DCV

CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI

RESPONSABILIDADE PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES

2005

DIREITO CIVIL
BIBLIOTECA

editora Juarez de Oliveira

EDITOR RESPONSÁVEL
JUAREZ DE OLIVEIRA

Capítulo III

A ILICITUDE DA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES FUNDADA NO ABUSO DO DIREITO

III.1. Interesse na análise do abuso do direito como critério para aferir a ilicitude da ruptura das negociações no direito brasileiro

A existência de um direito subjetivo de não concluir o contrato, fruto do princípio da autonomia da vontade, veda o recurso puro e simples à regra geral de responsabilidade civil, inicialmente prevista no art. 159 do Código Civil de 1916 e mantida nos arts. 186 e 927 do novo Código Civil. Isso não significa, entretanto, que os danos sofridos em virtude do exercício de uma posição jurídica de vantagem não comportem ressarcimento, dado que, por força do art. 187 do novo Código Civil, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

No ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, o exercício danoso de um direito pode acarretar a responsabilização de seu titular, desde que observados certos pressupostos, conforme se depreende da leitura conjunta dos arts. 187 e 927 do novo Código Civil. A dicção do art. 187 do novo Código Civil deixa claro que a legislação brasileira admite a teoria do abuso do direito, a exemplo do que ocorria por força do art. 160, inc. I, *contrario sensu*, do Código Civil de 1916[1]. Assim, a caracterização do ato ilícito, no direito brasileiro, decorre não

[1] A admissão da figura do abuso do direito com recurso ao art. 160, inc. I, *contrario sensu*, era unanimemente admitida pela doutrina que estudou o Código Civil de 1916. Cf., a

só da incidência do art. 186, como também do art. 187, que consagra a noção de abuso do direito e amplia o conceito de delito, a exemplo do que ocorre no direito português em razão do art. 334 do respectivo Código Civil[2].

Desse modo, parece possível solucionar o problema atinente à configuração da responsabilidade pela ruptura das negociações com recurso à tradicional figura do abuso do direito. Seria autorizado afirmar, em termos sintéticos, que a ruptura abusiva das negociações deve ser tida por ilícita, e, portanto, passível de gerar direito de indenização para o candidato a contratante prejudicado.

Note-se que foi justamente a vedação do abuso do direito de romper as negociações que inspirou o legislador italiano a inserir o art. 1.337 no *Codice*, determinando que as partes observem os ditames da boa-fé objetiva tanto no curso das tratativas como durante a formação do contrato[3]. A construção da responsabilidade pela ruptura das negociações com base na proibição do exercício abusivo de direito foi ainda sustentada por MOTA PINTO antes da edição do Código Civil de 1966, período em que ainda não havia um dispositivo semelhante ao atual art. 227/1, que, a exemplo do art. 1.337 do Código Civil italiano, dispõe que a boa-fé objetiva deve ser observada no desenrolar das negociações[4]. A relação entre ruptura das negociações e abuso do direito, como se verifica, não é inédita, tendo sido defendida em outros ordenamentos, inclusive com recurso à boa-fé objetiva, prevista expressamente no art. 187 do novo Código Civil.

No direito brasileiro, como adiantado, embora não haja norma que sancione expressamente a ruptura das negociações, pode-se recorrer ao abuso do direito para, limitando o exercício da autonomia contratual, conferir o direito de indenização ao candidato a contratante indevidamente prejudicado com a ruptura das negociações. Para tanto, todavia, deve-se precisar qual o verdadeiro sentido do abuso do direito adotado pelo art. 187 do novo Código Civil, verificando ainda sua efetividade para atuar como critério caracterizador de ilicitude. Nesse sentido, cumpre analisar a evolução histórica da figura, notadamente por meio da consideração das construções que ao longo do tempo

título exemplificativo, BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil...*, *ob. cit.*, v. I, pp. 424/426; LIMA, Alvino. *Culpa e risco. ob. cit.*, p. 250; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 255 e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, *ob. cit.*, v. I, p. 312.

[2] Cf. VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual...*, *ob. cit.*, pp. 193/194.

[3] Cf. MERUZZI, Giovanni. *La trattativa...*, *ob. cit.*, p. 39.

[4] A responsabilidade..., *ob. cit.*, p. 180.

foram desenvolvidas para justificá-la, permitindo compreender devidamente a orientação adotada pelo novo Código Civil.

III.2. SURGIMENTO DO ABUSO DO DIREITO

A expressão abuso do direito foi criada pelo belga LAURENT para designar decisões dos tribunais franceses que condenaram o titular de um direito por tê-lo exercido de maneira irregular[5]. Os primeiros julgados que levaram a formular-se a noção de abuso do direito datam do período imediatamente posterior à edição do Código Civil francês de 1804 e repercutiram na jurisprudência durante mais de 100 anos.

Assim, em 10.11.1808, foi condenado o dono de uma fábrica de chapéus, que, no exercício de seu direito de propriedade, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança; em 16.8.1820, o construtor de um forno, que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho; em 2.5.1855, o construtor de uma chaminé falsa que vedava a luz do vizinho com quem vinha se desentendendo; em 18.4.1856, o proprietário que bombeava para o rio a água do próprio poço para baixar o nível do poço do vizinho; em 25.7.1861, o proprietário que, ao perfurar seu prédio, provocou o desabamento do vizinho; em 2.12.1871, a organização de batuque e algazarra para espantar a caça do prédio vizinho – o mesmo tendo ocorrido em 7.2.1912; em 18.2.1907, condenou-se a emissão de fumos desagradáveis por meio de forno; em 17.5.1910, os estragos em mina praticados por concessionária da exploração, no curso da concessão; e, em 19.2.1913, o proprietário que erguera espigões em seu terreno para danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho[6].

Sendo motivada pela jurisprudência, a doutrina começou a indagar a respeito das origens históricas do abuso do direito, sem que, no entanto, tivesse muito sucesso[7]. Isso porque, nem o direito romano, nem o direito medieval consagraram o abuso do direito como categoria autônoma[8]. Naquele momento histórico, os juristas encontravam-se em posição particularmente difícil, pois, além de não poderem contar com subsídios normativos anteriores, não havia qualquer referência ao abuso do direito no *Code*, tido como a fonte do direi-

[5] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 670/671.

[6] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 671 e notas 40 a 47.

[7] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 671.

[8] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 672/676.

O esforço de concretização também foi empreendido pela jurisprudência alemã, que, buscando determinar o "sentimento de decência de todos os que pensam équa e justamente", entendia que seria necessário levar em consideração o círculo social no qual verificou-se o litígio, chamando-se pessoas comuns para delimitar a noção[81]. Assim, a "consciência popular dominante, do sentimento de decência de todos os que pensam équa e justamente" deveria ser determinada caso a caso, pois não havia vetores que permitissem solucionar casos concretos. Como bem aponta MENEZES CORDEIRO, o recurso a esse "sentimento" é meramente formal, uma vez que traduz uma fórmula vazia, não sendo fornecido ao operador do direito meios de determinar a extensão desse sentimento nem de como aplicá-lo ao caso concreto[82]. A maior prova da inaptidão da referência à "consciência popular dominante" para regrar casos concretos é dada pela jurisprudência alemã, que, sem construir uma teoria própria da extensão dos bons costumes, isolou algumas hipóteses tidas como ofensivas, sem que, todavia, tenha concretizado com alguma sistematicidade o "sentimento de decência de todos os que pensam équa e justamente", o que, se fosse possível, provavelmente teria sido feito em mais de 100 anos de vigência do BGB[83].

A adoção do "sentimento jurídico prevalente na comunidade social" como critério decisório não vingou na Alemanha em razão da impossibilidade historicamente verificada de sua concretização. No Brasil, a definição desse "sentimento" parece ainda mais difícil, tendo em vista que a sociedade brasileira é marcada por uma diversidade social e cultural que certamente não se verifica em terras germânicas. Isso recomenda que o critério também não seja adotado no direito brasileiro, na medida em que não poderia conferir ao operador meios adequados para resolver os casos concretos.

Antes de prosseguir, deve-se acrescentar que o precioso estudo de MOTA PINTO é anterior ao Código Civil de Portugal de 1966, que, em seu art. 334, consagra uma concepção muito particular de abuso do direito de que se cuidará adiante. Naquele momento, portanto, não era dado ao grande jurista português valer-se do referido dispositivo legal para caracterizar a figura. Como se verá a seguir, a intuição de MOTA PINTO era absolutamente correta, sendo o abuso o verdadeiro critério para aferir a ilicitude da ruptura das negociações. A formulação do abuso, no entanto, pode ser feita de maneira mais adequada partindo-se, no direito brasileiro, do art. 187 do novo Código Civil, que, como reiteradamente afirmado, praticamente reproduz o art. 334 do Código Civil português.

[81] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 1.217.
[82] Cf. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 1.217/1.218.
[83] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 1.220/1.221.

III.6. A CONSTRUÇÃO DO ABUSO DO DIREITO FUNDADO NA BOA-FÉ OBJETIVA

III.6.1. Histórico

No direito brasileiro, a configuração do abuso do direito remete expressamente à boa-fé, por força do art. 187 do novo Código Civil. A relação entre boa-fé e abuso do direito não decorre de uma surpreendente inovação jurídica do legislador pátrio, mas sim, de modo claro, da recepção do art. 334 do Código Civil português. Assim, antes de mais nada, cumpre verificar o contexto histórico que justificou a edição do art. 334 do Código Luso de 1966, principiando pela análise do desenvolvimento do tema no direito alemão.

No período imediatamente anterior à edição do BGB, a ciência jurídica alemã baseava-se essencialmente no estudo das *pandectas* de Justiniano, caracterizando-se pelo incessante esforço em fundamentar as soluções do direito comum no *Corpus Iuris Civilis*[84]. Naturalmente, esse fenômeno também foi verificado na construção dos comportamentos tidos por abusivos, fundamentalmente por meio das figuras da *exceptio doli* e da chicana, sem que, entretanto, a pandectística tenha elaborado uma noção ampla de abuso do direito[85]. A *exceptio doli* será tratada mais adiante[86]. Por ora, impende tecer algumas considerações a respeito da noção de chicana e de sua consagração no BGB.

No século XIX, a figura da chicana provocou acesa polêmica, tendo os estudiosos degladiado-se em torno de dois conceitos possíveis. De um lado, sustentava-se que a chicana deveria ser entendida como o exercício do direito para prejudicar outrem; de outro, como o exercício do direito para prejudicar outrem acompanhado da inexistência de qualquer interesse outro do titular[87]. Durante os trabalhos preparatórios do BGB, o segundo conceito, mais restrito, foi adotado pelos autores do Código, notadamente porque a inexistência de interesse para o titular poderia ser avaliada objetivamente, sem que se tivesse de recorrer à análise da intenção do agente, fator subjetivo de difícil aferição e que, em absoluto, não se coadunava com o espírito do povo alemão[88]. Também militava pela adoção de um conceito mais restrito de chicana a existência de

[84] A respeito do pandectismo cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 491/524.
[85] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 687.
[86] Cf. capítulo III, item III.6.2.1.
[87] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 687.
[88] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé..., ob. cit.*, p. 688.

uma regulamentação bastante minuciosa do direito de vizinhança, tradicionalmente o campo mais propício para aparecerem comportamentos abusivos, bem como a possibilidade, já reconhecida no direito comum, de se recorrer à *exceptio doli*[89]. Assim, o BGB acabou consagrando um conceito restrito de chicana em seu § 226, ao dispor que o exercício do direito é inadmissível quando só possa ter por escopo infligir um dano a outrem[90].

Já no período imediatamente posterior à edição do BGB, a doutrina alemã sustentou o caráter objetivo da chicana, afirmando que sua caracterização não estaria condicionada a uma intenção especial do agente, mas sim à inexistência de interesse, objetivamente avaliável, no manejo de determinado direito.

O § 226 apresenta, no entanto, um grave inconveniente, pois exige, para sua incidência, que o exercício do direito só possa ter – e não que só tenha na situação verificada concretamente – o escopo de infligir danos. Isso comprometeu seu campo de aplicação, pois qualquer comportamento pode ter um número ilimitado de escopos, sendo improvável que, entre eles, ao menos um não seja danoso[91]. Desse modo, a despeito de algumas tentativas de alargamento do conceito contido no § 226, a doutrina atual é unânime em considerá-lo apertado, pouco significativo ou mesmo inútil[92].

Assim, impossibilitados de se valer da chicana para solucionar casos de comportamentos inadmissíveis, os estudiosos do direito alemão passaram a buscar outras soluções. Num primeiro momento, construiu-se a teoria do exercício inadmissível de posições jurídicas com arrimo no § 826[93], que impõe o ressarcimento dos prejuízos causados dolosamente em violação aos bons costumes. Permanecia, no entanto, um grave problema, pois, para sua aplicação, o § 826 exigia o dolo do agente, deixando descoberta uma série de exercícios negligentes, sendo certo, ainda, que o dispositivo previa apenas a solução indenizatória, deixando de estatuir a sanção mais adequada, qual seja, a cessação do abuso[94].

Prosseguindo na busca de um critério que permitisse resolver adequadamente o problema dos comportamentos tidos por abusivos, os juristas acabaram por encontrá-lo no § 242 do BGB[95], que consagra a boa-fé *in executivis*. Diferenciando-se dos bons costumes, a boa-fé surge como um critério adequado para aferir a abusividade de comportamentos, pois, além de vedar determinadas condutas, assume caráter preceptivo. Além disso, a aplicação da boa-fé, como regra, prescinde da análise da intenção do agente, pois pauta-se exclusivamente por fatores objetivos[96].

De fato, a boa-fé prevista no § 242 do BGB consiste em verdadeira máxima de conduta, uma vez que determina que os indivíduos que se comportem de forma cooperativa, leal e proba, conforme o padrão adotado por seus pares, tendo-se em vista as peculiaridades do caso concreto[97]. Sinteticamente, pode-se afirmar que a cláusula geral de boa-fé materializa duas idéias fundamentais, quais sejam, confiança e lealdade – *treu und glauben*[98].

A noção de boa-fé objetiva ainda é pouco desenvolvida no direito brasileiro, sendo freqüente limitar sua aplicação ao campo da interpretação dos negócios jurídicos[99], ponto que não guarda relação direta com a responsabilidade pela ruptura das negociações. Na verdade, como há muito verificado pela doutrina alemã, a boa-fé pode ainda desempenhar duas outras funções, quais sejam, a de criar deveres jurídicos e a de limitar o exercício de direitos subjetivos, como anota WIEACKER[100], em lição seguida no Brasil por Ruy

[89] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 689.

[90] "§ 226 (Proibição da "chicana") – O exercício de um direito é inadmissível se êle tiver por fim, sòmente, causar um dano a um outro." (*Código civil alemão*. Trad. Souza DINIZ. Rio de Janeiro: Récord Editôra, 1960).

[91] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 690.

[92] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 691.

[93] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 693.

[94] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 694.

[95] "§ 242 (Prestação de acôrdo com a boa-fé) – O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes o exige." (*Código civil alemão*. Trad. SOUZA DINIZ. Rio de Janeiro: Récord Editôra, 1960).

[96] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 694.

[97] Nesse sentido, vale conferir a lição de Judith MARTINS-COSTA, *in verbis*: "Já a 'boa-fé objetiva' quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *commom law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultura dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsuntivo." (*A boa-fé...*, *ob. cit.*, p. 411).

[98] Cf., a respeito das raízes germânicas da boa-fé objetiva o texto de Ubirajara Mach de OLIVEIRA (Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva *in Ajuris*, n. 71, Porto Alegre, 1997, pp. 154/215, especialmente pp. 180/182).

[99] Assim, BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175. Note-se, porém, que Orlando GOMES enxerga a cláusula geral como verdadeiro princípio do direito dos contratos, embora afirme em seguida que "o princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura." (*Contratos*, *ob. cit.*, p. 42).

[100] *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 50.

Rosado de AGUIAR JR.[101]. Tais funções, deve-se acrescentar, são complementares, e não excludentes, na medida em que o reconhecimento da existência de deveres está diretamente relacionado com a regularidade do exercício do direito, como bem salienta Heloísa Carpena Vieira de MELLO[102].

O recurso à boa-fé como fator limitador do exercício de direitos subjetivos foi particularmente considerado na Grécia, país no qual a orientação alemã exerce forte influência. Historicamente, explica-se a relação entre o direito grego e o alemão porque, naquele país, durante todo o século XIX e o início do século XX, vigorou o *Corpus Iuris Civilis*, sendo natural, portanto, a recepção da pandectística, que, como anteriormente assinalado, estudava a mesma base legislativa[103].

Nesse contexto, o Código Civil grego de 1946 positivou a doutrina alemã da época, de modo que, salvo suas especificidades, corresponde mais ao pensamento alemão que o próprio BGB[104]. No que mais de perto interessa neste momento, cumpre salientar o disposto no art. 281 do Código Civil grego, que, para coibir o abuso do direito, estabelece que "o exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito."[105].

O art. 281 do Código Civil grego foi desenvolvido por MARIDAKIS, que, reconhecendo a inoperância da chicana prevista no § 226 do BGB, procurou adotar um critério mais adequado[106]. Nesse sentido, valeu-se da codificação suíça e, sobretudo, da doutrina alemã, para referir-se aos bons costumes e à boa-fé, tomando emprestado do art. 74 do projeto franco-italiano das obrigações[107] a remissão ao fim social e econômico do direito[108]. Finalmente, aproveitou-se do art. 2/2 do Código suíço[109], ao condicionar a proibição do exercício do direito à ultrapassagem manifesta dos limites que lhe são impostos[110].

A redação do art. 281 do Código Civil grego contou com o aplauso dos estudiosos do direito local, que, salientando seu caráter inovador, viam no dispositivo uma das mais importantes normas desse diploma legal[111]. A alusão ao fim econômico e social do direito, no entanto, foi muito criticada pela doutrina, que, na esteira do entendimento narrado anteriormente, vê nele apenas um mero elemento interpretativo, cuja menção seria desnecessária[112]. Aplicando o referido dispositivo legal, a jurisprudência grega consagra diversas figuras típicas do exercício inadmissível de direitos, construídas na Alemanha com recurso à boa-fé objetiva[113]. Vale observar, ainda, que a jurisprudência grega, por vezes deixa de adotar a melhor orientação[114], pois não costuma diferir a boa-fé dos bons costumes[115]. De qualquer forma, não se arrisca ao afirmar que, no direito grego, o verdadeiro critério para aferir o abuso do direito é a boa-fé objetiva.

O art. 334 do Código Civil português também é fruto do trabalho de MARIDAKIS, visto que consiste em clara recepção do direito grego e, conseqüentemente, do pensamento jurídico alemão a respeito do exercício inadmissível de direitos[116]. De fato, como anota CUNHA DE SÁ, a edição do art. 334 decorre antes de preocupações doutrinárias do legislador do que de uma prática jurisprudencial adotada em Portugal[117].

A afirmação de CUNHA DE SÁ, embora destinada ao direito português, encontra inteiro cabimento quando se considera o direito brasileiro. Isso porque, da mesma forma que o art. 334 do Código Civil de Portugal, o art. 187 do novo Código Civil não consiste na positivação da orientação jurisprudencial brasileira a respeito do abuso do direito, mas sim em clara recepção do direito

[101] A boa-fé na relação de consumo *in Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, 1996, p. 20.

[102] A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual, *in Problemas de direito constitucional*. Gustavo TEPEDINO (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317.

[103] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 712/713.

[104] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 714.

[105] Adota-se aqui a tradução do dispositivo legal levada a efeito por MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 711).

[106] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 714/715.

[107] "Art. 74. Igualmente debe repararse a quien haya causado un daño a otro, excediéndose en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin para el cual se confiró esse derecho." (*apud* PLANIOL, Ripert e RIPERT, Georges. *Tratado elemental...*, *ob. cit.*, t. IV, p. 552).

[108] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 715. O mestre português, no entanto, refere-se ao art. 71 quando, na verdade, o Código Civil português inspira-se no art. 74 transcrito na nota precedente.

[109] "Art. 2 (B. Conteúdo das relações jurídicas; I. Procedimento de acôrdo com a boa-fé) Todos têm, no exercício dos seus direitos e na execução das suas obrigações, de agir de acôrdo com a boa-fé. O abuso evidente de um direito não encontra proteção legal." (*Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 23).

[110] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 715.

[111] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 715.

[112] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 716/717.

[113] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 716.

[114] Cf. capítulo III, item III.7.

[115] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 716.

[116] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 717.

[117] *Abuso do direito*, *ob. cit.*, p. 115.

estrangeiro. De fato, o recurso à boa-fé para fundamentar o abuso do direito não pode ser encontrado na tradição brasileira, que, muito apegada ao direito francês, sempre procurou caracterizar o instituto com arrimo na teoria dos atos emulativos ou na análise da função econômica e social do direito, conforme visto anteriormente.

A mera introdução de um dispositivo legal, entretanto, não é suficiente para que se crie uma prática jurisprudencial diferenciada a respeito do abuso do direito no Brasil. Prova disso é que, na Suíça, a despeito de a doutrina reconhecer há muito a relação existente entre abuso do direito, previsto no art. 2/2 do respectivo Código, e boa-fé, tratada no art. 2/1, a jurisprudência reluta em dar à figura sua real abrangência[118]. Como bem anota MENEZES CORDEIRO, a simples referência a grandes princípios não é suficiente para a correta aplicação do direito se não vier acompanhada de um esforço de concretização, a ser empreendido tanto pelos estudiosos como pelos operadores do direito[119]. Acrescente-se, ainda, que muitas vezes são adotadas soluções jurídicas para casos concretos que não contam com base expressa na legislação[120], como ocorreu, à luz do Código Civil de 1916, com a figura do enriquecimento sem causa[121], que somente encontrou abrigo legal com a edição dos arts. 884 a 886 do novo Código Civil. Salta aos olhos, portanto, que não há relação necessária entre positivação e aplicação concreta do direito, embora não se possa deixar de reconhecer que, como regra, a segunda decorre da primeira.

Infelizmente o novo Código Civil perdeu grande oportunidade de regrar adequadamente a boa-fé objetiva, pois não deixou clara a possibilidade de aplicação da cláusula geral ao período das negociações, providência reclamada por Antonio Junqueira de AZEVEDO muito antes de o diploma legal entrar em vigor[122]. Assim, o intérprete do direito brasileiro está forçado a percorrer um caminho mais longo do que os juristas italianos e portugueses para cuidar do período das negociações, na medida em que não lhes é possível afirmar pura e simplesmente que a boa-fé deve ser observada nessa fase, como é facultado aos operadores do direito desses países em razão dos arts. 1.337 e

[118] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 697/698.

[119] Cf. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 700.

[120] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 700.

[121] Cf., a título meramente exemplifcativo, STJ, Resp. n. 383.536-PR, 4ª Turma, r. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.2.2002.

[122] Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos *in Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, v. 1, Rio de Janeiro, 2000, pp. 3/12.

227/1 dos respectivos Códigos Civis. Desse modo, se é verdade que a existência de um dispositivo legal não é suficiente, por si só, para consagrar em termos práticos um determinado regramento, também é correto afirmar que a adequada positivação de normas auxilia, e muito, o operador do direito.

Apesar de não haver dispositivo expresso no direito brasileiro a respeito do período das negociações, parece possível recorrer, como adiantado, ao art. 187 do novo Código Civil, cuja compreensão correta não pode ser atingida sem que se valha da experiência germânica sobre a atuação da boa-fé objetiva como fator limitante de direitos. Na Alemanha, o abuso do direito resta caracterizado em uma série de hipóteses típicas, nas quais é possível verificar com maior nitidez a ocorrência do comportamento inadmissível. A existência de tais figuras típicas, no entanto, não esgota a possibilidade de comportamentos abusivos, que podem ser verificados mesmo em sua ausência, desde que haja violação à boa-fé. Não se fala, portanto, em regramento típico do abuso do direito, mas sim em situações típicas em que sua verificação pode ser mais facilmente observada[123].

A análise das hipóteses típicas de abuso, cunhadas pelos estudiosos do direito alemão, é necessária para que se possa verificar se o recurso ao art. 187 do novo Código Civil é realmente adequado para aferir a ilicitude da ruptura das negociações.

III.6.2. Tratamentos típicos de comportamentos abusivos

III.6.2.1. *Exceptio doli*

No direito material, a exceção atua no plano dos efeitos, fazendo-se atender a despeito da existência, validade e potencial eficácia do ato jurídico praticado[124]. Em termos gerais, pode-se afirmar que a exceção material é um contradireito, pois serve para encobrir a eficácia de direitos, pretensões, ações ou mesmo exceções contra as quais pode ser oposta[125]. No direito brasileiro, a exceção mais conhecida provavelmente é aquela prevista no art. 476 do novo Código Civil, designada como *exceptio non adimpleti contractus*, a qual, sem negar o direito do outro contratante à prestação, barra sua eficácia, impedindo que a exija antes de cumprir suas próprias obrigações[126]. A nota característica

[123] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 718, nota 259.

[124] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, *ob. cit.*, t. VI, pp. 3/4.

[125] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, *ob. cit.*, t. VI, p. 6.

[126] Cf. GOMES, Orlando, *Contratos*. *ob. cit.*, p. 91.

III.8. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A existência de um direito de dar por encerradas as negociações não exclui a possível ilicitude do ato, na medida em que o novo Código Civil, mantendo a tradição inaugurada com o Código Civil de 1916, consagra a figura do abuso do direito em seu art. 187. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que o novo Código Civil adota um conceito diferente de abuso do direito, proveniente do desenvolvimento da figura na Alemanha, construída a partir da boa-fé objetiva, prevista no § 242 do BGB.

A origem histórica do art. 187, do novo Código Civil, oriundo do art. 334 do Código Civil português e, mais remotamente, do art. 281 do Código Civil grego, demonstra que, entre os fatores limitantes do exercício do direito subjetivo, predomina a menção à boa-fé, com recurso a todas as hipóteses típicas de comportamentos inadmissíveis decorrentes. Tais hipóteses não são taxativas, pois pode-se vislumbrar a violação à boa-fé objetiva ainda que seus requisitos não estejam presentes. Isso não significa, todavia, que não sejam úteis, na medida em que seu conhecimento permite aferir com maior facilidade quando a cláusula geral terá ou não sido violada.

A menção à função social do direito, por sua vez reduz-se a um elemento interpretativo, e, como conseqüência nega a própria autonomia da figura do abuso do direito, pois não comporta concretização[294]. No caso específico das negociações, a função social e econômica do direito de dá-las por encerradas parece ser justamente preservar a liberdade que a inspira, o que impede cogitar de violação funcional nesse caso. A referência aos bons costumes, por sua vez, também não satisfaz, seja por ainda não ter sido definitivamente resolvido o problema atinente à influência da moral no direito, seja por força da dificuldade específica em se identificar costumes atinentes ao encerramento das negociações no direito brasileiro.

A inadequação das outras construções teóricas a respeito do abuso do direito, são comprovadas pela própria história. Na França, país onde surgiu a figura, a última decisão consagrando o abuso que pode ser encontrada nos repertórios jurisprudenciais data de 1937, ou seja, tem mais de 60 anos[295]. Na Alemanha e

[294] A esse respeito, vale conferir a lição de MENEZES CORDEIRO, *in verbis*: "...nenhuma interpretação de normas jussubjectivas, por inventiva que se apresente, conseguiria, por si, justificar e, muito menos, alcançar, a riqueza de soluções que se viu obrigadas à *exceptio doli*, ao *venire contra factum proprium*, às inalegabilidades formais, à *suppressio* e à *surrectio*, ao *tu quoque* ou ao desequilíbrio do exercício." (*Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 873/874).

[295] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, p. 705, nota 195.

na Itália, o instituto jamais gozou de muito prestígio. No primeiro caso, pela falta de precisão do instituto, e no segundo, além da concorrência do primeiro fator, pela inexistência de raízes romanas legítimas[296].

A boa-fé objetiva, por sua vez, parece conferir conteúdo adequado à noção de abuso do direito, pois fornece meios para que o operador do direito avalie, num caso concreto, se o exercício do direito é ou não inadmissível. No caso da ruptura das negociações, presta auxílio especial a figura do *venire contra factum proprium*, cujos contornos antes assinalados parecem enquadrar-se perfeitamente na definição dos pressupostos necessários à definição da ilicitude do encerramento dos entendimentos. Acrescente-se ainda a orientação consagrada nos ordenamentos jurídicos da Itália e de Portugal, que, de modo expresso, elegem a boa-fé como critério definidor da responsabilidade em caso de ruptura das negociações. Deve-se invocar, ainda, a lição do direito alemão, que, mesmo sem ter um preceito específico, também constrói a responsabilidade com fundamento no mesmo critério. O recurso à boa-fé é adotado, também, no direito argentino, com base no art. 1.198, ap. 1, do respectivo Código Civil[297].

Mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, diversos estudiosos do direito brasileiro já sustentavam que a responsabilidade pela ruptura das negociações deveria ser definida com arrimo na boa-fé objetiva, nomeadamente Antonio Junqueira de AZEVEDO[298], Judith MARTINS-COSTA[299], Regis Fichtner PEREIRA[300], Carlyle POPP[301] e Récio Eduardo CAPPELARI[302]. O novo Código Civil, em seu art. 187, acolhe expressamente a boa-fé como critério para que se possa definir a ilicitude da ruptura das negociações, correspondendo, assim, à melhor orientação doutrinária e harmonizando-se com os ordenamentos normalmente utilizados como padrão de referência. Pode-se afirmar, portanto, que a boa-fé é, com efeito, o verdadeiro critério para definir o abuso do direito no Brasil, servindo, conseqüentemente, para que se possa determinar quando a ruptura das negociações deve ser tida por ilícita.

[296] Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 701/705.

[297] Cf. BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 86/87.

[298] A boa-fé na formação dos contratos, *ob. cit.*, pp. 81/82.

[299] *A boa-fé...*, *ob. cit.*, pp. 472/515.

[300] *A responsabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 312/336.

[301] *Responsabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 134/138 e 256/264.

[302] *Responsabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 42/43.

servem para disciplinar adequadamente uma situação conflituosa real, ou, em termos mais simples, se a teoria encontra aplicação prática. Numa frase, a casuística consiste na verificação da possibilidade de se concretizar os fundamentos teóricos.

De fato, historicamente, a jurisprudência tem desempenhado um papel decisivo na evolução do direito[3], podendo-se mencionar, apenas a título ilustrativo, que um único artigo do Código Civil francês, o 1.382, originou milhares de decisões, servindo para delimitar os contornos tradicionais da responsabilidade aquiliana, uma das mais importantes e vivas partes do direito civil atual[4]. Fenômeno análogo também pôde ser observado no direito brasileiro durante a vigência do Código Civil de 1916, cujo art. 159 originou inúmeras decisões, de modo a estabelecer as bases da responsabilidade extracontratual em território brasileiro.

A análise da jurisprudência num trabalho acadêmico exerce uma dupla função, uma vez que permite verificar, de um lado, quais situações conflituosas foram submetidas à apreciação do Poder Judiciário, e, de outro, os fundamentos invocados como razão de decidir. Constata-se, assim, não só os problemas que têm sido vivenciados pelos jurisdicionados, como também se havia construções teóricas suficientemente precisas para solucioná-los, o que, prosseguindo no raciocínio, indica se há necessidade de se proceder a ulterior aperfeiçoamento da ciência jurídica no específico campo analisado. No tema da responsabilidade pela ruptura das negociações, a casuística revela-se particularmente importante, visto que a figura não teve grande desenvolvimento no direito brasileiro, podendo-se vislumbrar uma função instrutiva de sua parte, na medida em que fornece contornos mais claros das situações em que o encerramento dos entendimentos preliminares é passível de responsabilização.

Destinando-se o presente estudo a precisar o regramento da ruptura das negociações no direito brasileiro, salta aos olhos a conveniência de se examinar casos concretos que foram submetidos à apreciação do Poder Judiciário nacional, verificando-se, assim, quais problemas já foram enfrentados pelos cidadãos brasileiros nesse específico mister. Como adiantado, entretanto, a ruptura das negociações não foi muito apreciada pelos tribunais brasileiros, o que dificulta uma análise mais completa, necessária para verificar com maior precisão a aplicabilidade prática da construção teórica exposta anteriormente.

Assim, ao lado dos julgados brasileiros serão considerados alguns arestos provenientes da Itália, da Alemanha e de Portugal, inclusive porque a orientação teórica cunhada nesses países a respeito da responsabilidade pela ruptura das negociações tem muito a contribuir para o desenvolvimento do tema no Brasil. Acrescente-se ainda que nesses três países a responsabilidade pela ruptura das negociações tem sido avaliada com fundamento na incidência da boa-fé objetiva no período anterior à conclusão do contrato, o que torna mais proveitosa a casuística comparada, visto que, no direito brasileiro, a cláusula geral figura como critério de aferição da ilicitude do término dos entendimentos preliminares.

[3] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil...*, *ob. cit.*, v. I, p. 120.

[4] GILISSEN, John. *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 508.

Para organizar e conferir maior clareza à exposição, os casos foram agrupados conforme a razão pela qual as negociações foram rompidas. Dessa forma, vários julgados podem ser analisados conjuntamente, possibilitando identificar com maior precisão o campo e o modo de aplicação da construção teórica proposta, sempre com o intuito de fornecer elementos que permitam ao operador resolver mais facilmente os problemas que lhe forem apresentados. A análise dos diferentes grupos de casos auxilia no raciocínio por aproximação, técnica utilizada reiteradamente na prática jurídica, calcada tradicionalmente na força argumentativa dos precedentes.

Desse modo, estabelecido o motivo da exposição de casos, bem como o método que será adotado para tanto, cumpre cuidar dos julgados propriamente ditos, principiando pela análise dos conflitos suscitados pela ruptura das negociações decorrentes da simples perda de interesse na conclusão da avença.

V.2. RUPTURA EM RAZÃO DA PERDA DE INTERESSE NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

Os primeiros casos a serem analisados consistem em situações nas quais o conflito de interesses decorreu da ruptura das negociações em razão da simples perda de interesse na conclusão do contrato. A esse respeito, vale destacar seis acórdãos, sendo dois do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e três das Cortes italianas.

O caso inicial diz respeito à responsabilidade de uma empresa alimentícia pela ruptura das negociações tendentes à conclusão de um contrato para aquisição da produção de tomates de agricultores de Canguçu, interior do Estado do Rio Grande do Sul[5].

[5] Ap. Civ. n. 591028295, 5ª Câm. Civ., r. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 6.6.1991 *in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 154:378/385.

A ação foi ajuizada visando a responsabilizar a empresa alimentícia, que, segundo a exordial, teria deixado de adquirir a safra de tomates de 1987/88, após ter fornecido as sementes necessárias ao plantio do fruto. Na contestação, a empresa negou qualquer responsabilidade, tendo afirmado que deixou de adquirir os tomates porque não iria industrializar o produto a partir de sua fábrica em Pelotas e que da simples doação das sementes não poderia decorrer qualquer dever de reparação.

Em primeira instância, a empresa alimentícia foi responsabilizada, argumentando-se que não lhe seria dado deixar de adquirir as sementes após ter se comprometido a tanto, levando os agricultores a efetuarem diversos investimentos nesse sentido, os quais, ao final, perderam sua razão de ser, tornando-se verdadeiros prejuízos[6]. Inconformada com a sentença que lhe foi desfavorável, a empresa alimentícia apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Analisando os autos, o Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., que posteriormente foi Ministro do Superior Tribunal de Justiça, houve por bem manter a decisão do órgão *a quo*, acrescentando-lhe substancial fundamentação.

Com efeito, ao julgar o caso, o então Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., após citar as lições de Clóvis do Couto e SILVA e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, reconheceu que a prova testemunhal comprovou que a empresa alimentícia tinha por prática fornecer sementes aos agricultores da região para, posteriormente, adquirir-lhes a safra, fato que se repetiu relativamente à produção de 1987/88. Além disso, a prova testemunhal também deixou claro que, após desistir da aquisição da referida safra, a empresa alimentícia procurou resolver o problema, entrando em contato com outra pessoa jurídica para que fosse absorvida a produção dos agricultores, o que, como também foi comprovado, não se deu integralmente.

Assim, considerando que a empresa alimentícia levou os agricultores a confiarem na formalização do contrato e posteriormente desistiu da conclusão da avença, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por intermédio do

[6] O acórdão dá notícia da sentença nos seguintes termos: "Explicou a Dra. Pretora que, durante muitos anos, a empresa ré forneceu sementes para o cultivo de tomate a agricultores do interior de Canguçu, comprometendo-se a adquirir a produção, devendo o agricultor pagar, ao final, com a colheita, o investimento da requerida. A regularidade desse procedimento deu azo a formação de uma teia de trabalhadores, proprietários de um caminhão, que transportavam o produto, e agricultores, que mantinham a expectativa do negócio. Ocorre que, quando da safra de 1988, a ré entregou a semente e afirmou que compraria a produção, conforme depoimento das testemunhas, e, no entanto, não o fez. O fato de inexistir contrato escrito apenas revela a habitualidade do comportamento e a confiança entre as partes envolvidas." (*in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 154:379).

Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., reconheceu a responsabilidade pela ruptura das negociações, tutelando a confiança na conclusão da avença, indevidamente frustrada[7].

Pouco antes, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia analisado caso semelhante, tendo concluído, contudo, inexistir responsabilidade pela ruptura das negociações. Naquela ocasião, discutia-se a responsabilidade de uma universidade que impediu à empresa de auditoria contratada pelo Diretório Central dos Estudantes de verificar suas contas[8].

De acordo com a petição inicial, a universidade, após ter deixado claro que era favorável à contratação da empresa de auditoria, não poderia simplesmente obstar o início dos trabalhos. Por outras palavras, a perda do interesse da universidade na execução do contrato com a empresa de auditoria seria injustificável, de modo que deveria ressarcir os gastos incorridos pelo diretório dos estudantes com a contratação.

Para provar o alegado, o Diretório Central dos Estudantes pautou-se pelo protocolo de intenções, em que constava claramente a concordância da reitoria com a indicação de três auditores profissionais, pelos professores, alunos e funcionários, respectivamente, para que, paga a remuneração a ser avençada, analisassem os registros contábeis e financeiros da Universidade de Passo Fundo e da mantenedora[9]. Além disso, também apresentou declaração do reitor, concordando com a proposta de realização da auditoria, tendo, em outra oportunidade, reiterado sua posição, ao constatar a habilitação e a idoneidade da empresa contratada pelo Diretório Central dos Estudantes[10]. A universidade, por sua vez, negou sua eventual responsabilidade, afirmando que jamais teria se comprometido a aceitar empresa que fosse exclusivamente contratada pelo diretório dos estudantes.

[7] Vale conferir a ementa do aresto, *litteris*: "Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido julgando improcedente a ação." (*in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 154:378).

[8] EmbInfr. n. 590035374, 3º Grupo de Câm. Civ., r. Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 1º.3.1991 *in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 151:275.

[9] *In Revista deJurisprudência do TJRGS* 151:276.

[10] *In Revista de Jurisprudência do TJRGS* 151:276.

Definindo a questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de embargos infringentes, concluiu pela irresponsabilidade da universidade, uma vez que esta não teria se comprometido formalmente a aceitar que os trabalhos de auditoria fossem desempenhados pela empresa contratada pelo diretório dos estudantes[11].

Ainda com relação a esse julgado, interessa destacar o voto vencido do Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., acompanhado pelo Des. Adalberto Libório BARROS e pelo Des. Lio Cezar SCHMITT, asseverando que, dadas as circunstâncias do caso concreto, a responsabilização da universidade seria de rigor, a despeito da inexistência de comprometimento formal quanto à específica contratação da empresa de auditoria indicada pelo diretório dos estudantes. Isso porque, a universidade frustrou a confiança na conclusão do contrato, suscitada por sua própria conduta, inclusive por meio de diversas manifestações por escrito, indicando que não apenas concordava com a realização da auditoria, como também com os profissionais indicados para levá-la a efeito[12]. Acrescentou ainda o Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR. que a conduta da universidade caracterizaria verdadeiro *venire contra factum proprium*, pois consistiria em contrariedade de comportamentos que não poderia ser admitida pelo direito[13].

O terceiro caso a ser analisado no presente tópico teve lugar em Portugal e tão grande foi sua importância que Mário Júlio de ALMEIDA COSTA dedicou-lhe

[11] A ementa do acórdão deixa claro o posicionamento do Tribunal, adotado por maioria de votos, *litteris*: "Indenização. Simples admissão, em tese, de realização de auditoria independente em universidade, não autorizava contratação imediata de empresa para a tarefa pelo Diretório Central de Estudantes. Açodamento do órgão estudantil para angariação de fundos e contratação de despesas não autorizadas pela universidade. Ação improcedente. Sentença mantida por maioria. Embargos infringentes rejeitados, por maioria." (*in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 151:275).

[12] "Vê-se do material enviado previamente pelo eminente Relator que a universidade, através de diversas manifestações, durante considerável espaço de tempo, concordou com a realização dessa auditoria: declarações reiteradas do reitor; decisões tomadas pelo conselho administrativo; documentos atestando a habilitação de técnicos escolhidos para a realização dessa auditoria, etc. Esse conjunto de dados terminou criando no DCE a fundada expectativa de realização do que fora prometido, programado e confirmado. O que mais poderiam esperar os integrantes do DCE senão o cumprimento daquelas continuadas manifestações, com a efetiva realização do procedimento da auditoria assim como previsto? Diante disso, era razoável que o DCE tomasse as providências compatíveis para a realização de tal objetivo. Fez o levantamento de recursos, contratou o técnico e se preparava para dar início aos trabalhos quando foi surpreendido com a negativa da reitoria, que assim retrocedeu sobre os próprios passos, frustrando o projeto." (*in Revista de jurisprudência do TJRGS* 151:278).

[13] Ajusta-se aqui, com perfeição, a regra que proíbe ao contratante e ao administrador *venire contra factum proprium*: quem cria no outro, através de condutas reiteradas, expectativa de um certo comportamento futuro e, depois, volta atrás, pratica ato ostensivo ao princípio

um estudo completo, citado reiteradamente no presente trabalho[14]. Trata-se de um processo julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, iniciado por quotistas de uma sociedade limitada que comercializava tecidos, peles e vestuário por ela confeccionados[15]. Os quotistas haviam estabelecido entendimentos verbais com pessoas interessadas na aquisição de suas quotas, tendo sido fixado o preço que seria pago na formalização do negócio, agendada para a primeira quinzena de novembro de 1975.

Além disso, também foi acertado verbalmente que os candidatos a cessionários das quotas adquiririam os tecidos e as confecções existentes no estabelecimento comercial, cabendo aos candidatos a cedentes despedir as treze costureiras então empregadas e arcar com os conseqüentes encargos sociais. Posteriormente, por insistência dos candidatos a cessionários, os candidatos a cedentes desistiram das encomendas de tecidos feitas anteriormente, cujas entregas ainda não haviam ocorrido.

Conforme se extrai do julgado, a intenção manifestada pelos candidatos a cessionários era a de adquirir o estabelecimento comercial dos candidatos a cedentes para atuar na intermediação de confecções, deixando de produzir peças próprias, como até então vinha acontecendo. Por essa razão, toda a parte destinada à produção própria de confecções deveria ser desativada, notadamente com o desligamento das treze costureiras que atuavam no ateliê da sociedade.

Mais adiante, embora ainda não tivesse sido formalizado o contrato, os candidatos a cessionários passaram a dirigir efetivamente a sociedade, portando-se como verdadeiros donos da empresa. Os candidatos a cedentes, por sua vez, deram cumprimento às providências anteriormente combinadas, tendo suspendido os pedidos de entrega dos materiais necessários à produção de confecções para a estação e despedido as treze costureiras. A partir de 13.11.1975, para a surpresa dos candidatos a cedentes, os candidatos a cessionários informaram que não assinariam a escritura pública para a cessão de quotas, alegando que teriam perdido interesse no negócio.

Diante dessa situação, os candidatos a cedentes sofreram diversos prejuízos, consistentes nos gastos incorridos com: (*i*) dispensa das treze costureiras, que, em virtude da não-formalização do negócio, voltavam a ser necessárias;

da boa-fé, que se faz presente tanto no Direito Civil como no Direito Administrativo, pois preside a todo o ordenamento jurídico." (*in Revista de Jurisprudência do TJRGS* 151:278).

[14] Responsabilidade...., *ob. cit.*, pp. 23/99.

[15] Processo n. 69.021, r. Sá Gomes, j. 5.2.1981, *apud* ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade..., pp. 13/19.

(*ii*) impossibilidade de voltar a produzir ou a comercializar confecções em determinado período, na medida em que, além de terem dispensado as costureiras, desistiram, por orientação dos candidatos a cessionários, das encomendas feitas anteriormente para a estação; e (*iii*) chamadas telefônicas realizadas durante o período em que os candidatos a cessionários estiveram à testa da sociedade.

Julgando o caso, o Supremo Tribunal de Justiça condenou os candidatos a cessionários a ressarcir todos os danos causados aos candidatos a cedentes, afirmando que os candidatos a cessionários não teriam observado a boa-fé durante as tratativas, conforme determina o art. 227/1 do Código Civil de 1966. A Corte portuguesa asseverou então que, diante da conduta dos candidatos a cedentes, os negociadores cessionários não poderiam ter deixado de ficar convencidos a respeito da conclusão do contrato[16], não lhes sendo dado, nesse ponto, simplesmente abandonar as negociações, sem ressarcir os prejuízos decorrentes de sua conduta[17].

A Corte de Cassação italiana julgou interessante caso em que se discutia a responsabilidade pelos danos decorrentes da ruptura das negociações, em função de perda do interesse de concluir a avença por um dos candidatos a contratante[18]. Nesse aresto, prolatado em 17.6.1974, um dos candidatos a contratante propôs ao outro a venda de determinado maquinário, indicando o preço da mercadoria. O outro candidato a contratante, sem aceitar a proposta, envia uma carta, indagando se o proponente poderia prestar os serviços necessários à instalação do equipamento. Mais tarde, o destinatário da proposta rompe as negociações, afirmando que o preço do maquinário não seria satisfatório. A Corte de Cassação entendeu que a confiança despertada no proponente com o envio da carta que o convidou a instalar o maquinário não

[16] "Ora, é evidente, inegável, que nas negociações com os agora recorridos [candidatos a cedentes] os agora recorrentes [candidatos a cessionários] se conduziram, procederam, de uma forma que aqueles não podiam deixar de ter ficado convencidos de que estes queriam ficar com o estabelecimento de S. L. Limitada." (*apud* ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade..., *ob. cit.*, p. 17) (colchetes nossos).

[17] "Ora, os factos julgados no acórdão recorrido indicam que os agora recorrentes se conduziram com uma reprovável indiferença, para não dizer desprezo, pelos interesses dos agora recorridos. Convenceram-nos com a sua conduta de que queriam e iam adquirir o estabelecimento da sociedade comercial de que eram sócios, levaram-nos a abandonar a gestão da empresa, a praticar actos de que lhes podiam advir prejuízos. Do que se julgou provado e na falta de uma razão justificativa, não se pode deixar de tirar a conclusão de que, nas negociações com os agora recorridos, os agora recorrentes não procederam segundo as regras da boa-fé." (*apud* ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade..., *ob. cit.*, p. 19).

[18] Corte de Cassação, j. 17.6.1974 *apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, pp. 52/53.

poderia ter sido desrespeitada, notadamente porque o valor do maquinário já era conhecido no recebimento da proposta e não foi questionado num primeiro momento, sendo de rigor, portanto, a responsabilização do candidato a contratante que abandonou as negociações, após ter levado a crer que o negócio jurídico seria concluído[19].

No direito italiano, também se deve mencionar julgado do Tribunal de Nápoles, de 5.8.1961[20]. Nesse caso, dois candidatos a contratante estavam negociando a locação de um imóvel, tendo definido o local, o preço, a eventual prorrogação do contrato e discutido até mesmo a possibilidade de fazer constar no contrato escrito um aluguel inferior ao real para efeitos tributários. Um projeto de contrato foi inclusive elaborado e enviado a Milão para exame e assinatura. Mais adiante, o candidato a locatário recusa-se a formalizar o negócio, com fundamento num atraso de poucos dias na entrega do bem, o que, como restou demonstrado nos autos, não era essencial à conclusão do contrato. Decidiu então a Corte napolitana que o recesso foi injustificado e condenou o candidato a locatário ressarcir os danos causados em decorrência da não-conclusão do negócio[21].

Encerrando os casos julgados do direito italiano que mais de perto interessam ao presente tópico, vale mencionar aresto da Corte aquiliana, decidido em 30.4.1987[22], em que se discutia o conflito de interesses decorrente da situação de fato a seguir narrada. A sociedade Edil Cost construía um complexo residencial e pretendia vender unidades imobiliárias no mercado. Para

[19] "E, in effetti, non può condividersi la considerazione del tribunale circa l'inequivoco carattere affidante di quel documento, nel senso che il destinatario si sentiva fondatamente indotto a confidare nell'adempimento della prestazione altrui, se lo si induceva a sostenere una spesa per l'impianto della macchine richieste. Ora, in applicazione dell'art. 1.337 c.c., ove nel corso delle trattative una parte abbia fatto sorgere nell'altra la ragionevole previsione della conclusione del contratto e poi le interrompa senza giusto motivo, é tenuta al riscarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo, ossia alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto." (*apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, p. 52).

[20] Tribunal de Nápoles, j. 5.8.1961 *apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, pp. 57/58.

[21] "Non risulta, infatti, che il termine (stabilito per la consegna del locale) avesse carattere essenziale e, in mancanza di diversi elementi, è da escludere che un ritardo di pochissimi giorni togliesse al contratto da perfezionare una apprezzabile funzionalitá economica ed incidesse su di esso in maniera tale da sopprimerne la ragione di essere. Se così il motivo in parola appare pretestuoso e quindi contrario alla buona fede. Ritenuto ingiustificato il recesso sussiste la responsabilità di cui all'art. 1.337 c.c. e quindi l'obbligo di risarcimento del danno." (*apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, p. 58).

[22] Corte aquiliana, j. 30.4.1987 *apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, pp. 59/61.

tanto, contratou a sociedade Gabetti, a qual conferiu poderes para alienar as unidades de acordo com os preços e as condições estipuladas previamente. A Gabetti tinha poderes, inclusive, para firmar propostas em nome da Edil Cost, subordinadas à aceitação final desta sociedade, bem como para efetuar eventuais depósitos a título de pagamento. Caso a Gabetti não encaminhasse uma proposta conforme os termos acordados inicialmente com a Edil Cost, estaria sujeita ao pagamento de uma multa contratual.

Cumprindo seu contrato, a Gabetti enviou três propostas de eventuais adquirentes para a aquisição de três unidades. Mais adiante, embora os candidatos a adquirentes tenham aceitado a proposta, a Edil Cost recusou-se a celebrar os contratos. Defendendo-se judicialmente da responsabilização pelos danos decorrentes do rompimento das negociações, a Edil Cost alegou que não era obrigada a aceitar a proposta, cuja eficácia estava desde o início subordinada à sua concordância final.

Em primeiro grau, decidiu-se que a Edil Cost tinha razão, pois teria apenas exercido o direito de não subscrever a proposta, o que, de fato, estava expresso no documento encaminhado aos candidatos a adquirentes, julgando-se, então, improcedente o pedido formulado por aqueles que entendiam terem sido prejudicados. A Corte aquiliana, no entanto, reformou a decisão, responsabilizando a Edil Cost, que, a seu ver, teria rompido injustificadamente as negociações após ter suscitado tanto na Gabetti como nos potenciais adquirentes a confiança de que o contrato seria concluído[23].

Nesses casos, como adiantado, a ruptura das negociações decorreu da perda de interesse na conclusão do contrato, sem que tenha havido verdadeira divergência entre os candidatos a contratante no curso dos entendimentos preliminares. Para resolver os conflitos relativos ao ressarcimento dos prejuízos havidos por força da ruptura das negociações, todos os julgados narrados consideraram a incidência da boa-fé objetiva no período anterior à conclusão

[23] "Ciò posto, se il comportamento della Edil Cost, in quando contrario al dovere di lealtà e correttezza, è contrassegnato da illiceità nei confronti della società mandataria, non diversa connotazione esso assume nei rapporti con il potenziale acquirente, costretto a subire un rifiuto in base a valutazione che, prescindendo dalle sua condizioni patrimoniali e dallo specifico oggetto della trattativa, ponevano in discussione la convenienza stessa di avvalersi del contributo promozionale della società Gabetti. Deve, perciò, pervenirsi alla conclusione che la soceità appellata é incorsa in violazione del principio di buona fede nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) e che pertanto essa nei confronti del proponente, in favore del quale militava per le ragione già esposte un ragionevole affidamento sulla conclusione delle vendite, è tenuta al risarcimento del danno per *culpa in contrahendo*." (*apud* RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità...*, *ob. cit.*, pp. 60/61).

do contrato e que facilita seu enquadramento na construção teórica proposta nos capítulos precedentes. A esse respeito, antes de prosseguir, vale anotar que tanto no direito português como no italiano realmente não havia maior dificuldade em se cuidar do período pré-contratual com fundamento na boa-fé, na medida em que os Códigos Civis de Portugal e da Itália determinam que as partes comportem-se em conformidade com a cláusula geral, respectivamente em seus arts. 227/1 e 1.337. Mérito, portanto, para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, avaliando o caso conforme o direito brasileiro na vigência do Código Civil de 1916, não tinha como fundamentar sua decisão pura e simplesmente num determinado dispositivo legal; isso, no entanto, não impediu a Corte gaúcha de adotar a melhor técnica para julgar os casos que lhe foram submetidos, ainda que de forma minoritária, no segundo julgado narrado.

Conforme se vem sustentando, a boa-fé, expressamente prevista no art. 187 do novo Código Civil, é o melhor parâmetro para que aferir se a ruptura das negociações deve ser tida por ilícita e, conseqüentemente, se os prejuízos causados pelo candidato a contratante que abandona os entendimentos comportam ressarcimento. Nos casos tratados neste tópico, em que a ruptura das negociações decorreu da simples perda de interesse na conclusão da avença, a conduta do candidato a contratante que abandonou as conversações pode ser caracterizada como verdadeiro *venire contra factum proprium*, na medida em que, após ter suscitado a justa expectativa na conclusão do contrato, levando o outro candidato a tomar providências necessárias à conclusão da avença, simplesmente altera a direção de seu comportamento, transformando o investimento de confiança em prejuízo[24].

De fato, nos seis casos, confiou-se na conclusão dos contratos de compra e venda de tomates, auditoria, cessão de quotas sociais, compra e venda de maquinário, locação e, finalmente, compra e venda de imóvel, sempre em função do comportamento do candidato a contratante, que, mais tarde, viria a romper as negociações. Na discussão da compra e venda de tomates, a empresa alimentícia, a exemplo do que vinha acontecendo há alguns anos, quando adquiria toda a produção, forneceu sementes para que os agricultores plantassem o fruto, levando-os a crer que a orientação adotada precedentemente seria mantida. Nas negociações tendentes à celebração do contrato de auditoria, houve declarações reiteradas do reitor, decisões tomadas pelo conselho administrativo e documentos atestando a habilitação de técnicos escolhidos para a

[24] A respeito da relação entre o *venire contra factum proprium* e a licitudade da ruptura das negociações, cf. capítulo III, item III.6.2.2.

realização dessa auditoria, sempre dando a entender que o contrato seria celebrado. No caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, referente a um possível contrato de cessão de quotas, os candidatos a cessionários não só solicitaram que fossem tomadas uma série de providências para que utilizassem a sociedade da maneira como pretendiam – desativação do ateliê com a demissão das treze costureiras que trabalhavam no local; desistência das encomendas de tecidos etc. – como chegaram até mesmo a atuar como verdadeiros donos da empresa, administrando-a por certo período. No julgado da Corte de Cassação italiana, o candidato a alienante do maquinário acreditava na conclusão do contrato, tendo em vista que, embora não tivesse sido respondida sua proposta, o candidato a adquirente indagou se seria possível instalar o equipamento, levando a crer que tanto a mercadoria como o preço inicialmente propostos eram satisfatórios. Neste caso, aliás, não há como afastar por completo a adoção de uma solução contratual, desde que se admita que, de acordo com o costume, o negócio imaginado pelas partes não exigisse a aceitação expressa. Nessas circunstâncias, o contrato seria tido por concluído, nos termos do art. 432 do novo Código Civil[25], na medida em que, em vez de enviar uma possível recusa, o candidato a contratante indagou se seria possível instalar o maquinário que lhe foi ofertado. No segundo julgado italiano, do Tribunal de Nápoles, todas as cláusulas contratuais já haviam sido minuciosamente discutidas, restando apenas formalizar o negócio, não sendo de se esperar, portanto, que o candidato a locatário simplesmente abandonasse as negociações em virtude de um simples atraso na entrega do imóvel, o que, como frisado pelo tribunal peninsular, não assumiu qualquer importância no curso das negociações. Finalmente, no julgado da Corte aquiliana, os candidatos a aquisição dos imóveis da Edil Cost tinham fundada certeza na conclusão do contrato, uma vez que simplesmente aderiram às cláusulas apresentadas pela Gabetti, empresa especializada no ramo de empreendimentos imobiliários; além disso, como restou claro no corpo do julgado, tais cláusulas haviam sido estabelecidas de comum acordo com a alienante, a qual, vale salientar, a Gabetti representava junto ao público consumidor.

Acrescente-se ainda que, conforme exige a jurisprudência italiana, a confiança na conclusão do contrato era objetivamente verificável em todos os casos examinados, decorrendo da análise do comportamento das partes durante as

[25] "Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa."

negociações[26]. Além disso, haviam sido definidos praticamente todos os pontos do negócio entabulado, requisito que, também de acordo com a jurisprudência italiana, é necessário para que se possa falar em fundada confiança no sucesso das negociações[27].

Assim, o agricultor, o diretório dos estudantes, os candidatos a cessionários, o candidato a alienante de maquinário, o candidato a locador e, finalmente, os candidatos a adquirentes de imóveis tinham fundada expectativa, causada pela conduta da outra parte com a qual negociavam, de que os respectivos contratos seriam celebrados. Tais pessoas investiram na confiança que lhes foi suscitada, tendo, ao final, sofrido prejuízos em decorrência da mudança da orientação do outro candidato a contratante. Nesses casos, portanto, a responsabilização mostrava-se de rigor, pois os cânones da lealdade e da confiança, consubstanciados na boa-fé objetiva, foram violados, conforme reconheceram todos os julgados, exceção feita ao conflito suscitado em decorrência das negociações tendentes à contratação de uma auditoria no Rio Grande do Sul, em que a posição tida como mais acertada infelizmente não foi majoritária.

Se tais casos fossem julgados no Brasil durante a vigência do novo Código Civil, quer entender-se que seria possível fundamentar as decisões no art. 187 do referido diploma legal, recorrendo-se à sua concretização por meio da aplicação do *venire contra factum proprium*. A análise de tais casos, portanto, demonstra que a construção teórica proposta neste trabalho pode contribuir para aferir a ilicitude e, conseqüentemente, a responsabilização pelos danos causados no período que antecede a conclusão do contrato, ao menos nas hipóteses em que os entendimentos são encerrados em virtude da perda de interesse na conclusão da avença.

V.3. RUPTURA PARA CONTRATAR COM TERCEIRO

Ao lado dos casos em que a ruptura das negociações se dá pela simples perda de interesse na conclusão da avença, figuram as situações em que isso ocorre para que o contrato seja firmado com terceiro. Os tribunais de São Paulo tiveram a oportunidade de analisar essa situação, em julgados que consistem nos primeiros precedentes sobre responsabilidade pela ruptura das negociações no direito brasileiro.

[26] Sobre a relevância da orientação jurisprudencial italiana para a definição da licitude da ruptura das negociações no direito brasileiro cf. capítulo III, item III.6.2.2.

[27] Cf. capítulo III, item III.6.2.2.