JUDITH MARTINS-COSTA

A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO

sistema e tópica no processo obrigacional

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO

sistema e tópica no processo obrigacional

JUDITH MARTINS-COSTA

1552

© desta edição: 1999

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772.
CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art.184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (09 - 1999)

À memória do Professor Doutor
CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA,
Magister.

forma particularizada, outra hipótese na qual vem a boa-fé revolucionando o direito obrigacional. Esta é posta em casos nos quais a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou, de forma corajosa e inovadora, o princípio, entendendo-o incidente também na chamada fase pré-contratual.

5.3 A boa-fé e a responsabilidade pré-negocial: o preço da confiança iludida

Os casos judiciais que formam o objeto desta secção complementam a análise operada nas páginas precedentes acerca da subversão provocada pela boa-fé objetiva no direito das obrigações. A razão do seu destaque está em que as decisões aí proferidas suscitam, talvez mais do que nos casos antecedentemente examinados, uma série de reflexões acerca do instituto versado – a *responsabilidade pré-negocial*, também dita *responsabilidade pré-contratual*, a qual constitui a atuação contemporânea da *culpa in contrahendo*.[224]

A escolha do instituto da responsabilidade pré-negocial – verdadeiro "caso" ainda não perfeitamente solvido no direito brasileiro[225] –

(224) A expressão *culpa in contrahendo* é ainda a mais utilizada, o que se deve, certamente, ao peso da sua origem. Modernamente, contudo, a doutrina tem preferido as designações "responsabilidade pré-contratual" ou "responsabilidade pré-negocial", uma vez que esta figura não se limita aos fatos lesivos apenas culposos, podendo exigir-se o dolo, averiguando-se, ainda, casos de responsabilidade objetiva, quando devida a fato alheio. Entre as denominações "responsabilidade pré-contratual" e "responsabilidade pré-negocial", por sua vez, a doutrina mais rigorosa dá preferência à última, uma vez que o problema ultrapassa o domínio dos contratos, podendo abranger os negócios jurídicos unilaterais e os atos-fatos (ou "atos existenciais"). Veja-se, para estas observações, Mario Julio de Almeida Costa, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 32.

(225) Não é infreqüente a confusão entre a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade decorrente do inadimplemento de pré-contrato, hipóteses totalmente distintas, como se verá. Por outro lado, a doutrina manualística ignora, no mais das vezes, o instituto, embora algumas obras fundamentais em direito brasileiro – como o *Tratado de direito privado*, de Pontes de Miranda (t. XXXVIII), e as monografias de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, v. 1) e de Orlando Gomes (*Contratos*, n. 36) – o tenham versado, e Antônio Chaves lhe tenha dedicado, há quase quatro décadas, um volume

se deve ao fato de que neste terreno, talvez mais do que nas hipóteses anteriormente referidas, resta evidenciado que a ligação entre a boa-fé e a compreensão da relação obrigacional como um processo dinâmico possibilita a reconstrução dogmática de institutos jurídicos, por forma a adequá-los às necessidades sociais. Já da perspectiva metodológica, as decisões aqui examinadas demonstram que, sem nenhum apelo ao subjetivismo judicial ou ao direito alternativo, sem qualquer desamor às preocupações de ordem técnico-conceitual, é possível substancializar, enriquecer e fazer progredir o sistema, mesmo quando em sua moldura está o parâmetro codificatório. Constituem, por isso, verdadeiros *leading cases*, alocados na contracorrente do formalismo e que perspectivam, legitimamente, a construção do sistema aberto.

5.3.1 O caso dos tomates

"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 o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação".[226]

Os fatos que geraram esta decisão são os seguintes: agricultor do município de Canguçu, na zona sul do Estado do Rio Grande do Sul, costumava plantar tomates, cujas sementes lhe eram entregues pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias-Cica, a qual, na época oportuna, adquiria a produção, para posterior industrialização. Na safra de 87/88, a Cica deixou de adquirir o produto, razão pela qual o

(226) Ap. Civ. 591028295, Canguçu, TJRGS, 5.ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 06.06.1991, por maioria, publicado in *RJTJRGS* 154/378. Desta decisão foram opostos os Embargos Infringentes 591083357, julgados em 1.°.11.1991 pelo 3.° Grupo de Câmaras Cíveis do TJRGS. Após acirrada discussão, prevaleceu a tese vencedora na apelação, por seus próprios fundamentos, rejeitando-se, por maioria, os embargos.

agricultor pleiteou indenização pelos danos sofridos com a perda da produção, uma vez que não teve a quem vender o produto. A mesma situação verificara-se, aliás, com vários outros agricultores, que intentaram também ações indenizatórias.

A empresa alegou, em contestação, não ter assumido nenhum compromisso de adquirir a produção, tendo apenas doado sementes a alguns produtores da região – entre os quais não se encontrava o autor –, doação feita mediante extração de nota fiscal. Na época da colheita, deixou de adquirir o produto porque não iria exercer a atividade de industrialização de tomates, em razão de modificações na sua política industrial.

Em primeiro grau, a pretora julgou a ação procedente, baseada no fato da *prática reiterada* do fornecimento, pela empresa, de sementes para o cultivo de tomates aos agricultores do interior do município, e a correlata aquisição, no final da safra, do produto. Este procedimento, por sua regularidade e habitualidade, ensejara a formação de "uma teia de trabalhadores, proprietários de caminhão, que transportavam o produto, e agricultores, que mantinham expectativa do negócio".[227] O problema ocorrera por ocasião da safra de 1986, quando a Cica, conquanto tivesse entregado as sementes, não adquiriu a produção. Considerou, então, a magistrada que "o fato de inexistir contrato escrito apenas revela a habitualidade do comportamento e a confiança das partes envolvidas",[228] motivo do provimento da ação.

A questão foi solvida, em segundo grau de jurisdição, mediante a concreção do princípio da boa-fé objetiva consistente na afirmação do *dever da pré-contratante de não fraudar as expectativas legitimamente criadas, pelos seus próprios atos*. Veja-se excertos da fundamentação do voto do relator:

"Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento (Clóvis do Couto e Silva, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 61), o *dever de lealdade durante as tratativas e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumar a avença*".[229]

(227) Conforme relatório do acórdão comentado.
(228) Idem.
(229) Grifos meus.

A tese exposta no voto também buscou recurso doutrinário em lição de Mario Júlio de Almeida Costa, como segue:

"Entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória –, o comportamento dos contraentes terá que pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais concreto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vistas à celebração de um acto jurídico. *Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à sua validade e eficácia, mas também quanto à sua futura celebração.* Convém salientar, porém, que o alcance teleológico desta disciplina *ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa.* Avulta, com especial evidência, *a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico*" (*Direito das obrigações*, 4. ed., p. 201-202).[230]

Ao assim proceder, o magistrado explicitou e especificou o princípio da boa-fé neste particular campo, o do *recesso injustificado das tratativas negociais*. Conseguintemente, voltou-se, na ponderação da produção probatória, a examinar se teria ou não ocorrido a infringência dos específicos deveres de lealdade e proteção aos interesses alheios. Na formação do raciocínio, considerou:

a) a existência de prova do relacionamento da empresa com os produtores: esta entrava em contato com os agricultores através de intermediários, os transportadores, encarregados de distribuir as sementes na época do plantio e recolher o produto na época da colheita;

b) a habitualidade do procedimento, nos anos anteriores, concretizando, assim, *uso do tráfego jurídico*, naquela específica situação;

c) o fato de, na safra 87/88, a companhia ter sido comunicada, pelos transportadores, de que haveria "muitos agricultores querendo plantar", o que motivou a sua decisão de doar as sementes, entregando-as aos transportadores;

(230) Grifos meus.

d) a circunstância de, habitualmente, não existir contrato escrito de promessa de compra e venda, mas tão-só "uma intenção da Cica de comprar o produto, se lhe fosse conveniente", conveniência essa que não se manifestara na indigitada safra porque, em relação à "quantidade do produto que entraria, constatou-se que era pouca para a mobilização que precisaria ser feita na empresa";[231]

e) a existência de prova da distribuição das sementes na safra 87/88.

Avaliada a prova, concluiu:

"Isso é o bastante para caracterizar o reiterado comportamento da ré em direção ao contrato de aquisição da produção de tomates da safra 87/88, para o que fez pesquisa de campo, distribuiu gratuitamente as sementes e, no momento da colheita – por ter considerado inconveniente a movimentação da sua empresa pela escassez de matéria-prima –, resolveu não mais adquirir o produto, conforme até ali para isso tudo estava preordenado".

Na ponderação dos elementos probatórios, foram bem sublinhadas certas circustâncias, a saber, o fato de tratar-se, o autor, como os demais agricultores prejudicados, "homem do campo, simples e rude", o que iluminou a avaliação da prova do fato constitutivo do seu direito, isto é, a efetiva entrega das sementes, bem como a própria conduta processual da ré:

"Observo, inicialmente, que a ré manteve duplo comportamento no exercício de sua defesa. De início, centrou as sua alegações na inexistência de qualquer compromisso formal com os produtores para a aquisição da safra; já agora, no recurso, insiste na falta de prova quanto à entrega efetiva das sementes ao produtor e na quantidade do produto vendido.

"Essa conduta processual não é inédita. Num sistema jurídico onde é comum a impunidade e a irresponsabilidade, tais os desvãos concedidos àqueles que deles se podem beneficiar, a primeira reação é a negativa da existência do princípio que imponha o dever de reparar o dano; quando o princípio da responsabilidade não pode ser afastado, passa-se à questão probatória, e então são feitas cada vez maiores

(231) Como afirmou, em depoimento, o preposto da Cica, encarregado das

exigências, de forma a garantir a continuação da impunidade. (...) No caso dos autos, a imposição de rigorosos requisitos probatórios quanto às formalidades das tratativas (prova de que recebeu a semente; prova da quantidade da semente recebida; prova de que plantou aquela semente; prova de compromisso formal de compra) e demonstração da quantia exata do produto colhido (prova do número de caixas, peso, data etc.) é maneira fácil de desviar a aplicação do princípio da responsabilidade civil, pois tais elementos jamais serão obtidos: os colonos não costumam documentar a sua participação singela de produção como se fossem executivos ou advogados a contratar serviços profissionais. Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores, certamente não tendo por que lembrar-se de requerer a produção de prova *ad perpetuam rei memoriam*, tirar fotografias da plantação e da colheita, chamar o notário para documentar as declarações do intermediário.

"Por isso, a exigência de prova deve ser adequada às circunstâncias do negócio e às condições pessoais das partes."[232]

A integração, no sistema, da situação fática, avaliada segundo o mandamento da boa-fé objetiva, operando mediante o instituto da responsabilidade extracontratual, alcançou a conclusão de se ter configurado hipótese de responsabilidade pré-negocial pela ruptura injustificada das tratativas, aliada à justa expectativa criada, na contraparte, de que o negócio seria realizado.

Antes de passar ao exame do teor desta decisão, vejamos outro caso.

5.3.2 O caso do posto de gasolina

"Responsabilidade pré-contratual. *Culpa in contrahendo*. Alienação de quotas sociais. É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas feitas na preparação de negócio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porém, o desistente agiu justificadamente. Cessão da totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital".[233]

(232) Grifos meus.

(233) Ap. Cív. 591017058, Porto Alegre, TJRGS, 5.ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 25.04.1991, unânime, publicado in *RJTJRGS* 152/605.