DA VONTADE REAL DAS PARTES QUANTO AO AJUSTE CONTRATUAL

Como antes já fora visto, o contrato forma-se pela declaração da vontade capaz de produzir os efeitos jurídicos que as partes pretendem e que se encontram tutelados pela ordem jurídica. Contudo, em que pese ser a vontade elemento essencial na relação negocial, indaga-se, o que se deve fazer quando a vontade declarada não corresponde à vontade real, uma vez que o contrato procura evidenciar o efetivo encontro de vontade das partes.

Foi por esse ângulo que surgiram teorias para explicar as formas de comprovação e manifestação da vontade. Algumas procuram proteger a vontade do proponente, outras a vontade do oblato e outras, ainda, procuram proteger a sociedade em face do contrato, conforme evidenciado por SETTE (2003, p. 73-75).

a) Teoria da Vontade Real

Esta primeira teoria, cujo criador e maior defensor foi Savigny, sustenta que deve sempre prevalecer a vontade declarada do oblato, na hipótese de ocorrer um conflito entre a declaração e a vontade. Ou seja, sob essa ótica, o negócio jurídico é essencialmente a "vontade", de modo que em havendo um erro viciando a declaração ou a inexistência da vontade, o negócio jurídico não ganha eficácia no mundo do Direito.

Contudo, depreende-se que esta teoria protege o autor da declaração, mas deixa desprotegido o receptor da respectiva declaração e os terceiros que nela acreditaram, conforme ensina RODRIGUES (1989, p. 32): "**É verdade que a teoria protege o autor da declaração, impedindo que esta, feito ao arrepio de sua vontade, prevaleça, conduzindo-o a conseqüências não queridas. Mas, por outro lado, deixa ao desamparo aquele a quem a declaração se dirige e todos os demais que confiaram na verdade daquela manifestação volitiva.**" [grifo nosso]

b) Teoria da Declaração

Outrossim, tem-se, ainda, a corrente doutrinária defensora da Teoria da Declaração, que enfatiza a declaração em relação à vontade real, com vistas à proporcionar segurança às partes. Assim, considerando que a vontade interna do declarante é inacessível, a declaração passa a ser a própria manifestação da vontade. Porém, atenta-se que esta declaração deve ser interpretada para se apurar a sua real intenção, conforme aponta RODRIGUES (1989, p. 33):

> A teoria da declaração, tão extremada numa direção, como a primeira o era na outra, representa proteção adequada à pessoa a quem se dirige a declaração, garantindo-lhe a eficácia, uma vez emitida a manifestação de vontade. Mas seu exagero expõe o autor da declaração, ainda quando de boa fé, ao risco de ver valer sua manifestação expressa, em vez de prevalecer sua vontade. Mais: vem favorecer o destinatário da declaração, mesmo que esteja de má fé e saiba, por exemplo, que o policitante estava incidindo em erro, ao formular a proposta. Ademais, tal concepção se afasta do próprio conceito de ato jurídico, pois não se atém ao requisito da vontade quando este, por definição, é elementar naquele conceito.

c) Teoria da Responsabilidade

No intuito de resolver a celeuma surgiram outras teorias, tal qual a Teoria da Responsabilidade, a qual sugere que em sendo a manifestação da vontade permeada por vícios em sua declaração, o declarante que errou em virtude de sua culpa ou dolo é responsável perante aqueles que confiaram em sua primária declaração. Não fosse assim, nenhum negócio jurídico seria confiável, em razão de que a qualquer momento o declarante poderia alegar que houve erro e desfazer o negócio, sem que precisasse tomar qualquer cuidado em suas declarações iniciais.

Assim, aludida teoria proclama que a vontade só merece proteção quando se destina a alcançar fins compatíveis com os interesses sociais, e não como homenagem incondicional e servil ao ato volitivo, nos termos apregoados por RODRIGUES (1989, p. 35):

> A vontade só merece proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, pois o fundamento dessa proteção é o interesse do comércio jurídico, da comunidade, e não uma homenagem incondicional e servil ao ato volitivo.
> Ora, o declarante que, por dolo, conscientemente anui, quando não queria anuir, não pode pretender a tutela do ordenamento jurídico, para que este lhe prestigie a intenção efetiva e desampare a expressada. A sociedade fará ouvidos moucos ao seu pedido de anulabilidade do negócio, daí resultando sua subsistência jurídica, independente do intento

real que, por defeituoso, não é considerado. Como a culpa lata ao dolo se equipara, a mesma conseqüência se aplica a quem incorreu naquela espécie de falta.

d) Teoria da Confiança

Finalmente, há que se mencionar acerca da Teoria da Confiança, a qual defende que uma vez demonstrada a boa-fé do destinatário, prevalece a declaração conforme a confiança nele despertada, haja vista já ter provocado reação no meio a que se dirige, criando uma expectativa de negócios.

Destaca-se que referida teoria defende que em havendo desacordo entre a vontade e a declaração, não se pode considerar apenas a aparência de vontade, eis que não atenderia à finalidade essencial no negócio jurídico, qual seja a convergência da manifestação de vontade das partes.

Deste modo, a parte atém-se aos termos da declaração enquanto tenha motivos para crer que corresponde à vontade do autor, porém, se souber que a declaração não se refere ao mesmo, o negócio deve ser considerado nulo por lhe faltar uma expectativa digna de tutela.

Cabíveis tornam-se novamente as lições de RODRIGUES (1989, p. 38):

> *A teoria da confiança representa uma fuga da posição individualista original* [grifo do autor]. Tal entendimento demonstra deliberado abandono daquela posição individualista original, de ilimitado respeito ao dogma da vontade, para acolher uma concepção que mais atenda ao interesse geral. Isso a despeito de fugir à lógica do sistema, cujo pressuposto básico é o de que o elemento medular do ato jurídico se encontra na vontade.

Acerca do assunto em tela, é mister destacar os ensinamentos colacionados pelo emérito civilista FACHIN (1999), *in verbis:*

> O transcurso do "iter" negocial revela que a vontade de concluir um contrato por ser exteriorizada por diversos modos. Seguramente, o modo usual é pela linguagem *stricto sensu*, no entanto, "a palavra é apenas um dos possíveis 'sinais'com que os homens comunicam entre si, não podendo excluir-se que a vontade de concluir um contrato seja adequadamente manifestada com sinais do tipo diferente" (ROPPO, 1998, p.93).
> Nesse caminho, emerge o fenômeno da manifestação da vontade, sobre o qual têm cabimento alguns esclarecimentos necessários. Sabe-se que quem se manifesta, expressa a sua vontade, ainda que nada escreva. É também de ROPPO a lição: "quer se materialize na palavra ou noutro sinal, em todos estes casos a declaração de vontade é, de qualquer forma, expressa, uma vez que o sinal é intencionalmente utilizado, é imediatamente dirigido, a comunicar à outra parte determinado sentido volitivo" *(ibidem)*. Não se pode, todavia, elidir um relevante espaço à vontade negocial que emerge tacitamente.

Ante ao exposto, denota-se que em razão da vigência da cláusula geral da boa-fé objetiva na esfera negocial, que será estudada através deste trabalho, a teoria da confiança passa a ter extensa aplicabilidade e eficácia nas tratativas preliminares, a qual passa ser instrumento protetivo aos interesses das partes no negócio projetado, assim como estabelece critérios a que ambas estão sujeitas.

Assim, vê-se que aludida concepção doutrinária revela-se, em princípio, a mais próxima da imparcialidade no que concerne à proteção dos interesses das partes na negociação, tendo por escopo basilar a retratação fiel da **vontade real** dos agentes, de modo a constituir uma relação jurídica equânime e diligente quanto aos efeitos conjuntamente almejados, tanto no que se refere à celebração do contrato definitivo, quanto de seu posterior cumprimento.

3.3 OS PRINCÍPIOS E DEVERES INFORMADORES DA RELAÇÃO NEGOCIAL

Embora o assunto pertinente aos princípios informadores da relação negocial seja objeto de estudo do capítulo seguinte, torna-se necessário ressaltar, mesmo que por ora brevemente, que esta se encontra intimamente ligada, fundamentalmente, aos princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) e da boa fé objetiva.

No tocante à autonomia da vontade, tem-se que as partes são livres para contratar in dependentemente da permissão, ou não, de outrem. Ou nos ensinos trazidos por USTARRÓZ (2003, p. 39): "Salvo exceções, podem as pessoas disciplinar a relação negocial que desejam assumir, sendo que dessas estipulações alcançadas pelos consensualismo, brotará a cada participante o dever de vinculação, derivado do princípio da estabilidade dos contratos."

De igual modo, no que concerne à boa-fé objetiva, vale destacar que se trata de uma característica das relações obrigacionais, através da qual se espera dos agentes condutas de cooperação, norteadas por valores da lealdade, da probidade e da honestidade das partes ao longo da relação jurídica, contratual ou pré-contratual, formada entre elas.

Por conta desses princípios, a fase negocial revela às partes alguns deveres jurídicos citados por FICHTNER PEREIRA (2001, p. 91-97), dentre os quais se destacam:

a) Dever de Informação

Trata-se do compromisso assumido entre as partes quanto ao fornecimento de dados que envolvam o contrato planejado, os quais tornam-se necessários ao conhecimento da situação real dos contratantes. Pode ser feito através da mútua troca de informações, ou por meio investigatório próprio quanto à parte contrária.

b) Dever de Lealdade ou Correção

O dever de lealdade ou correção implica que as partes só venham a dar início à negociação caso tenham legítimo interesse na objeto do contrato, bem como possuam as condições legais e econômicas para que o mesmo de fato se estabeleça.

c) Dever de Proteção e Cuidado

Em razão da fluência das negociações pré-contratuais as partes mantêm entre si um contato mais intenso, através do qual podem vir a ter acesso a informações particulares. Assim, reza o princípio da boa-fé que aos agentes tomem todos os cuidados e precauções para evitar danos à parte contrária, seja à sua pessoa, seja ao seu patrimônio.

d) Dever de Segredo e Sigilo

Ainda em razão do desenrolar da relação negocial podem as partes trocar informações para que venham deliberar pela celebração ou não do contrato definitivo, cujos dados devem estar protegidos pelo dever de sigilo mutuamente assumido pelos potenciais contratantes.

3.4 DA NECESSIDADE DA CONFIANÇA EM FACE DA ESPECULAÇÃO NOS NEGÓCIOS EMPRESARIAS

Considerando que as relações negociais estão cada vez mais globalizadas na esfera empresarial, e tendo sempre em vista a necessidade de as partes que negociam um contrato procurarem aferir em seu parceiro comercial o quesito da credibilidade nos compromissos assumidos, a existência da confiança entre elas passa a ser elemento indispensável para todas as etapas vivenciadas no decorrer

da negociação, haja vista, na maioria das vezes, depositarem nela a certeza quanto à efetiva concretização do negócio entabulado.

No que se refere à necessidade de figurar nas tratativas preliminares o elemento "confiança", PONTES DE MIRANDA (1972, p. 321) arrazoa que:

> O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. **O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conhecerá o que se vai receber ou o que vai dar. Quem dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato**. [grifo nosso]

Ainda, oportunos são os ensinamentos traçados por FACHIN (1999):

> A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não sendo exigível, necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos e mesmo omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar. Fatos e presunções podem ser aptos a sustentar a presença da tutela da confiança negocial ou mesmo da confiança na conclusão de um contrato dedutível por comportamento. Isso está atestado, inequivocamente, na passagem da inaugural para a fase do vínculo obrigacional.

Assim, não há como conceber uma negociação sólida sem que o elemento "confiança" esteja presente entre as partes, inclusive como forma de atenuar a possibilidade de as tratativas pré-contratuais possuírem o escopo de mera especulação comercial ou de concorrência desleal, e não de intenção de ajuste contratual propriamente dito.

4 A REALIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO BRASIL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

4.1 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E DAS CLÁUSULAS GERAIS NA FASE NEGOCIAL

Doutrinariamente são princípios contratuais, dentre outros, a **autonomia da vontade** (traduzido na liberdade contratual) - posteriormente designada de **autonomia privada** - e a **boa-fé objetiva** (tratando-se da defesa ético-jurídica, para que os negócios jurídicos se realizem dentro de valores como a correção, a lealdade, a confiança entre as partes da relação jurídica obrigacional) - erigida à modalidade de cláusula geral pelo Código Civil de 2002 -, relativamente aos quais faz-se necessário tecer algumas considerações a seguir explanadas.

A) Do Princípio da Autonomia da Vontade e da Autonomia Privada

O contrato, admitido como sendo fonte da obrigação, tem em seu cerne como elemento indispensável à própria existência, a vontade humana, que sendo livre e soberana, concede a cada agente capaz a liberdade de contratar.

A idéia de autonomia da vontade, assim, encontra-se inevitavelmente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, delineada por intermédio da "liberdade contratual". Significa dizer que, sob a égide desse princípio, tem o indivíduo liberdade de contratar ou de se abster de contratar, assim como liberdade de escolher o seu parceiro contratual, bem como de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, inclusive quanto à forma de exprimir sua vontade.

Nesse sentido, DE PAGE[4] citado por SETTE (2003, p. 102), resume que:

> Por **autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regularem a elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes** [grifo nosso], de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, **de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido**

[4] DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge.** 2. ed.. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950, v. 2, p. 472.

> **escolherem com toda liberdade** [grifo nosso], inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados."

Noutras palavras, a autonomia da vontade vem a se constituir no poder de auto-regulamentação dos interesses próprios, sedimentado na fixação de regras de seus interesses particulares em suas recíprocas relações.

Em termos de evolução histórica, os vínculos jurídicos entre os particulares, centravam-se eminentemente na autonomia da vontade, de modo que as partes vinculavam-se aos termos do que ajustavam.

Seguindo essa ótica, a doutrina da autonomia da vontade insere em seu conjunto o princípio da liberdade contratual, manifestada no alvedrio conferido às pessoas de firmar suas avenças livremente, inclusive discutir todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei, assim como escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os efeitos, etc., com vistas à apuração da vontade dos contratantes no negócio pretendido. Sob esse mesmo aspecto, comenta SETTE[5]:

> O princípio da autonomia da vontade é aquele cunhado pela filosofia kantiana, que não pode sofrer qualquer limitação ou restrição. As partes não apenas criavam livremente o contrato, mas também determinavam o seu conteúdo, da forma que melhor lhes aprouvesse. Os efeitos jurídicos seriam, portanto, aqueles pretendidos pelas partes ou previstos no contrato.

Ademais, impende destacar que como conseqüente princípio da liberdade de contratar foi introduzido no contexto jurídico o postulado do *pacta sunt servanda*, traduzido na regra de uma vez regularmente celebrado o contrato, impõe-se aos contratantes o seu fiel cumprimento, ou seja, fazendo lei entre as partes, concepção esta que foi mitigada pela intervenção do Estado nas relações contratuais.

Portanto, esse entendimento voluntarista inicialmente apregoado aos contratos foi objeto de uma evolução histórica ensejando mudanças dos valores sociais imputados à relação contratual, notadamente no início do século passado, de modo que atualmente se consagra a concepção do contrato como fenômeno econômico-social, assim mencionado por SETTE (2003, p. 103): "Esta concepção

---

[5] op. cit. p. 102

voluntarista do contrato já está superada, hoje se consagra a concepção do contrato como fenômeno econômico-social e dela resulta o conceito da autonomia privada, que é fruto da mudança de valores sociais que se verificou no início do século XX."

Como causa dessa variação, o princípio da autonomia da vontade passa a ser agora traduzido pelo **princípio da autonomia privada**, o qual continua a expressar a liberdade facultada a pessoa no âmbito jurídico, porém agora delineada por princípios da justiça social, da dignidade da pessoa humana, da igualdade formal e do bem comum, basilares de um sistema democrático, cujo conceito é manifestado por SETTE (2003, p. 104,111) nas seguintes palavras:

> Em suma, (autonomia privada) é a faculdade de as pessoas estabelecerem as normas que têm de reger suas relações privadas, nos limites e com as finalidades determinadas pela função social do contrato. É direito subjetivo das pessoas e, como não existem direitos absolutos (pelo menos na acepção de um Estado de Direito democrático), sofre restrições de ordem pública e de bons costumes (função social do Direito). (...)
> Os institutos jurídicos, como a autonomia privada, foram funcionalizados, passando de direito particular para o social. Abandonou-se a função repressiva atribuída ao Direito, em favor de novas funções que consagravam valores como a justiça social, o bem comum e a igualdade material. Surge o conceito de função social dos institutos jurídicos (propriedade, contrato, etc.), com uma preocupação com a real eficácia destes.

B) Da Cláusula Geral da Boa-fé

Os juristas modernos, ao dissertarem sobre a existência, a importância e a eficácia de princípios fundamentais no direito das obrigações, sempre fazem menção ao princípio da boa-fé. Acredita-se que a noção de boa-fé na esfera jurídica provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas, mais especificamente na Tábua IX, a norma segundo a qual "*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*"[6]. Contudo, alguns historiadores indicam que seu início remonta a períodos bem anteriores, confundindo-se com a própria fundação de Roma.

Seja qual for sua origem, impende salientar que a boa-fé era evidenciada através da idéia de *fides* que significava *ser de palavra* ou *ter palavra,* evidenciando uma exigência de respeito e premissa do princípio da confiança, desenvolvendo-se no confronto entre o formalismo e o valor que se outorgava à palavra dada nos

---

[6] Tradução pelo romanista italiano Pietro Bonfante (*in* Storia dei Diritto Romano, Vol. I): "O patrono, se tiver faltado ao seu dever de defesa para com o cliente, seja sacrificado aos deuses infernais." A versão em português encontra-se disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/romanos05.html> Acesso em: 27 julho 2004.

conhecidos contratos de boa-fé. No ensinamento trazido por MENEZES CORDEIRO (1984, p. 105): "A *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade dos costumes do tráfico."

Da concepção histórica da boa-fé, que exprime confiança entre as partes integrantes de uma relação jurídica (*fides*), nasce então o conceito objetivo da *fides bona,* que, conforme visto anteriormente, implica no entendimento de lealdade e correção que deveria imperar no mundo das relações comerciais, de ampla utilização na esfera contratual.

Destarte, pode-se concluir que a fidelidade romana à palavra dada, acolhida pela maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, conserva o significado da *fides bona* romana, impondo às partes, sob a expressão de boa-fé objetiva, uma conduta honesta e leal, em repúdio ao engano e à fraude.

Hodiernamente, o princípio da boa-fé, como cláusula geral, tem sua aplicação, em maior ou menor grau, em todas as relações jurídicas ocorridas na sociedade. Dele decorrem duas esferas distintas: a **boa-fé subjetiva** (entendida como elemento psicológico do agente, consubstanciado na consciência de que ao agir não está prejudicando terceiros) e **boa-fé objetiva** (refere-se à conduta do agente dentro de critérios de cooperação, abrangidos os valores de lealdade, probidade e honestidade), sendo esta última objeto de estudo no presente trabalho, eis que é norteadora das relações na esfera contratual.

Para melhor compreensão do princípio da boa-fé objetiva em se tratando do campo dos contratos, importa resgatar as lições trazidas por FICHTNER PEREIRA (2001, p. 78) em que:

> A boa fé contratual fixa um critério para cada parte, inspirado e informado pelo interesse da outra, de modo que cada contratante deve tudo fazer, no limite de suas possibilidades, para atender às expectativas da parte contrária, que seja consentânea com o objeto e a finalidade do contrato.
> Em decorrência dessa expectativa, as partes se devem reciprocamente uma atitude de lealdade e clareza, compreendida no espírito de colaboração que integra o conteúdo de qualquer contrato, de forma que ambas possam alcançar o interesse prático que visavam ao contratar.

Na atual conjuntura, tem-se que a conduta no adimplemento das obrigações se sujeita, dentre outras, à regra da boa-fé objetiva, o que significa dizer que o

comportamento exigido entre as partes é aquele que corresponda à legítima expectativa do outro contratante, objetivando, como se viu nos parágrafos anteriores, guardar lealdade à palavra dada e não frustar ou abusar da confiança de existência imprescindível nas relações contratuais.

Ainda, compete observar que a boa-fé na esfera contratual vem significar, além da imposição de deveres no decorrer da relação negocial, a 'fidelidade' e coerência no cumprimento da perspectiva criada na outra parte, representando atitude de lealdade, fidelidade e cooperação, que de fato é esperada na relação pré-contratual, justamente pela expectativa reciprocamente confiada entre as partes quanto à celebração do negócio.

No que concerne à análise de tais princípios sob o aspecto legal, impende frisar que o Código Civil de 1916, embora por décadas tenha significado a expressão dos interesses sociais, não mais trazia consigo a correspondência das atuais necessidades legais da sociedade contemporânea, inclusive na seara contratual. Em decorrência disso, passou a ser visto como um complexo de normas legais de caráter obsoleto e, por vezes, inadequado às relações jurídico-sociais hodiernas, eis que traduzia princípios e interesses não mais aplicáveis ou, ao menos, de difícil aplicação no contexto moderno. Isso porque a sociedade regula-se e transforma-se de forma muito dinâmica, especialmente em épocas em que a globalização das relações econômico-sociais tem ditado normas à aldeia global, não se excluindo disso a realidade brasileira.

Nesse sentido, reforçam os ensinamentos lecionados por MARTINS COSTA (1998, p. 150):

> Constatou-se, fundamentalmente, que a idéia polissistemática do direito (...) acabou transfigurada na concepção assistemática do sistema normativo, o qual seria unicamente cognoscível através de uma perspectiva analítica e pelo uso dos instrumentos de exegese, inclusive a informática, concepção que, por si só, **afronta o *minimum* de estabilidade e segurança que, no Direito, vem expresso na necessidade de uma regulamentação coordenada dos comportamentos sociais. Por isto a necessidade de um código que, estruturado como um sistema aberto, alie, aos modelos cerrados que necessariamente há de conter, as janelas representadas pelas cláusulas gerais**. [grifo nosso]

Diante de tais evidências, tornou-se óbvia a necessidade de revisão do Código Civil de 1916, mediante a adoção de um modelo de codificação capaz de

corresponder, mesmo que em grau mínimo, às expectativas de uma regulamentação mais próxima da realidade civil pátria, notadamente quanto aos princípios e regras norteadoras dos novos interesses sócio-econômicos, culturais e jurídicos. Indo ao encontro desse novo contexto, acredita-se que uma das grandes contribuições legais para atender ao dinamismo social foi a estipulação das chamadas "cláusulas gerais", dentre elas a da boa-fé objetiva, cuja importância reside, fundamentalmente, em sua mobilidade e adequação às constantes e dinâmicas alterações advindas das relações humanas, especialmente no tocante à esfera contratual.

Nesse diapasão, as lições trazidas por MARTINS COSTA (1998, p. 154) são de extensa aplicabilidade, a saber:

> **As cláusulas gerais** (...) **permitirão a permanente atualização do Código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido** [grifo nosso]. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém harmônico e compreensível, já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e entre si mesmo fechados e conclusos.

Outrossim, é mister ressalvar que no Código Civil de 1916 o legislador contemplou eminentemente a modalidade da boa-fé subjetiva, sem, contudo, fazer referência à mesma na modalidade objetiva, o que aprovadamente veio a ser realizado com a introdução da matéria no Código Civil de 2002. Tal inovação rendeu aplausos ao Diploma Civil vigente, conforme bem expressa FACHIN (1999): "Merecedora de encômios, nessa perspectiva conjuntural, a introdução da função social do contrato (artigo 421), **referindo-se expressamente à probidade e à boa fé** (artigo 422)." [grifo nosso]

O artigo 422 do Código Civil de 2002 dispõe que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Por conta do disposto, a cláusula geral da probidade e boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, dentro dos princípios morais da probidade, honestidade e lealdade. Ainda, a importância da boa-fé, na concepção objetiva, está em que a mesma determina o comportamento devido por parte dos contratantes, estabelecendo limites ao exercício de direitos subjetivos, os quais passam a integrar

uma relação obrigacional num processo dinâmico, de modo a fixar entre eles uma relação de confiança fundamentada no contrato.

Inobstante a introdução expressa do princípio da boa-fé objetiva ter ocorrido em tempos recentíssimos na esfera nacional, torna-se necessário referir que um grande número de juristas e os tribunais pátrios vinham reconhecendo sua importância e aplicabilidade nas questões contratuais muito antes de 2002, como demonstraremos em capítulo oportuno. No entanto, é inegável que a partir de sua expressa previsão no Código Civil vem suprir uma lacuna legislativa que para muitos ainda rendia certo incômodo quanto à sua invocação sem expressa previsão legal. Nesse sentido, USTÁRROZ (2003, p. 99) faz importante referência:

> De toda sorte, a partir do novo Código Civil, a explicitação do princípio que hoje é tido pela doutrina pátria como essencial a todas as obrigações suprirá um incômodo vazio legislativo, que, por longos anos, impediu o desenvolvimento de uma nova concepção do vínculo obrigacional. Concepção esta menos voluntarista e mais preocupada com a projeção da lealdade nas relações intersubjetivas, visando, precisamente, tutelar a confiança das partes e, assim, garantir o alcance das justas expectativas originadas a partir da relação obrigacional havida.

Merece registro, ainda, a questão relativa à exigência do princípio da boa-fé por conta da disposição contida no artigo 422, que não só se aplica nas relações ditas contratuais, mas também na fase em que as partes iniciam negociação com vistas a um contrato futuro, encontrando-se, portanto, nas tratativas preliminares. Acerca do assunto em tela, USTÁRROZ (2003, p. 98) complementa:

> Efetivamente, o art. 422, da forma como vem redigido contribuirá para que a boa-fé objetiva seja respeitada no cotidiano forense brasileiro, mesmo porque, pela vez primeira, a argumentação dos litigantes poderá encontrar guarida em norma escrita. E tal comodidade poderá ser ainda maior, dado o caráter explicativo do texto de projeto de lei[7] que visa aumentar o espectro do art. 422, retificando seu teor. A ser aprovado, contará com a seguinte redação: '**Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas *negociações preliminares* e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade**' [grifo nosso]. Todavia, como dito alhures, **desimporta que o projeto seja ou não aprovado para que sua eficácia**

[7] A título elucidativo, informa-se que o projeto de lei a que se refere o aludido jurista trata-se do **Projeto nº 6960/2002**, de autoria pelo Deputado Federal Ricardo Fuiza (PPB-PE), apresentado em 12/06/2002, sob a seguinte justificativa textual: "**Art. 422:** O dispositivo apresenta, conforme aponta o Desembargador JONES FIGUEIREDO ALVES, insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento."

> **normativa seja incorporada pelo sistema, pois toda sua dicção parte daquela que ora se encontra no art. 422, o qual, a rigor, permite a extração de todas as conclusões aventadas no projeto, sem o acréscimo de palavras**. [grifo nosso]

Deste modo, em razão da necessidade de garantir estabilidade e segurança nos negócios jurídicos, assim como proteger as legítimas expectativas daqueles que contraem direitos e obrigações no decorrer da fase negocial, a boa-fé objetiva deve estar presente nas negociações que precedem o contrato.

Assim sendo, tem prevalecido o entendimento de que o princípio da boa-fé deve ser guardado pelas partes tanto na fase pré-contratual - das tratativas preliminares - como durante a execução do contrato e, ainda, logo depois de executado o contrato, de modo que os *entabulantes* (ainda não contratantes) podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato (responsabilidade pré-contratual), assim como os *ex-contratantes* também poderão ser responsabilizados pelos fatos decorrentes do contrato findo (responsabilidade pós-contratual).

4.2 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NEGOCIAÇÕES PREPARATÓRIAS DO CONTRATO

Feitas as necessárias considerações acerca dos princípios informadores do contrato que interessam ao presente trabalho, passa-se a avaliar a eficácia jurídica das tratativas preliminares à luz da realidade nacional.

Inicialmente, importa tecer, em breves considerações, que o negócio jurídico é todo ato que decorre da vontade auto-regulada, em que uma ou mais pessoas se obrigam a efetuar determinada prestação jurídica aspirando à consecução de determinada finalidade. Nos preceitos de NERY JUNIOR (2002, p. 196), "negócio jurídico pode ser definido como ato de autonomia privada com o qual o sujeito decide sobre sua própria esfera jurídica, pessoal ou patrimonial. A vontade é dirigida para a consecução de determinado fim, querido pelo sujeito."

E, ainda, nas lições prolatadas por AZEVEDO (2000, p. 16-17):

> *In concreto,* negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia[8]. (...)
> O negócio jurídico não é, por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma *manifestação de vontade qualificada* [grifo do autor], ou uma *declaração de vontade*...[grifo do autor]

Assim sendo, há a presença incontroversa da aplicação dos princípios da autonomia privada e da boa-fé como pressuposto do ato negocial.

Como em todo ato ocorrido na esfera jurídica, os efeitos do negócio jurídico (do qual o contrato é a forma mais comum) são previamente estabelecidos pelas normas de direito, no entanto, os meios para a efetivação destes efeitos ficam sujeitos à livre negociação das partes, as quais fixam as cláusulas negociais de acordo com seus interesses e conveniências, respeitados os limites legais.

Diante disso, relevante torna-se avaliar a questão da eficácia jurídica[9], assim compreendida como sendo o atributo dos fatos jurídicos de desencadearem as conseqüências que o ordenamento prevê, também sob a ótica da 'eficácia social', a qual enseja a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais. Nas lições de PLÁCIDO E SILVA[10] citado por DONNINI (2004, p. 36): "Eficácia, do latim, *efficacia*, de *efficax,* tem o significado de alguma coisa que chega ao fim. É, assim, o poder que tem um ato para produzir os efeitos desejados. Efeito, do latim, *effectum*, de *efficere*, é o resultado, que se almeja ter".

E, continua DONNINI (2004, p. 36): "Eficácia diz respeito à produção de efeitos jurídicos. (...) Esses efeitos nada mais são do que a transformação de uma situação de direito. Portanto, o contrato tem por escopo a produção de efeitos

---

[8] Segundo AZEVEDO (2000, p. 23): "Quando acontece no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, **existência jurídica** [grifo nosso]. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto **eficácia jurídica**." [grifo nosso]

[9] Também nas lições de AZEVEDO (2000, p. 29): "Se tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são como diz Carnelutti, *principia omnia rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et quibus resolvuntur* [grifo do autor], portanto, que elemento é tudo aquilo que de algo mais complexo se compõe (...), que, por outro lado, requisitos (de *requirere,* requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo aquilo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos* [grifo do autor] para existir; no plano da validade, de *requisitos* [grifo do autor], para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia* [grifo do autor], para ser eficaz."

[10] DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 295-296

jurídicos, haja vista que essa é a sua essência. Dessa forma, a eficácia do contrato representa aquilo que as partes acordaram, em razão da autonomia negocial."

Na esfera do negócio jurídico contratual, predomina a condição de que há a necessidade de a vontade de uma parte seja direcionada à outra parte, que, por sua vez, deve recebê-la e manifestar suas intenções ao outro interessado, produzindo, portanto, o acordo de vontades. Ou seja, a manifestação da vontade de uma parte deve estar em consonância com a outra para que o negócio se constitua e produza efeitos.

Além disso, por força do artigo 104[11] do diploma civil vigente, deve-se previamente verificar a existência dos elementos essenciais para que o contrato torne-se juridicamente válido, os quais representam sua própria substância e referem-se a:

a) *consentimento manifestado* – considerando que a vontade das partes é elemento essencial à formação da relação contratual, deve o agente manifestar-se sobre o negócio jurídico que está realizando;

b) *capacidade das partes* – refere-se à capacidade imposta pela lei suficiente para conferir a possibilidade jurídica para o agente manifestar validamente seu consentimento;

c) *liceidade e idoneidade do objeto* – para a concretização do negócio jurídico de forma perfeita e eficaz, exige-se, além da presença do consentimento e a capacidade das partes, que a relação contratual gire em torno de um objeto lícito, tolerado pelo ordenamento jurídico e pelos bons costumes. Outrossim, além de lícito, deve ser ele idôneo, cuja prestação seja possível de ser realizada pelas partes;

d) *forma* – quando o negócio por sua natureza ou disposição legal requisitar, a vontade deve ser manifestada através de um meio determinado, seja pela norma jurídica ou seja pelos próprios interessados, cujas solenidades devem ser atendidas para que o negócio jurídico venha a gerar os efeitos jurídicos.

---

[11] **Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:
I – agente capaz;
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Em reforço ao entendimento antes destacado, NERY JUNIOR (2002, p. 198) assegura que: "O negócio jurídico é *causado* [grifo do autor] quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delineada segundo sua essência" [grifo do autor].

Por todo o exposto anteriormente, restou assim evidenciado que o plano da eficácia pressupõe no caso de negócio jurídico a verificação prévia da validade, cujos elementos vêm consagrados pelo art. 104 do Código Civil vigente. Verificados tais elementos, há igualmente que se inferir acerca dos elementos de eficácia, para que o negócio venha produzir efeitos na órbita jurídica. Sob este aspecto, o plano de eficácia é aquele em que se estima a aptidão de o negócio vir a produzir os efeitos desejados pelos envolvidos, observadas as normativas legais aplicáveis e a manifestação de vontade das partes, criando situações jurídicas com todo o seu conteúdo eficacial representado por direitos e deveres.

Deste modo, há que se referir que tais elementos também devem ser aplicados na seara pré-contratual, haja vista que se estes não forem verificados no momento negocial, dificilmente poderão permitir a celebração do contrato definitivo, por este já nascer viciado. Disso é possível inferir que, verificados a obediência de tais requisitos, não há como conceber que as negociações preliminares não possam gerar efeitos na esfera jurídica, eis que se tornam as premissas da celebração do contrato, sendo essenciais para a definição dos critérios e elementos que nortearão a relação contratual definitiva.

Ademais, outro fato que corrobora a eficácia das tratativas pré-contratuais é que, em virtude de estas suscitarem expectativa na conclusão do negócio definitivo, verificado o seu rompimento injustificado gera a outra parte o direito de ser indenizado pelos gastos e perda de tempo havidos no decorrer das negociações, assim como pelos negócios que a mesma deixou de celebrar com outrem em razão das tratativas até então mantidas pelas partes, conhecida como responsabilidade pré-contratual, a qual será objeto de estudo específico no capítulo a seguir.

Outrossim, interessa salientar as lições invocadas por FICHTNER PEREIRA (2001, p. 53-55), ao discorrer acerca da importância do assunto sob análise:

> É quase intuitivo que no momento em que duas pessoas iniciam conversações com a finalidade de realizar um negócio jurídico, não se encontram mais na mesma situação em que se encontram duas pessoas que conversam socialmente, trocando meras experiências

> ou impressões pessoais. Já existe, durante a fase das negociações, uma finalidade objetivamente verificável, de natureza econômica, para os atos praticados pelas partes. Esses atos se destinam a um fim, ainda que eventual, qual seja, o de instituírem os contraentes entre si uma relação de natureza contratual.
> Não se pode, portanto, qualificar os atos praticados entre duas partes, com vistas à formação de uma relação jurídica contratual, como meros atos de conduta, não jurídicos, abrangidos somente pelas regras de moral.

E complementa o aludido jurista:

> As partes que estão envolvidas em um projeto de contrato não constituíram ainda uma relação jurídica obrigacional, no sentido de que uma deve prestar algo em favor da outra. Entre elas já existe, no entanto, uma relação jurídica de outra natureza, que faz surgir deveres de comportamento segundo a boa-fé (...).
> **Não há como se deixar de reconhecer, portanto, a existência de uma relação jurídica pré-contratual**... [grifo nosso]

Por todo o exposto, é possível aferir que, à luz da cláusula geral da boa-fé e da teoria da responsabilidade civil, as tratativas possuem incontroversa eficácia na esfera jurídica, ensejando inclusive responsabilização das partes pela ruptura imotivada quando já criada entre si a fiel expectativa quanto à efetivação do contrato definitivo, cuja ponderação de modo algum pode vir a ser desconsiderada pela doutrina ou jurisprudência pátria quando da análise do caso concreto.

4.3 INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DAS TRATATIVAS PRELIMINARES NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Com relação aos entendimentos mantidos pelos doutrinadores pátrios, remonta-se às considerações feitas no Capítulo 1 deste trabalho, por ocasião da análise das vertentes doutrinárias acerca das tratativas preliminares. No entanto, mister se faz avaliar os entendimentos mantidos pelos tribunais no que concerne à questão ora apontada.

Em tempo, cumpre informar que no Brasil, a matéria acerca das negociações preliminares e sua eficácia jurídica foi abertamente tratada apenas em 1959, com o lançamento da obra de Antônio Chaves, denominada "Responsabilidade pré-contratual", em que abordou, além da responsabilidade civil, conceitos introdutórios da fase negocial, conforme bem apregoa CHAVES (1997, p. 246): "**O dever de lealdade, assim, tem de estar presente não apenas após o ato**

formal do acordo de vontades, mas também antes de sua concretização." [grifo nosso]

Por conta desse inovador entendimento na seara doutrinária, várias decisões foram prolatadas sob o fundamento dessa nova acepção contratual. Merece registro a Apelação Cível APC 622 DF[12], julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforme se depreende da seguinte ementa: "**As negociações por si mesmas não são vinculatórias, mas obrigam quando hão atingido a tal ponto que permite prever-se que o contrato poderia formalizar-se, e uma das partes rompe estas negociações, sem um justo e aceitável motivo** (...)." (grifos nossos)

Ainda, compete frisar que a jurisprudência majoritária tem analisado a matéria da fase negocial à luz do princípio da boa-fé, conforme acentua FICHTNER PEREIRA (2001, p. 303):

> O princípio da boa-fé exige que as partes levem em consideração o interesse que o outro contraente tem na conclusão do contrato, a fim de que uma parte não se comporte de maneira irresponsável, no que respeita à expectativa que a outra tem de que obterá êxito nas negociações e o contrato será concluído.
> **O bem jurídico em proteção, quando se admite a responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais, é a confiança que a parte deposita na seriedade de propósitos da outra quanto à constituição do contrato**. [grifo nosso]

Igualmente, cita-se uma ocorrência jurisprudencial mais recente em que por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 591.028.295, oriundo da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 06/06/1991, cujo caso versava sobre produtores de tomates que receberam sementes da Companhia CICA (grande empresa de renome nacional) para que plantassem tomates a serem utilizados pela mesma no preparo de seus produtos e, posteriormente, a aludida companhia imotivadamente recusou-se a comprar a safra de tomates, restou entendido pelo órgão julgador de que a empresa havia criado expectativas nos possíveis contratantes, conforme demonstrado na ementa a seguir:

> CONTRATO – TRATATIVAS – CULPA IN CONTRAHENDO – RESPONSABILIDADE CIVIL
> Responsabilidade de empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas

---

[12] Registro do Acórdão número: 2306 - Data de julgamento 7/11/1966 - Órgão julgador: 1ª Turma Cível - Relator: Mário Brasil Araújo - Relator Designado: Cândido Colombo.

> 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**... [grifo nosso]

A decisão da referida lide admite expressamente a incidência da eficácia das tratativas preliminares sob a égide do princípio da boa-fé, mesmo antes de a mesma ter sido erigida à cláusula geral pelo Código Civil de 2002, conforme se verifica da seguinte passagem[13]: "**Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento jurídico** (CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português", pág. 61), **o dever de lealdade durante as tratativas e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumar a avença**." [grifo nosso]

Outrossim, importa ainda notar semelhante decisão prolatada pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 4.878/2002, em 11/6/2002, em demanda envolvendo uso indevido da marca em veiculação publicitária, cuja contratação ainda estava em fase de negociações preliminares, restando entendido que:

> RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO.
> Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes. **Entretanto, o período das tratativas deve ser norteado pelo Princípio da Boa-Fé Objetiva, segundo o qual as partes que estão em vias de contratar devem agir com lealdade recíproca. Violado tal princípio, surge o dever de indenizar, fundado, também no Princípio do Interesse Negativo, isto é, na frustração fundada na esperança de vir a contratar em razão da conduta culposa de uma das partes**... [grifo nosso]

Vê-se, assim, que, nos casos sob análise, decidiram-se as demandas mediante a introdução do princípio da boa-fé, reconhecendo a eficácia das negociações antecedentes à formalização da futura contratação, assentimento este que reiteradamente tem se verificado na realidade jurídica nacional, o que possivelmente terá aplicabilidade em constante e vasta escala por efeito da vigência do artigo 422 do Diploma Civil vigente, bem como por sua interpretação que abriga também a fase das tratativas pré-contratuais.

---

[13] Entendimento prolatado pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

4.4 APLICAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS NO DIREITO COMPARADO

No tocante à análise do tema na esfera do Direito Comparado, impende examinar a posição adotada em países de tradição jurídica quanto à abordagem da fase negocial, dentre eles Alemanha, Itália, França, Portugal, Argentina e Estados Unidos, os quais também analisam a questão das tratativas preambulares do contrato à guisa do princípio da boa-fé.

A) O caso da Alemanha:

A concepção trazida pela doutrina alemã é de extrema notoriedade para todos os demais sistemas jurídicos, eis que a ela são conferidas as premissas da sistematização e reconhecimento dos deveres das partes ainda na fase de negociações, cuja teoria atribui-se a Rudolf von Ihering, em 1861, por ocasião do estudo acerca da *culpa in contrahendo*.

A esse respeito, DONNINI (2004, p. 47) declara que "nessa fase inicial de negociações, segundo esse festejado autor alemão, os deveres não seriam apenas aqueles situados fora do âmbito contratual, mas já existiria um vínculo que deveria ser tratado como se contratual fosse, para que os futuros contratantes agissem de forma diligente, cuidadosa, para evitar prejuízos."

Na Alemanha, o Código Civil (BGB) baseia-se precipuamente em dois princípios, quais sejam o da autonomia da vontade (*privat autonomie*), através do qual toda pessoa capaz de agir pela declaração de vontade pode estabelecer efeitos jurídicos, e da confiança (*Vertrauensgrundsatz)*, pelo qual se impõe nas relações jurídicas, seja contratual ou pré-contratual, dever de lealdade e de moral social.

B) Posição adotada na Itália:

A abordagem das tratativas preliminares foi tratada juntamente à questão da responsabilidade pré-contratual no sistema jurídico italiano, através de Gabrielle Faggella, no início do século XX. No contexto legal, referida concepção aparece contida no *Códice Civile*, em seu artigo 1.337, a saber: "***Trattative e responsabilità precontrattuale. – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione***

Del contrato, devono comportarsi secondo buona fede"[14] - [grifo nosso]. Vê-se que no diploma civil italiano, a questão das negociações pré-contratuais encontra-se expressamente contida na norma legal, vinculando-a a um comportamento das partes situado pela boa-fé.

C) A abordagem do assunto na França:

No Direito Civil Francês, importa destacar que a disposição das tratativas preliminares coligadas ao princípio da boa-fé vem contida nos artigos 1.134 e 1.135 do Código Civil Francês, segundo registra DONNINI (2004, p. 49): "Os tribunais franceses, a partir da segunda metade do século passado, passaram a admiti-la (*culpa in contrahendo*), sob o fundamento da *perda de uma chance* [grifo do autor], utilizada no campo da responsabilidade civil, como, por exemplo, a ruptura imotivada de uma negociação já em fase adiantada, com prejuízo a uma das partes."

D) O tratamento da questão em Portugal:

Para o sistema jurídico português, a conduta negocial é regulamentada pelos deveres de transparência e lealdade, de modo que se no decorrer das tratativas uma das partes cria na outra a expectativa sob um grau elevado de confiança quanto à celebração do contrato definitivo e, em não correspondendo como impunham as regras da lisura e da transparência contratual depositado ao longo da negociação, ensejará responsabilização pelos danos causados à parte contrária.

Tal assertiva é ratificada pelo artigo 227º do Código Civil Português, o qual estatui, que: "Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte." Assim sendo, no sistema jurídico português são imputados às partes deveres amparados no princípio da boa-fé, para fins de que a negociação seja transparente, correta e honesta, sem a prática de atos dolosos ou culposos por qualquer dos futuros contratantes.

---

[14] O artigo, livremente, traduzido dispõe que: "Tratativas e responsabilidade pré-contratuais. – As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar segundo a boa-fé."

E) O posicionamento adotado na Argentina:

No que se refere à abordagem das negociações pré-contratuais no direito civil argentino, merece destaque o artigo 1.198, 1ª parte, em que: "*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejectuarse de buena fé y de acuerdo com lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando com cuidado y previsión.*"[15].

Outrossim, o posicionamento assumido pelos doutrinadores é de que o aludido dispositivo legal também se aplica no momento antecedente ao contrato, denominado *deber precontractual de buena fé*, como acertadamente instrui DONNINI (2004, p. 53): "... **por ocasião das tratativas preliminares, é curial que as negociações sejam levadas adiante com lealdade, sem que uma das partes as abandone sem qualquer fundamento e de forma arbitrária** ..." [grifo nosso]

F) A análise da questão pelos Estados Unidos

No direito norte-americano, a questão da boa-fé nas relações jurídicas vem disposta no *Uniform Commercial Code*, mais precisamente nos seguintes dispositivos a seguir expostos: "*Section 1-203: Every contract or duty within this Act imposes on obligation of good faith in its performance or enforcement.*"[16] E : "*Section 1-201(19): "Good faith' means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.*"[17]

Diante dessa sucinta exposição, foi possível depreender que os sistemas jurídicos alienígenas ora analisados entendem por aplicável nas tratativas o princípio da boa-fé objetiva e sua conseqüente eficácia jurídica, o que, como visto anteriormente, encontra-se em consonância com o direcionamento adotado na esfera contratual pátria.

---

[15] O artigo, livremente, traduzido reza que: "Os contratos devem ser celebrados, interpretados e efetuados de boa fé e de acordo com o que possivelmente as partes entenderam ou puderam entender, realizando com cuidado e previsão."

[16] O artigo, livremente, traduzido dispõe que: "Todo contrato ou obrigação no âmbito desta lei impõe uma obrigação de boa fé no seu adimplemento ou na realização do direito do credor."

[17] O artigo, livremente, traduzido menciona que: "Boa fé significa honestidade de ato na conduta ou transação em causa".

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A idéia de que alguém que injustamente cause danos a outrem deve ser de alguma forma responsabilizado remonta-se aos primórdios da civilização, e tem sofrido variações ao longo da história da humanidade. Inicialmente, vigorava a idéia de que o agressor deveria suportar o mesmo dano que causou à vítima, na concepção conhecida como *vingança privada*, que se expressava pelo brocardo "olho por olho, dente por dente" (Lei de Talião).

Hodiernamente, o fundamento da responsabilidade civil está no fato de que todo dano merece ser indenizado, sendo esta uma regra moral que se torna jurídica, já que se proíbe que se causem prejuízos. Assim, considerando que a responsabilidade civil nasceu de uma necessidade da sociedade, posto que leva em conta que as relações jurídicas devem manter um equilíbrio diante de um prejuízo, não poderia o causador do dano ficar sem qualquer conseqüência por seu ato e tampouco quem suporta o dano ficar sem qualquer composição.

Na seara dos negócios jurídicos, a responsabilidade civil tem sido analisada em duas modalidades distintas, quais sejam a contratual e a extracontratual, também denominada de aquiliana. Como explica PEREIRA (1991, p. 265), "na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e comprovado o comportamento antijurídico, evidencia que ele repercutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico".

Deste modo, a culpa será contratual (violação de uma obrigação, seja qual for sua fonte) ou extracontratual (a lesão a um direito absoluto ou violação o dever de ***neminen laedere***, isto é, o dever de a ninguém prejudicar) conforme sua origem, pois sempre será oposição a um direito, seja legal ou obrigacional.

A) Da Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade civil contratual é aquela em que, instaurada a relação jurídica contratual, encontram-se as partes vinculadas ao contrato, de modo que o

não cumprimento da prestação ajustada pode gerar a incidência de regras de responsabilização, as quais encarregam-se de determinar as conseqüências para o inadimplemento das obrigações pactuada entre as partes.

Nas lições de FICHTNER PEREIRA (2001, p. 41):

> **Na responsabilidade civil contratual as partes já se encontram ligadas por uma relação jurídica preexistente ao momento em que ocorre o fato danoso, decorrente do inadimplemento da obrigação**. Uma parte voluntariamente se obriga a realizar uma prestação em favor da outra parte, que voluntariamente aceita ser beneficiária dessa prestação. Nessa equação é perfeitamente justificável a permanência da culpa como eixo do sistema de responsabilidade pelo inadimplemento, tendo em vista que as partes voluntariamente entraram em contato e assumiram os riscos inerentes ao tipo de negócio jurídico estabelecido entre elas. (grifos nossos)

Assim, o estabelecimento de uma responsabilidade pelo não cumprimento de obrigação contratual constitui condição para o desenvolvimento das relações jurídicas na sociedade atual, posto que o ordenamento jurídico deve garantir aos contratantes uma segurança de que aquele que descumpriu obrigação mutuamente ajustada no contrato deverá responder por seu patrimônio.

B) Da Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana

No que concerne à responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, importa destacar que a mesma resulta do inadimplemento da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz ou da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. Afere-se, então que, se trata de lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.

Para FICHTNER PEREIRA (2001, p. 19):

> O sistema moderno de responsabilidade civil extracontratual se encontra fundado em dois princípios: o princípio do dano injusto e o princípio do equivalente. Sempre que alguém injustamente causa dano a outra pessoa, fica obrigado a reintegrar o bem lesado ao *status quo ante*, ou, caso isso não seja possível, fica obrigado a prestar um bem ou valor equivalente ao do bem objeto do dano."

Inobstante a doutrina tradicional conceber responsabilidade civil em contratual e extracontratual, identifica-se uma lacuna jurídica para responsabilizar

situações que não se encaixam em nenhuma das duas modalidades, como é o caso das tratativas preliminares, o que implica na necessidade do reconhecimento de um gênero de responsabilidade que possua tratamento específico, a seguir estudado.

5.2 TERCEIRA VIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

A responsabilidade civil pré-contratual surgiu na Alemanha, como uma hipótese de responsabilidade para os casos em que se torna imprecisa a aplicação tanto da responsabilização civil na esfera contratual, quanto na extracontratual, como é o caso verificado na relação jurídica havida entre o entabulantes nas negociações pré-contratuais.

Acerca do assunto ora em destaque, relata FICHTNER PEREIRA (2001, p. 218-221):

> Levando-se em consideração que a responsabilidade contratual pressupõe a existência de uma relação jurídica obrigacional entre as partes, a indagação cabível, diante da posição da doutrina e jurisprudência alemãs, consiste em se saber como pode se justificar ser contratual a responsabilidade civil por danos causados a um dos contraentes no momento em que o contrato ainda não foi estabelecido, já que as partes se encontram ainda na fase preparatória para a conclusão do contrato.

E complementa o aludido jurista:

> Qualquer tentativa de aplicar as regras de responsabilidade contratual a fatos anteriores à própria existência do contrato, com base na ficção, esbarrava na ausência de suporte lógico nesse raciocínio. Por esse motivo, os alemães foram abandonando as teorias contratualistas, sem deixar, porém, de aplicar as regras de responsabilidade contratual à *culpa in contrahendo.* Esse resultado foi obtido através da visualização da existência de obrigações na fase pré-contratual, que não derivam de qualquer contrato, mas diretamente da lei.

Assim, a tese de que as negociações geram uma relação jurídica decorrente da lei foi recepcionada pela jurisprudência alemã e encontra-se vigente até hoje.

No que versa aos argumentos expendidos para a descaracterização da responsabilidade pré-contratual como forma de responsabilidade extracontratual, mister faz-se declinar que esta última é um tipo de responsabilidade padronizada, posto que prevê deveres de conduta uniforme para todas as pessoas, os quais possuem caráter absoluto. Tem-se, assim, que essas características acabam

afastando a assertiva de que responsabilidade pré-contratual integra a teoria da responsabilidade extracontratual (delitual), conforme nova e acertadamente invoca FICHTNER PEREIRA (2001, p. 253):

> Na fase das negociações contratuais, as partes iniciam um contato social muito mais intenso, qualificado pelo fato de perseguirem um objetivo comum, qual seja, o de estabelecer entre si uma relação jurídica contratual. Para isso, ingressam no âmbito privado uma da outra, trocam informações sigilosas e criam expectativas mútuas de obtenção de proveito com o contrato projetado.
> Esse "contato social qualificado" mantido pelas partes durante as negociações contratuais, certamente não é o contato social imaginado pelo legislador, quando criou o sistema de responsabilidade civil delitual. O fato de as partes estarem negociando um contrato faz com que surjam entre elas deveres que vão muito além dos simples deveres de conduta, característicos da mera convivência social.

Por conta do exposto, verifica-se que de fato a responsabilidade civil pré-contratual configura-se numa "terceira via" da responsabilidade civil, distinta, portanto, dos modelos clássicos anteriormente mencionados, como bem proclamou CHAVES (1997, p. 140) em sua notória tese relativamente à matéria em questão, a qual merece ser transcrita:

> Se havia uma responsabilidade possível, resultando do simples fato das negociações, isso não podia ser senão no direito comum, sobre a base do delito ou do quase-delito. Apesar de não existir acordo quanto ao fundamento que se deva atribuir à responsabilidade pré-contratual, - conclui - **sentem todos que o direito comum tornou-se insuficiente, que é preciso alargá-lo, que é preciso criar uma responsabilidade especial e nova, resultando do simples fato de ter-se produzido uma declaração de vontade no sentido jurídico da palavra, e de que ela não espera senão o encontro de uma adesão correspondente para transformar-se em contrato**. [grifo nosso]

No tocante à questão na seara brasileira, impende conferir os ensinamentos trazidos por FACHIN (1999):

> Em negociações preliminares, e é nesse terreno que atualmente estamos refletindo, não seria razoável obstar o direito de recesso, cuja conduta, todavia, deve receber o temperamento existente na lição de Antônio CHAVES, autor da obra "Responsabilidade Pré-contratual", antes citada, um dos estudos completos sobre essa temática: "Chega-se assim à conclusão altamente moralizadora que se um dos contratantes, por conveniência própria, resolve abandonar as negociações iniciadas, verá amplamente reconhecido o seu direito, jungido, porém, como é lógico, à obrigação de reparar o prejuízo causado. (...)
> Não sem acerto acolhe Orlando GOMES a concepção seguinte: "se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu" (1981, p. 69). À mesma linha se filiam Regina GONDIM e EDUARDO Espínola: "se das circunstâncias se verifica que a marcha normal dos entendimentos levaria a um resultado positivo, isto é, à conclusão do contrato, a ruptura injustificada de uma parte fere a

> expectativa e os interesses da outra, que pode ter despendido esforços e dinheiro com a elaboração de projetos, plantas, etc".

Ainda, nos estudos realizados por PONTES DE MIRANDA (1972, p. 31) restou o entendimento de que a responsabilidade pré-contratual não resulta de infração de dever oriundo de negócio jurídico, mas sim da infringência de deveres decorrentes de uma *"relação jurídica de trato, de negociação"* reconhecendo um dever especial das negociações contratuais, cuja violação enseja num tipo especial de responsabilidade.

Outrossim, MARTINS COSTA (1992) assevera a importância da responsabilidade pré-contratual, ao mencionar que:

> Atualmente, não se têm dúvidas em fundar a responsabilidade pré-contratual - que alguns autores sustentam formar um *tertium genus*, ao lado da responsabilidade contratual e da aquiliana – redimensionando o seu âmbito de incidência no princípio da boa-fé objetiva, porquanto a relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte de obrigação de comportar-se com boa-fé no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objetiva na outra.

Há que se mencionar, ainda, os estudos realizados por FRADA[18] citado por FICHTNER PEREIRA (2001, p. 269), relativamente à existência de uma terceira via na esfera da responsabilidade civil, *in verbis:*

> Embora francamente minoritária no contexto da doutrina nacional, tem vindo recentemente a afirmar-se entre nós a orientação de que, entre as duas modalidades 'clássicas' de responsabilidade tradicionalmente reconhecidas - a obrigacional e a extra-obrigacional delitual – existe espaço para situações de responsabilidade que se não deixam enquadrar linearmente nessas duas formas tradicionais. Esta orientação supera, é certo, mas, como é evidente pressupõe-na. De facto, persuadimo-nos de que determinadas hipóteses de responsabilidade aceites nos nossos dias não se deixam resolver com recurso aos quadros usuais do contrato ou do delito. Nessa medida, a admissibilidade de uma 'terceira via de responsabilidade' torna-se praticamente um imperativo.

Sendo assim, verifica-se que há uma tendência mundial quanto à necessidade de incluir na Teoria da Responsabilidade Civil Clássica - que compreende as esferas contratual e extracontratual (aquiliana) - uma nova feição da responsabilização, então denominada "responsabilidade pré-contratual", para atender às situações que não podem ser enquadradas nas hipóteses dos gêneros

---

[18] FRADA, M. A. C. **Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade.** Coimbra: Almedina, 1997. p. 85

tradicionalmente adotados, conforme acertadamente explanado pelos autores supracitados.

5.3 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

No que tange à análise da responsabilidade pré-contratual no direito brasileiro, importa primeiramente verificar a esfera de aplicação da responsabilidade civil e aquiliana no contexto pátrio.

O sistema de responsabilidade civil brasileiro foi notadamente inspirado no direito francês ao dispor sobre o artigo 186 do Código Civil, em cuja norma encontra-se o princípio do *neminem laedere*, através do qual quem causar a outrem um dano, fica obrigado a repará-lo. Contudo, o que se verifica é que não há limitação expressa quanto ao tipo de dano a ser indenizável pela referida teoria extracontratual.

Ao referir-se à responsabilidade civil contratual contida no artigo 389 do diploma civil em vigência, é possível aferir que a concepção jurídica adotada é de que responde por perdas e danos o agente que não cumpre a obrigação assumida perante a outra parte, ou deixa de cumpri-la da forma e no período estipulado. Todavia, mister se faz declinar que também traz consigo imprecisão quanto à abrangência das situações fáticas, posto que disciplina apenas a ocorrência de inadimplemento da obrigação, sem, contudo, prever a reparação para o caso de cumprimento defeituoso da mesma.

Mister se faz ressaltar, igualmente, o entendimento trazido por AZEVEDO (1996) de que o fundamento da responsabilidade pré-contratual não deriva da esfera contratual, posto que ainda não há contrato; nem tampouco é extracontratual, haja vista que aqueles que negociam um contrato estão vinculados a deveres específicos, diante do que, para o referido autor, a responsabilidade civil pré-contratual resulta justamente da quebra do princípio da boa-fé .

Observa-se, assim, que as normas legais inseridas no Código Civil são por vezes insuficientes para abranger problemas que exigem uma solução jurídica nessa área do Direito, fato dado à importância do reconhecimento de uma terceira via da responsabilidade civil, qual a seja a responsabilidade pré-contratual. Contudo, os doutrinadores pátrios que rejeitam seu reconhecimento entendem que isso poderia

abalar um sistema seguro já existente nesse campo jurídico e, como acertadamente critica FICHTNER PEREIRA (2001, p. 275) a esse respeito, "o argumento é mais de conveniência do que jurídico. É efetivamente mais fácil a acomodação de tudo o que surge de novo e de diferente a modelos preexistentes. Essa acomodação, porém, é sempre feita com enormes perdas, principalmente no que tange à efetividade do Direito."

Identifica-se, no entanto, que muito embora alguns doutrinadores venham repelir a aceitação expressa da responsabilidade pré-contratual como um novo gênero da teoria da responsabilidade civil tradicional, na prática reconhecem sua aplicação, precisamente em se tratando de questões atinentes à fase das negociações preliminares ao contrato. Sob este aspecto, é assente de que os entabulantes ainda não instituíram entre si uma relação jurídica obrigacional, fato pelo qual não se pode aplicar a responsabilidade contratual.

Em razão de se identificar nas tratativas pré-contratuais uma situação intermediária entre a relação contratual propriamente dita e a mera relação social e, portanto, criadora de deveres qualificados não enquadrados contrato ou extracontratualmente, cuja relação jurídica precede a qualquer dano entre os contraentes, tornou-se necessário coligar a idéia de uma responsabilidade também especial, com vistas a suprir as necessidades da sociedade brasileira.

No caso da responsabilidade pré-contratual utiliza-se fundamentalmente o critério da boa-fé objetiva como balisador para a indenização do dano aferido pela parte, permeada em meio a deveres especiais correspondentes ao cuidado, lealdade, informação, cooperação e outros, que orientam a conduta das negociações contratuais e permitem que as partes possam chegar à constituição da relação contratual pretendida. Nesse sentido, aplicáveis são as lições de TELES[19] citado por FACHIN (1999): "**Tanto negociações propriamente ditas, ou preliminares do contrato, como na formação deste devem os interessados proceder segundo as regras da boa fé; aquele que faltar a essas regras é responsável pelos danos que culposamente causar ao outro**" [grifo nosso].

Assim sendo, conforme visto no decorrer deste trabalho, verifica-se que a responsabilidade pré-contratual procura tutelar a confiança de cada uma das partes

---

[19] TELES, I. G. **Direito das Obrigações**, 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 64

em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé e, consecutivamente, as expectativas criadas entre elas quanto à futura celebração do negócio.

5.4 ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

A teoria da responsabilidade civil pela ruptura das negociações pré-contratuais vem tutelar a confiança que deve mutuamente existir no decorrer das tratativas, restando evidente que há uma obrigação de agir segundo o princípio da boa fé, cujo descumprimento de tal obrigação enseja o direito à reparação. Para tanto, é necessário elucidar que durante as tratativas não há ainda vínculo jurídico entre as partes, o que, num primeiro momento, leva a crer que as partes são livres para desistir das negociações, sem compor qualquer vínculo obrigacional entre si. Todavia, em algumas situações a ruptura injustificada dessas tratativas pode acarretar algum tipo de responsabilização para a parte que assim procede.

Cabe, destarte, novamente frisar as palavras de FICHTNER PEREIRA (2001, p. 283), já referidas nos parágrafos antecedentes, de que "a fase de negociações contratuais envolve, pela sua própria natureza, uma incerteza quanto ao resultado das atividades praticadas pelas partes. Quem inicia negociações para o estabelecimento de um contrato não o faz com a certeza de que sua atividade trará resultados". Porém, se verificada a presença de elementos que configuram algum tipo de responsabilidade, esta não poderá ser imotivadamente desconsiderada.

A conduta negocial passível de responsabilização na esfera civil é aquela em que no decorrer das tratativas uma das partes cria na outra a expectativa, sob um grau elevado de confiança, quanto à certeza de que a celebração do contrato definitivo de fato irá ocorrer, diante do que, em não correspondendo à esperança criada de acordo com as regras da boa-fé e da transparência contratual transmitidas ao longo da negociação, ensejará responsabilidade pelos danos causados à parte contrária.

Importa trazer à luz o entendimento evidenciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 653/02[20], que retrata com propriedade jurídica a questão da relevância das tratativas contratuais preliminares e o dever de indenizar dela advindo, a saber:

> Não se pode esquecer que, mesmo no campo das negociações contratuais preliminares, vigora o **Princípio da Boa-fé Objetiva** [grifo do autor]. De acordo com esse postulado - que deve nortear a conduta daqueles que estão em vias de contratar - as partes devem agir com lealdade recíproca no período das tratativas: se uma das partes, por sua atitude, cria para a outra a expectativa de contratar e, em razão dessa fundada expectativa, são realizadas despesas ou são evitados outros negócios, a posterior negativa desmotivada dá ensejo ao dever de indenizar. Há, portanto, uma responsabilidade civil pré-contratual (...). Assim sendo, nem sempre as negociações preliminares são irrelevantes, uma vez que, em alguns casos, podem ensejar o dever reparatório fundado no **Princípio do Interesse Contratual Negativo** [grifo do autor], isto é, na frustração da fundada esperança de contratar.

Outrossim, torna-se imperioso destacar o estudo realizado por FACHIN (1999), quanto à aplicação da responsabilidade civil pré-contratual na jurisprudência brasileira, a seguir transcrito:

> Colhem-se várias decisões que demonstram estarem abertas as portas do Poder Judiciário, **para prevalecer a responsabilidade pela confiança gerada, pela lisura e boa fé nas negociações contratuais, em homenagem aos valores da segurança, da ética e da estabilidade nas relações jurídicas**. [grifo nosso]
> A temática não é estranha ao direito em movimento. Vem de longe a preocupação do Supremo Tribunal Federal (STF) com a responsabilidade em foco, espelhada em diversos acórdãos. Já o Recurso Extraordinário 43951, o Ministro Antônio Villas Boas determinava o pagamento de indenização pela violação do interesse negativo, seguindo os passos de vários acórdãos do Ministro Nelson HUNGRIA, v.g., no RE 21931 e 26820, nos quais, em ambos, a 1ª Turma do STF **determinou a indenização do prejuízo sofrido em vista ou na esperança do contrato definitivo**. [grifo nosso] (...)
> Mencione-se ainda que em diversos pronunciamentos o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) admitiu a indenização por violação do interesse contratual negativo. A exemplo, o acórdão 9077, da 4ª Câmara Cível, relator Des. TROIANO NETTO, promanado na Apelação 30.961-7: **na responsabilidade pré-contratual "cabe indenização dos danos negativos, por ter ocorrido confiança na realização do contrato"**. [grifo nosso] (...)
> De 23.03.93 vem o julgamento, pela 3ª Câmara do TAPR, da Apelação Cível 43321-8, de Curitiba, em cujo acórdão 4135, da lavra do Juiz IVAN BORTOLETO, também por unanimidade se decidiu que o abandono dos negócios dá margem à indenização: (...)
> Lê-se no corpo do acórdão:
> "Pertinente, da mesma forma, as demais considerações da sentença sobre a prova testemunhal acerca da efetivação e desenvolvimento dos trabalhos, com induvidoso dispêndio de conhecimento técnico e de material."
> Destarte, o abandono das negociações preliminares, como na hipótese vertente, traduziu arbítrio injustificado do apelante, e porque não dizer comportamento censurável, considerando que a fase de pontuação cria, no espírito do contratante, uma expectativa

---

[20] Data de julgamento 24/9/2002 - Órgão julgador: 7ª Turma Cível - Relator: Des. Célia Maria Vidal M. Pessoa.

> legítima de vir a ser concluído o negócio e, por isso, poderá ele realizar despesas, abrir mão de outros negócios, alterar planos, etc., justificando o dever de indenizar por culpa extra-contratual, conforme ensinamento de Silvio Rodrigues ("Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade", 20. Ed., 1991,v.3). (grifos nossos)

Ademais, há que se referir o ensinamento através do qual, em estando as negociações em avançado estágio, e verificado o abandono inesperado dessas tratativas, compete à parte desistente, independente da formação de um contrato propriamente dito, indenizar a outra pelos gastos havidos ao longo da fase pré-contratual e/ou em função da qual perdeu outras oportunidades de negócio, conforme leciona o AGUIAR JUNIOR (1991, p. 244-245), a saber:

> Antes do contrato, podem surgir vinculações derivadas de um simples 'contato social', dirigidas à celebração de um futuro negócio jurídico (...). Durante as tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir-se com suficiente conhecimento de causa. (...) Também surgem, nas tratativas, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual. Assim, **a censura feita a quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual se perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização, por existir uma relação obrigacional, independente de contrato e fundada na boa-fé**. [grifo nosso]

Ante as considerações acima expostas e, por conta dos ensinamentos dos ilustres juristas anteriormente invocados, é possível cotejar que no tocante à responsabilidade pré-contratual pela interrupção das tratativas preliminares, a mesma faz surgir entre as partes negociantes, **em cuja relação jurídica já se estabeleceu mutuamente um grau de confiança quanto à constituição do contrato definitivo**, a possibilidade de virem a indenizar os prejuízos arcados pela parte contrária, em razão do encerramento prematuro da negociação, consagrando, assim, os princípios da boa-fé objetiva e da confiança que norteiam a fase negocial.

6 CONCLUSÃO

As relações jurídicas advindas da fase das tratativas contratuais preliminares não podem ser mais concebidas senão à luz do princípio da boa-fé objetiva no tocante à conduta das partes, segundo o qual devem comportar-se com lealdade e de forma cooperativa, preservando, sobretudo, a confiança alheia no decorrer na fase negocial.

Isso porque as negociações contratuais desenvolvem entre os entabulantes um *contato social qualificado*, que, norteado pela boa-fé, emana deveres a serem observados pelas partes ao longo das tratativas, dentre os quais o dever de lealdade, dever de informar, dever de proteção e cuidado, bem como o dever de segredo, sob pena de as mesmas serem responsabilizados pelos danos causados à outra parte, em razão da violação de tais deveres.

Assim, embora inexista disposição legal expressa no regramento jurídico pátrio, no sentido de exigir uma conduta negocial regulada pela boa-fé e pela probidade, tem-se aplicado extensivamente o artigo 422 do Código Civil em vigência, o qual ordena um comportamento permeado pela lisura e pela transparência não apenas no momento em que o contrato encontra-se perfeitamente constituído, mas também em todas as etapas que o antecedem, a exemplo do que tem vigorado nos sistemas jurídicos alienígenas, notadamente na Alemanha e na Itália.

Igualmente, a despeito de a extensa maioria doutrinária entender que tais negociações preliminares, inicialmente, não têm força vinculante, restou comprovado que, ainda sob a égide do princípio da boa-fé, tais ajustes prévios possuem eficácia na esfera jurídica, tanto que se uma das partes ensejar expectativa à outra de que o negócio definitivamente concretizar-se-ia e, repentinamente, ocasionar a ruptura injustificada dessas tratativas, causando assim danos àquele que esperava celebrar o contrato, será civilmente responsabilizado, por força da responsabilidade chamada de pré-contratual.

A respeito da responsabilidade civil pré-contratual, demonstrou-se que se rendeu à doutrina alemã a concepção da denominada *terceira via*, uma vez que essa espécie de responsabilidade não se enquadraria nem na esfera contratual, nem tampouco na área extracontratual, e tem por principal escopo assegurar o princípio da confiança no estabelecimento do contrato, haja vista que de acordo com

o postulado da lealdade recíproca entre as partes encontra-se intimamente ligado às relações constituídas em vias de contratação.

Finalmente, foi possível atestar que para a ruptura das negociações preliminares ensejar a competente responsabilidade pré-contratual, mister se faz que os contraentes estejam num grau de confiança tal em que uma das partes já incutiu na outra a firme expectativa de que o contrato projetado seria de fato constituído, não havendo, assim, justificativa quanto ao rompimento prematuro da negociação, também denominada de *interesse contratual negativo*, decorrendo disso o competente dever reparatório sedimentado na frustração da fiel esperança de contratar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1991.

AZEVEDO, A. J. de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.18, abr./jun. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 10 junho 2004.

CHAVES, A. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

DINIZ, M. H. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br> Acesso em: 10 junho 2004.

DONNINI, R. F. **Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, L. E. **O Aggiornamento do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial**. Disponível em: <http://www.uel.br/cesa/dir/pos/publicacoes/publuizf.html> Acesso em: 18 junho 2004.

FICHTNER PEREIRA, R. **A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ITÁLIA. **International Institute for the Unification of Private Law.** Disponível em: <http://www.unidroit.org> Acesso em: 18 junho 2004.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS COSTA, J. H. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-contratual: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista dos Tribunais**. Número Especial, 1992.

_____. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 15, 1998.

NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. de. **Código Civil Anotado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. v.1.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Responsabilidade civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PONTES DE MIRANDA, F. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972. Tomo 38.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em: 10 junho 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 10 junho 2004.

RODRIGUES, S. **Dos Vícios do Consentimento**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SETTE, A. L. M. A. **Direito dos Contratos. Seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

USTÁRROZ, D. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

VENOSA, S. de S. O contrato preliminar no novo Código Civil. **Valor Econômico**, 28 março 2003.

WALD, A. **Obrigações e Contratos**. 14. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ABREU FILHO, J. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR FILHO, C. A. Ensaio sobre um Novo Conceito de Contrato. **Revista Bonijuris**. Curitiba: v.14, n.461, p.16-17, (abr./2002).

GARCIA, E. C. **Responsabilidade Pré e Pós Contratual à Luz da Boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LOURENÇO, J. **Limites à Liberdade de Contratar**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

THEODORO JÚNIOR, H. **O Contrato e Seus Princípios**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.