

# **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**

**INTERESSE NEGATIVO E INTERESSE POSITIVO**

**2017**

**Fabio Queiroz Pereira**

cia, é deixada uma grande margem para a construção de soluções que passem por critérios de razoabilidade, e é o que se tenta estabelecer no presente trabalho.

Por fim, não existindo uma redução da responsabilidade pré-contratual ao interesse negativo, poder-se-ia questionar a atual relevância das noções construídas por Jhering. No entanto, como assinalado por Paulo Mota Pinto, "tal não significa retirar todo o valor a estas noções, antes devendo elas ser postas em relação com as regras gerais da responsabilidade civil, e em particular com as regras próprias da causalidade normativa"<sup>422</sup>. Nesse sentido, no que concerne à responsabilidade pré-contratual, o interesse negativo e o interesse positivo apresentam-se como a ligação causal existente entre o ato ilícito e o valor indenizatório que será fixado em razão de sua ocorrência. Isso se dá como resultado da necessidade de se apoiar em balizas que permitam recompor uma situação, lastreando-se na função compensatória da responsabilidade civil.

Importa, pois, verificar em que medida o interesse negativo e o interesse positivo devem ser sopesados em cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Para tanto, torna-se indispensável a análise a partir de categorias pré-definidas, que detenham características comuns e que mereçam, portanto, um tratamento uniforme.

## 5.2 Hipóteses de responsabilidade pré-contratual e ponderação dos interesses

A responsabilidade pré-contratual é marcada por uma grande contingência de eventos danosos, que têm como característica comum o fato de sucederem previamente à formação do negócio jurídico contratual. Não se trata, portanto, de um fenômeno dotado de unicidade, e que mereça, por conseguinte, um tratamento homogêneo pelo ordenamento jurídico. Contrariamente, o que se percebe é que as conjunturas específicas, de cada uma das situações propiciadoras do reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, levam à necessidade de que sejam conduzidas a regimes jurídicos também específicos, aptos a atenderem às peculiaridades de cada uma dessas situações.

<sup>422</sup> PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1184.

Desse modo, a responsabilidade pré-contratual não pode ser reduzida a uma pura e simples identificação de um ressarcimento em conformidade com o interesse negativo. A complexidade é desmesurada e marcada por situações dotadas de características muito específicas. Nesse sentido, é de grande valia o cenário apresentado por Angelo Luminoso, para quem a *culpa in contrahendo* abarca diferentes hipóteses de ilícitos, não podendo se ater a um único regime indenizatório. Nas palavras do autor:

No meu ponto de vista, na responsabilidade pré-contratual não é identificada a lesão de um tipo constante de interesse, como pretende a *communis opinio*, que como se sabe, considera, sob este perfil, a marca de tal responsabilidade no ressarcimento do dano nos limites do interesse negativo. Acredito que a lesão inclusa no ilícito pré-contratual possa atingir, a depender dos casos, um interesse contratual positivo ou um interesse contratual negativo da vítima. Não só, mas internamente a cada um desses dois tipos de interesses, penso seja possível, e necessário, operarem ulteriores distinções. A locução *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual não designa, assim, no meu ponto de vista, uma única forma de responsabilidade conceitualmente unitária e funcionalmente homogênea, mas sim uma série aberta de ilícitos, de várias naturezas, cuja característica comum é dada unicamente pela modalidade cronológica da conduta lesiva, ou seja, pela verificação daqueles na fase das tratativas ou da formação do contrato<sup>423</sup>.

<sup>423</sup> No original: "A mio avviso, nella responsabilità precontrattuale non è riscontrabile la lesione di un tipo costante di interesse, come invece vorrebbe la *communis opinio*, che com'è noto, ravvisa, sotto questo profilo, il contrassegno di tale responsabilità nella risarcibilità del danno nei limiti dell'interesse negativo. Ritengo che la lesione racchiusa nell'illecito precontrattuale possa colpire, a seconda dei casi, un interesse contrattuale positivo o un interesse contrattuale negativo della vittima. Non solo, ma all'interno di ciascuno di questi due tipi di interessi penso sia possibile, e necessario, operare ulteriori distinzioni. La locuzione *culpa in contrahendo* o responsabilità precontrattuale non designa, quindi, a mio modo di vedere, una forma di responsabilità concettualmente unitaria e funzionalmente omogenea, bensì una serie aperta di illeciti, di varia natura, la cui caratteristica comune è data unicamente dalla modalità cronologica della condotta lesiva, ossia dal verificarsi di questa nella fase delle trattative o della formazione di un contratto". LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile. *Contratto e impresa*. Padova. Vol. 3. 1988. p. 794.

Do ponto de vista teórico – mas, também, ligado a contingências práticas – faz-se imperioso o agrupamento das hipóteses ocasionadoras de responsabilidade pré-contratual em categorias mais amplas, de modo a fornecer os adequados subsídios jurídicos para o ressarcimento dos danos concretizados. Os critérios classificatórios são diversos, fundamentando-se, por exemplo, ora nas hipóteses de sua materialização, ora nos efeitos decorrentes da configuração do dano.

A título de exemplo, Giorgio Afferni apresenta duas grandes categorias de responsabilidade pré-contratual. A primeira abarcaria as situações em que há responsabilidade civil pelo falimento das tratativas. Já a segunda categoria de hipóteses seria marcada pela responsabilidade pela violação de um dever de informação. De acordo com o autor, o exame em separado das duas categorias tem por pressuposto a impossibilidade de construir uma teoria unitária que abarque ambas as situações<sup>424</sup>.

Nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual por falimento das tratativas, o que se verifica, na verdade, é o rompimento das negociações preliminares, quando estas últimas tenham alcançado certa fase em que se incute a confiança na realização do negócio pela contraparte. Giorgio Afferni sustenta que os pressupostos para a configuração de responsabilidade civil são a ausência de uma justa causa para o rompimento, a razoabilidade na ponderação da confiança da parte que se viu prejudicada em razão da frustração do negócio jurídico e a prova da existência de um dano passível de ressarcimento<sup>425</sup>. Ainda dentro dessa primeira categoria geral, seriam identificadas outras subcategorias, como as situações em que se verifica a revogação de uma proposta ou a aceitação de outra proposta mais vantajosa.

No segundo grupo, estariam inseridas as hipóteses em que se constata a ausência de submissão aos necessários deveres de informação entre as partes contratantes. Nesse contexto, seriam identificadas as situações que perfilham vícios da vontade em um negócio jurídico, que levariam à possibilidade de declaração de invalidade. Assim, as categorias do erro negocial e do dolo na realização de um contrato acabariam por materializar uma hipótese de ausência de adequada informação, tomada como um

<sup>424</sup> AFFERNI, Giorgio. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 5.

<sup>425</sup> AFFERNI, Giorgio. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 15.

dever premente entre as partes, em decorrência da submissão à cláusula geral de boa-fé presente em nosso ordenamento jurídico.

Identificadas estas categorias, necessária seria a intervenção do Poder Judiciário no sentido de apresentar remédios ligados à responsabilidade civil que amenizem os prejuízos sofridos pelas partes envolvidas nas tratativas negociais. Conclui-se que, para Afferni, a mensuração do *quantum indenizatório*, bem como a sua recondução às categorias de interesse negativo e interesse positivo têm por premissa esse prévio enquadramento em uma das duas tipologias apresentadas.

Para o presente trabalho, optou-se por enquadrar algumas categorias de responsabilidade civil pré-contratual de modo diverso, sem se procurar fechar as hipóteses em um rol taxativo.

Primeiramente, serão abordadas as contingências que originaram a própria teoria da *culpa in contrahendo*, quais sejam as situações em que se está diante de uma contratação marcada pela invalidade ou pela ineficácia. Em razão de suas peculiares características, ligadas à própria sustentação do ato nos planos do mundo jurídico, justifica-se uma abordagem unívoca. Em um segundo grupo, encontram-se as hipóteses de ruptura de negociações preliminares levando a parte inocente a vivenciar uma série de prejuízos. Do ponto de vista prático, trata-se da conjuntura mais habitual, tendo sido, também, objeto de variados ensaios teóricos, que procuraram dar bases para a sua ocorrência. Em seguida, optou-se por abordar a denominada recusa de contratar. Pode uma parte se recusar a contratar com uma pessoa, por exemplo, em razão de suas crenças ou de suas características físicas? Trata-se de um problema ligado à formação do contrato, mas que demanda uma ampla análise, correlata, inclusive, à eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Além disso, devem ser analisadas situações em que o contrato não chega a se formar, mas não em decorrência de uma simples ruptura das tratativas, mas, sim, como resultado de uma ação da contraparte ou de terceiro, que pretende ver frustrada aquela negociação em prejuízo do negociante de boa-fé; importa verificar quais são os patamares indenizatórios aptos a salvaguardarem esse tipo de situação. Outra contingência importante localiza-se na revogação da proposta. Como parte do próprio processo de formação do contrato, a proposta pode ou não ter efeito vinculante. Desse modo, é relevante questionar quais são os limites para a revogação de uma proposta e quais as consequências ressarcitórias a serem assumidas pelo proponente que opta por não manter o

seu original posicionamento. Por fim, devem ser analisadas situações em que o contrato é considerado formado e válido, mas, que, em razão da não obediência a deveres de informação, acaba sendo indesejado ou não atendendo as expectativas da parte inocente, envolvida na negociação.

Procura-se, desse modo, por meio das tipologias elencadas, a identificação de adequados regimes jurídicos para a solução de problemas de responsabilidade pré-contratual. O percurso teórico pelas referidas categorias permitirá uma abordagem atenta a cada uma das especificidades envolvidas e possibilitará, por conseguinte, apresentar soluções indenizatórias mais apropriadas às realidades fáticas vivenciadas.

### 5.2.1 O contrato vem a ser invalidado ou padece de ineficácia

A primeira hipótese de ponderação da responsabilidade pré-contratual encontra-se nas situações em que o contrato vem a ser invalidado ou padece de ineficácia. Como se verá, a referida construção tem, ainda hoje, sua base doutrinária na construção teórica de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, não se identificando, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, soluções muito diversas das elaboradas pelo autor alemão.

Preambularmente, é importante enfatizar que, desde Pontes de Miranda<sup>426</sup>, a Ciência Jurídica brasileira trabalha sobre uma artificial divisão do mundo jurídico em três planos distintos: existência, validade e eficácia. O primeiro plano (existência) estaria ligado à identificação de um suporte fático, para que um ato exista e tenha repercussões para o direito<sup>427</sup>. O segundo plano (validade) remete-se ao controle de perfeição do ato, baseado em critérios dispostos na legislação. E, por fim, o último plano (eficácia) está assentado na produção dos correlatos efeitos de um ato jurídico. Para alguma doutrina não haveria que se diferenciar inexistência de invalidade<sup>428</sup>, mas, prevalece, ainda, a compreensão pela autonomia dos

<sup>426</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. pp. 3-49.

<sup>427</sup> Conforme Marcos Bernardes de Mello, deve-se a Zachariae, em seu "Cours de droit civil français", a adoção do expediente técnico da *existência*. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

<sup>428</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Vol. I – parte geral. Tomo I. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005. p. 652.

dois planos do mundo jurídico. Sobre a pertinência da aludida distinção, discorre Pedro Pais de Vasconcelos:

A inexistência do negócio jurídico só pode ser confundida com a nulidade num modo de pensar que não leve em consideração a dimensão ontológica da acção negocial. Para além das consequências jurídicas que a lei lhes atribua, deve distinguir-se o não-acto, o não negócio, do acto ou do negócio inválidos. No primeiro caso, no juízo sobre a existência ou inexistência, a questão é posta no domínio do ser; no segundo, no juízo sobre a validade ou invalidade, a questão coloca-se no domínio do dever-ser. No primeiro caso, trata-se de um juízo de realidade; no segundo, de um juízo de valor. O negócio inexistente é um nada; o negócio existente mas nulo, é algo de inválido que tem ainda alguma eficácia jurídica, embora não negocial. A falta da perspectiva ontológica, induzida pela recusa positivista da metafísica, torna difícil distinguir a inexistência da nulidade. No entanto, a categoria da inexistência deve ser mantida no Direito Civil, por um lado, porque a lei a prevê expressamente e lhe atribui regimes jurídicos específicos e, por outro, porque ela decorre naturalmente da diferença entre ser e dever-ser, entre realidade e valor<sup>429</sup>.

Assim, enquanto o plano da existência está voltado para o *ser*, para a identificação de um mínimo que permita compreender o ato como jurídico, a análise da validade de um ato ou de um negócio jurídico está ligada a um *dever-ser*, que materializa um juízo de gravidade, atribuído pelo respectivo ordenamento jurídico. Assim, as consequências da declaração de invalidade não dependem da vontade dos sujeitos, mas, contrariamente, são impostas pela lei.

Os estudos referentes às invalidades e às suas consequências jurídicas continuam a trazer dissonâncias e a demonstrar a ausência de uma boa técnica jurídica assentada em noções sólidas e elementares<sup>430</sup>. Logo, é sig-

<sup>429</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 628.

<sup>430</sup> Em 1963, José Gaenaert do Valle Ferreira publicou importante ensaio, denominado *Substidos para o estudo das nulidades*, no qual buscava elucidar algumas inconveniências no tratamento dado ao tema, propondo novo enquadramento às questões ligadas à matéria. Até os dias de hoje, o referido texto deve ser tomado como importante marco no estudo das invalidades, sen-

nificante abordar algumas dessas questões, de modo a elucidar o próprio regime das invalidades.

Os ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica trabalham, comumente, com a bipartição da invalidade em dois graus. No ordenamento jurídico brasileiro, diz-se que um ato é passível de nulidade ou de anulabilidade. A nulidade é considerada mais gravosa, por ter, como regra, em seu cerne, algum interesse público. Justamente em razão desse fato, a nulidade é originária, podendo ser sempre arguida. Por outro lado, a anulabilidade envolve o interesse de particulares envolvidos no ato ou na negociação, podendo, inclusive não vir a ser declarada ou reconhecida. Como destacado por Valle Ferreira, as noções de nulidade e de anulabilidade do negócio jurídico apresentam-se mais fortemente como uma escolha do legislador, pois é a norma que dita cada uma das hipóteses, tendo em vista que a validade faz-se por meio do contraste com disposições de lei. Nas palavras do autor:

Efetivamente, ninguém pode recusar que a infração das proibições da lei, ou a inobservância de suas prescrições na formação dos atos jurídicos, em princípio e a rigor, deve levar à ineficácia dos mesmos, uma vez que o direito, para emendar a desobediência, não reconhece nem pode proteger um comportamento contrário à norma estabelecida. É verdade que tais conclusões foram abrandadas por uma questão de oportunidade, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quis reduzir as conseqüências lógicas daquele princípio para, por motivo de utilidade prática, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada. Assim, apenas no plano do direito positivo, foi criada uma divisão artificial: atos nulos e anuláveis, ou nulidade e nulidade atenuada, ou ainda nulidade absoluta e nulidade relativa. Tais aspectos da mesma imperfeição, assim decompostos, apenas indicam que a correção deve ser enérgica no primeiro caso e mais leve no segundo. Ora, este processo de temperamento, esta simples disposição mode-

do ainda exatos seus alertas e proposições. Cf. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 29-38.

radora no momento da realização técnica do princípio da invalidade, de nenhum modo poderia alterar o sentido e o alcance das regras essenciais sôbre a invalidade em geral<sup>431</sup>.

Assim, a invalidade é uma única, caracterizada pela imperfeição existente em contraste com o ordenamento jurídico posto. A divisão entre nulidade e anulabilidade seria mero arbítrio do legislador, ao estabelecer um regime jurídico de invalidades para situações consideradas mais ou menos gravosas. Haveria, então, uma utilidade prática na distinção apresentada no que concerne aos modos de pronunciar a invalidade, à forma de alegá-la e às pessoas qualificadas para fazê-lo<sup>432</sup>.

Outro grande mérito de Valle Ferreira reside na correção de um erro conceitual, até hoje, encontrado na literatura jurídica<sup>433</sup> e na jurisprudência. Trata-se da utilização da expressão “nulo de pleno direito”, como uma autônoma tipologia de invalidade. De acordo com o autor, não seria possível pensar em uma nulidade de pleno direito, tendo em vista, inicialmente, que a referida aplicação não está prevista em instrumentos legislativos, notadamente, no Código Civil brasileiro<sup>434</sup>. Além disso, a expressão demonstra-se equivocada, pois para que a nulidade seja concretizada, é necessário um pronunciamento por parte do Poder Judiciário. Valle Ferreira afirma que “o Código Civil gradua expressamente os casos de invalidade, compreendendo tanto a nulidade quanto à anulabilidade. Isso posto, não pode existir nulidade de pleno direito, pois qualquer que seja o grau de imperfeição

<sup>431</sup> FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 30.

<sup>432</sup> FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 31.

<sup>433</sup> Como exemplo, pode ser apontado: VELOSO, Zeno. Negócios nulos e anuláveis: efeitos da sentença. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 20, n. 80, out-dez, 1983, p. 340. E, utilizando o termo “nulidade *de pleno iure*”, verifica-se: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

<sup>434</sup> Importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), em contrariedade ao exposto por Valle Ferreira, utiliza-se da expressão em seu art. 51, ao afirmar que: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]”.

do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento<sup>435</sup>. Trata-se, pois, de um erro conceitual baseado numa absorção inadequada de conceitos que possuíam um âmbito de aplicação diversa no direito romano e no direito francês<sup>436</sup>.

O reconhecimento dos dois diferentes graus de invalidade traz consequências práticas diferentes, em razão dos também distintos regimes jurídicos. Uma primeira distinção que pode ser apontada centra-se na legitimidade para arguir a nulidade ou a anulabilidade. Nas hipóteses de nulidade é reconhecida a possibilidade de qualquer interessado ou do Ministério Público requerer a declaração de nulidade do ato jurídico, em consonância com o art. 168, do Código Civil brasileiro<sup>437</sup>. Diferentemente, as hipóteses em que se verifica anulabilidade devem ser alegadas pelas partes interessadas envolvidas na negociação e só a elas beneficia o reconhecimento da anulabilidade, de acordo com o art. 177 do mesmo diploma legislativo<sup>438</sup>.

No que concerne, ainda, às diferenças entre os dois regimes de invalidade, deve-se ter em conta que a nulidade é original, e, portanto, é apenas reconhecida em juízo por meio de uma sentença declaratória. Lado outro, a anulabilidade de um ato só será verificada quando se der a decisão judicial, tendo a sentença que a pronuncia efeitos constitutivos. São nesse sentido as considerações de Pedro Pais de Vasconcelos, sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade:

Uma vez que a nulidade é originária, o Tribunal, oficiosamente ou a requerimento da parte, não anula o negócio, mas antes torna claro que assim é, quer dizer, *declara a sua nulidade*. A acção de declaração de nulidade é declarativa e através dela o tribunal limita-se a

<sup>435</sup> FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 33.

<sup>436</sup> Cf. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 32.

<sup>437</sup> Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

<sup>438</sup> Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

reconhecer e declarar que o negócio é nulo. A decisão judicial que declara a nulidade nada altera no estatuto do negócio: este já era nulo e continua a sê-lo, mas agora esta sua condição torna-se certa. Ao contrário, ao decidir sobre a anulabilidade, o Tribunal não declara que o negócio é anulável, mas emite uma decisão que o torna inválido, que *anula* o negócio que até então era válido. A anulação do negócio anulável modifica, a partir desse momento, o *status* do negócio que, antes era anulável e se torna anulado. Enquanto a acção de nulidade é declarativa, a acção de anulação é constitutiva<sup>439</sup>.

A literatura jurídica brasileira<sup>440</sup> apresenta de forma repetida a afirmação de que a nulidade opera efeitos “*ex tunc*” e a anulabilidade produz efeitos “*ex nunc*”. Ou seja, nas situações em que se verifica a nulidade, a eficácia da declaração seria retroativa, apagando da ordem jurídica tudo o que foi produzido em ligação ao ato nulo, enquanto nas hipóteses de anulabilidade, não haveria essa eficácia retroativa da sentença que a reconheceu. Essa máxima, no entanto, apesar de constar de variados manuais de direito civil, não se apresenta como correta. O próprio Código Civil, em seu art. 182, dispõe que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Não restam dúvidas, portanto, em torno dos efeitos retroativos do reconhecimento judicial de anulabilidade<sup>441</sup>.

<sup>439</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 633.

<sup>440</sup> Cf.: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1 – teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 586; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 – parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 479; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 511 e p. 520.

<sup>441</sup> Nesse sentido, inclusive, já se posicionava Valle Ferreira: “Noção também infundada, mas que é repetida com muita freqüência, é a que se refere ao efeito retroativo das declarações de nulidade. Segundo ficou exposto anteriormente, qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por êste motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro, tudo porque – convém salientar – também a nulidade relativa é absoluta nos seus efeitos”. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Facul-*

Assim, independentemente de sua qualificação, as invalidades têm por consequência a retroatividade dos efeitos de sua constatação. Se o contrato não se fez em consonância com os requisitos trazidos pela lei, nada mais certo que, diante de seu reconhecimento, seja retirado da órbita jurídica, juntamente com os atos que a ele estão interligados. Ocorre que para atingir o *status quo ante*, faz-se necessário, por vezes, um apoio na tutela indenizatória. Logo, é importante destacar, que com relação à responsabilidade civil pré-contratual e aos eventuais valores indenizatórios fixados em razão de sua constatação, não há, em princípio, um regime diferenciado para tratamento da nulidade ou da anulabilidade.

Especificamente com relação à anulabilidade, é preciso ter em consideração que a anulação e a reparação dos prejuízos pré-contratuais apresentam-se como duas questões distintas, marcadas, inclusive, por um caráter de independência. Desse modo, a parte que requer a anulação de um contrato pode não formular pedido de indenização pelos prejuízos sofridos, assim como, também, pode requerer a reparação pelos prejuízos vivenciados, sem que haja a pretensão de anular o negócio jurídico. Para Paulo Mota Pinto, "podem discernir-se casos em que a indemnização aparece ao lado, ou complementarmente, à anulação efectuada, e casos em que a indemnização intervém como sucedâneo ou substituto da impugnação, seja porque esta não teve lugar seja porque o lesado preferiu apenas reparação"<sup>442</sup>. Observa-se, por um lado, que a anulação está sujeita a prazo decadencial, uma vez que se trata de direito potestativo, e, por outro lado, que a pretensão reparatória está sujeita a prazo prescricional. Assim, por exemplo, o direito de anular o negócio jurídico pode decair, sem que haja a perda da pretensão reparatória.

As situações que ensejam maiores problemas de ordem reparatória encontram-se nos vícios da vontade, nos vícios de forma e na ausência de legitimidade da parte. Os primeiros levariam à anulabilidade, os segundos, à nulidade e a última hipótese, à ineficácia da disposição. No ensaio de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, verifica-se que o autor problematiza, principalmente, questões atinentes ao erro (vício da vontade) e à venda de coisa alheia (ilegitimidade para negociar).

Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 35.

<sup>442</sup> PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1347.

A anulabilidade gerada por um erro negocial apresenta-se, até mesmo, como ponto de partida para a teoria construída por Jhering. Como visto no capítulo 2, o autor apresenta algumas situações fáticas e questiona-se se não subsistiria a responsabilidade do errante, perante a contraparte, pelo dano que o erro lhe causou<sup>443</sup>. As situações práticas que envolvem esse defeito do negócio jurídico, talvez, sejam as que melhor elucidem a possibilidade de configuração de danos, quando uma invalidade é declarada. Não raro, são efetivados gastos para a consecução de um negócio jurídico, e, na hipótese de anulabilidade, os efeitos também operam retroativamente, sendo de grande relevância determinar a quem cabe assumir as despesas efetivadas. Percebe-se, no entanto, uma insuficiência de elementos que permitam formular uma resposta clara sobre quem é responsável pelo ressarcimento dos gastos e qual o alcance pode ter uma indenização, nessas hipóteses.

No que concerne a um negócio jurídico ineficaz, não se verificam também, *a priori*, as necessárias respostas a esses questionamentos. Imagine-mos a realização de um contrato de compra e venda, cujo objeto negociado não pertença ao vendedor ou consista em uma *res extra commercium*. Trata-se de hipótese em que a avença não pode vir a produzir efeitos na ordem jurídica, pelo fato de uma das partes carecer de legitimidade para negociar coisa alheia. Não se trata aqui, nem mesmo de uma arguição de nulidade, tendo em vista que o objeto é lícito, possível e determinado, contrastando-se com os requisitos dispostos no art. 104<sup>444</sup> do Código Civil brasileiro. Porém, revela-se importante verificar as implicações reparatórias, de modo a não deixar em situação prejudicial aquele que confiou na efetividade do negócio jurídico.

As aludidas consequências reparatórias da invalidade são disciplinadas expressamente no ordenamento jurídico italiano, em uma de suas hipóteses, qual seja o conhecimento da causa de invalidade contratual. De acordo com o art. 1338 do *Codice*, “a parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, e não a tenha informado a outra parte, deve ressarcir o dano por esta sofrido por haver confiado,

<sup>443</sup> Cf. JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1-2.

<sup>444</sup> 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.

sem sua culpa, na validade do contrato"<sup>445</sup>. Observa-se que a legislação italiana foi específica na previsão do dispositivo, mas não há um reconhecimento normativo expresso de que o ressarcimento deve se concretizar em consonância com o interesse negativo, quando se está diante de situações de invalidade que deveriam ser reconhecidas pela parte contratante.

Não obstante a ausência desse reconhecimento específico, a referência à *confiança* da contraparte, como elemento propulsor da concretização do dano, leva à caracterização da responsabilidade civil, neste caso, nos limites do interesse contratual negativo. A doutrina italiana, habitualmente, costuma apontar que as hipóteses de invalidade ou ineficácia do negócio jurídico devem ser conduzidas ao ressarcimento pelo interesse negativo, abarcando todos os danos ocasionados pelo fato de se acreditar na eficiência daquela negociação. Nesse contexto, um apropriado *quantum* indenizatório deve ser alcançado pelo cálculo da diferença entre a situação em que se encontra o indivíduo e a situação em que ele estaria se não tivesse se envolvido naquela relação contratual infrutífera. A título de exemplo sobre o tema, discorre Angelo Luminoso:

Para limitar-se às hipóteses mais seguras, imagine os casos em que um sujeito por coação ou por dolo constrinja ou induza outro sujeito a concluir um contrato, que, sem tal comportamento ilícito, aquele não teria concluído; ou às hipóteses em que um sujeito procure outro com estado de incapacidade natural com o objetivo de estipular com ele um contrato (ou ainda, mais simplesmente, induza um incapaz a concluir um contrato abusando de tal estado). Nessas hipóteses, o interesse da vítima, lesado pela conduta ilícita, é seguramente um interesse contratual negativo, no senso de que sem tal conduta a vítima não haveria certamente estipulado o contrato (que aqui assumamos que seja revelado economicamente desfavorável para a mesma). O dano ressarcível será representado, exatamente, pela diminuição patrimonial sofrida pela vítima em consequência da operação contratual, ou seja, pela diferença entre a situação patri-

<sup>445</sup> Art. 1338 Conoscenza delle cause d'invalidità - La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto (1418 e seguenti), non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (1308).

monial determinada em seguida ao contrato e a situação em que a vítima estaria se não tivesse concluído o contrato<sup>446</sup>.

Assim, parece clara a correlação que se faz entre interesse negativo e responsabilidade pré-contratual em situações de invalidade. Como não se pode exigir a execução do contrato, justamente porque aquele negócio possui um vício que o inquina, deve ser concedida à parte uma indenização que permita a reconstituição da situação fática em que se encontrava, antes da materialização da negociação que terminou frustrada.

O Código Civil brasileiro não apresenta uma regra com tal especificidade, não abordando a situação em que a parte sabia ou deveria saber de uma causa de invalidade contratual. Não obstante, o já assinalado art. 182, referindo-se apenas à anulação, afirma que as partes deverão ser restituídas à situação em que se encontravam originalmente, “e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Identifica-se, pela leitura do dispositivo, a existência de um perfil indenizatório baseado no interesse contratual negativo, isto é, diante de uma situação de anulabilidade negocial, deve se tentar recompor a situação em que as partes estavam antes do entabulamento do contrato. Como faticamente essa recomposição se revela bastante difícil, justifica-se a fixação de um *quantum* indenizatório que traduza a situação em que a parte estaria se não tivesse efetivado o contrato inválido, isto é, o interesse contratual negativo.

Não há, no entanto, uma regra específica sobre a indenização devida na hipótese de uma nulidade absoluta, ou mesmo de uma situação de ineficá-

<sup>446</sup> No original: “Per limitarsi alle ipotesi più sicure, si pensi ai casi in cui un soggetto con minacce o con l’inganno costringa o induca altro soggetto a concludere un contratto, che senza tale illecito comportamento costui non avrebbe concluso; o alle ipotesi in cui un soggetto procuri ad un altro uno stato di incapacità naturale al fine di stipulare con esso un contratto (o anche, forse, più semplicemente, induca un incapace a concludere un contratto, abusando di tale suo stato). In queste ipotesi, l’interesse della vittima lesa dalla condotta illecita è sicuramente un interesse contrattuale negativo, nel senso cioè che senza tale condotta la vittima non avrebbe certamente stipulato il contratto (che qui assumiamo si sia rivelato economicamente sfavorevole per la stessa). Il danno risarcibile sarà rappresentato, appunto, dalla diminuzione patrimoniale subita dalla vittima in conseguenza della operazione contrattuale, ossia dalla differenza fra la situazione patrimoniale determinatasi a seguito del contratto e la situazione in cui la vittima si sarebbe trovata ove non avesse concluso il contratto”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. *Contratto e impresa*. Padova. Vol. 3. 1988. p. 795.

cia contratual. A já trabalhada compra e venda de um objeto de propriedade alheia, por exemplo, constitui situação que poderia ser vista como uma invalidade absoluta ou como um ato ineficaz, dependendo do enquadramento doutrinário que se dê ao caso. Contudo, independentemente de sua qualificação como nulo ou como eficaz, não há uma disposição normativa apta a salvaguardar a hipótese e guiar o intérprete na fixação de valores indenizatórios.

A lacuna normativa não significa, no entanto, que não haja a possibilidade de ressarcimento para a referida situação. Realizando um recurso à analogia, revela-se pertinente aplicar à referida hipótese as consequências jurídicas positivadas em relação à anulabilidade. Desse modo, em ambas as situações, está-se diante de uma tentativa de reconstituir um *status quo ante*, o que leva a concluir por uma indenização que consagre o interesse contratual negativo.

### 5.2.2 Interrupção das negociações preliminares

A construção teórica de Jhering estava centrada nos casos de invalidade e ineficácia contratual, levando à conseguinte apuração da responsabilidade civil pelos prejuízos de quem havia acreditado na perfeição daquela manifestação de vontade. Contudo, o autor não via a fase das negociações preliminares como passível de gerar responsabilidade civil, tendo em vista a ausência de vinculação entre as partes<sup>447</sup>. As construções jurídicas que compreenderam pela possibilidade de se ponderar uma indenização pela ruptura das tratativas só se verificaram a partir do início do século XX, como decorrência dos subsequentes desenvolvimentos da teoria da *culpa in contrahendo*, de Jhering.

Como visto, para que um contrato seja efetivamente formado, demonstra-se imperioso o percurso por três fases sucessivas, identificadas pela doutrina como negociações preliminares, proposta e aceitação. É comum, no entanto, que as referidas etapas se sobreponham não permitindo uma correta delimitação de seus conteúdos. Isso se dá quando estamos diante de contratos que apresentam formação instantânea, marcada por um simples encontro de vontades. A título de exemplo, um negócio de compra

<sup>447</sup> Cf. JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

e venda de objeto de pequeno valor pode dar-se de modo imediato, sem que consigamos identificar e apartar os correspondentes momentos de formação do contrato.

Observa-se, de maneira oposta, a existência de uma crescente complexidade de novos desenhos negociais, que permitem uma nítida verificação das fases de constituição da avença. Operações econômicas de grande vulto não são realizadas de forma instantânea, demandando tempo para que as declarações de vontade sejam levadas a um encontro. Nesse contexto, a fase das negociações preliminares tem um acentuado destaque, tendo em vista a necessidade de adequados subsídios, que permitam às partes fundamentar sua futura manifestação volitiva. A aludida fase é marcada pela ausência de vinculação, ou seja, as questões que sobrevêm nesse período de formação contratual não têm a possibilidade de materializar uma ligação definitiva entre as partes contratantes, tendo em vista que a negociação e a barganha marcam a própria lógica contratual. Sobre a fase das negociações preliminares, discorre Enzo Roppo:

A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de negociações, no decurso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite. Se se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio, a uma tal conjugação dos interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui<sup>448</sup>.

Apoiando-se na clássica teoria contratual, é possível verificar que o rompimento das tratativas era visto como um direito das partes envolvidas em uma negociação; a configuração de responsabilidade civil nessa fase pré-contratual era impensável. Esse verdadeiro dogma jurídico estava lastreado na consagração do princípio da autonomia da vontade, visto, em uma de suas nuances, como a liberdade de decidir contratar ou não contratar.

<sup>448</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Alameda, 2009. p. 105.

Gabriele Faggella foi o jurista responsável por inaugurar uma teorização sobre a existência de uma responsabilidade pelo rompimento injustificado das tratativas. Trata-se de uma doutrina singular, principalmente, se for levado em consideração o ano em que foi publicada (1906), período ainda marcado por um pensamento jurídico de forte matiz liberal<sup>449</sup>. De acordo com o jurista, haveria um acordo tácito por trás das tratativas e quando esse acordo fosse frustrado estaria justificada a existência de responsabilidade civil. Assim discorre Faggella:

Em substância, no consentimento a negociar a formação de um contrato subsiste um acordo sobre este: que se elabore um projeto até que se alcance ou a constituição do vínculo jurídico, ou o ponto em que, pela contrariedade dos interesses e pelo resultado das discussões, o acordo não seja possível. Logo, o puro e simples recesso, sem que as tratativas tenham tido o seu desenvolvimento e o seu êxito positivo ou negativo, importa a violação daquele tácito acordo pré-contratual; e essa violação torna o recesso arbitrário e intempestivo. E a outra parte pode ter incorrido em despesas para a razoável continuação daquelas tratativas, na esperança que pudessem conduzir a um resultado positivo. [...] O tácito consentimento das partes na elaboração das tratativas justifica e legitima as despesas necessárias, efetuadas por este para buscar e colher todos os elementos

<sup>449</sup> Sobre o desenvolvimento da questão, afirma Paolo Gallo: "Trata-se de uma problemática de todo paralela àquela do abuso do direito. Não é provavelmente um acaso que se tenha iniciado a falar de abuso do direito, de concorrência desleal, bem como de responsabilidade por recesso injustificado das tratativas aproximadamente em torno dos mesmos anos, vale dizer, a partir da segunda metade do século XIX. De fato, é propriamente nesse período que a doutrina, especialmente no campo francês, e depois no campo alemão, começou a duvidar dos tradicionais confins do direito; em particular do direito de propriedade, do direito de concorrência, bem como do direito de recesso". No original: "Si tratta a ben vedere di una problematica del tutto parallela rispetto a quella dell'abuso del diritto. Non è anzi probabilmente un caso che si sia iniziato a parlare di abuso del diritto, di concorrenza sleale, nonché di responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative all'incirca nello stesso torno di anni, vale a dire a partire dalla seconda metà del XIX secolo. È infatti proprio in questo periodo che la dottrina, specie in area francese, e poi tedesca, ha iniziato a mettere in dubbio i confini tradizionali dei diritti; in particolare del diritto di proprietà, del diritto di concorrenza, nonché del diritto di recesso". GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. Rivista di Diritto Civile, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 303.

requeridos para a formação de um projeto completo, que possam traduzir um contrato<sup>450</sup>.

Por meio da aludida construção teórica, Faggella buscou fundamentar a existência de uma vinculação entre as partes ainda que não estivesse em causa um contrato formado. É interessante notar que o autor não faz recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva, assentando seu pensamento, por outro lado, em uma violação ilegítima de um acordo tácito pré-contratual. O próprio consenso relativo ao início das tratativas, implícito ou expresso, já seria suficiente a formar um acordo pré-contratual que não poderia ser desfeito de forma injustificada, ocasionando prejuízos a uma das partes<sup>451</sup>.

No que concerne à indenização dos danos ocasionados pela ruptura, Faggella assevera que “o ressarcimento é limitado às despesas efetivas e ao custo real dos trabalhos preparatórios pré-contratuais necessários ao desenvolvimento das tratativas e a elaboração do projeto, e até ao ponto em que tenha sido alcançado o consenso do rescidente”<sup>452</sup>. Observa-se de tal ilação que os lucros cessantes, incluindo as perdas de oportunidade, não seriam albergados pelo ressarcimento.

<sup>450</sup> No original: “In sostanza, nel consentimento a trattare la formazione di un contratto sussiste un accordo su questo: che si elabori un progetto fino a che si giunga o alla costituzione del vincolo giuridico o al punto in cui, per la contrarietà degl’interessi e pel risultato delle discussioni, l’accordo non sia possibile. Ora il puro e semplice recesso, senza che le trattative abbiano avuto il loro svolgimento e il loro esito positivo o negativo, importa la violazione di quel tacito accordo precontrattuale; e questa violazione rende arbitrario e intempestivo il recesso. E l’altra parte ha potuto fare delle spese per la ragionevole continuazione di quelle trattative, nella speranza che potessero condurre a un risultato positivo. [...] Il tacito consentimento delle parti nella elaborazione delle trattative giustifica e legittima le spese necessarie da esse incontrate per ricercare e raccogliere tutti gli elementi occorrenti alla formazione di un progetto completo, che possano tradurre in contratto”. FAGGELLA, Gabriele. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 300.

<sup>451</sup> FAGGELLA, Gabriele. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 301.

<sup>452</sup> No original: “Il risarcimento è limitato alle spese effettive e al costo reale del lavoro preparatorio antecontrattuale, necessario all’esplicamento delle trattative e alla elaboração del progetto, e fino al punto dove sia giunto il consenso del recedente”. FAGGELLA, Gabriele. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 304.

A teorização de Faggella foi criticada pela doutrina que o seguiu, principalmente em razão da fundamentação apresentada em sua obra. O seu pensamento partia da existência de um caráter vinculativo em uma fase que tradicionalmente era marcada pela liberdade contratual e, logo, pela possibilidade de rompimento das negociações. Nesse ponto, Adriano De Cupis identifica a existência de verdadeira contradição em seu discurso quando o autor afirma que a responsabilidade do rescindente não pode se fundar na sua culpa, uma vez que ele opera na sua legítima esfera de direito<sup>453</sup>. Se a parte negocial opera dentro da sua esfera de direito, não é possível falar-se em responsabilidade, tendo em vista que ação se dá em conformidade com o ordenamento jurídico.

Apesar das falhas em que incorreu Faggella, é indiscutível a sua importância para o desenvolvimento da doutrina da responsabilidade pré-contratual, notadamente pelo fato de identificar a necessidade de proteger as partes, envolvidas em uma negociação, de rupturas abruptas que podem causar variada ordem de prejuízos. A teorização da boa-fé objetiva será o vetor responsável por uma adequada fundamentação para imputação de responsabilidade civil nas aludidas situações. Assim, as hipóteses de interrupção de negociações preliminares passam, paulatinamente, a estar ligadas aos deveres acessórios impostos pelo princípio da boa-fé objetiva. As partes, mesmo no momento em que ainda não existe contrato, são obrigadas a agir de forma proba e leal em consonância com a própria ideia de complexidade intra-obrigacional.

As proposições de Faggella chegaram até a França, tendo sido analisadas por Raymond Saleilles, em um ensaio publicado em 1907<sup>454</sup>. Em seu artigo, Saleilles apresenta o trabalho do autor italiano, tecendo as suas críticas e considerações, o que permitiu uma maior reflexão sobre a matéria e um avanço do tema pela Ciência Jurídica francesa.

Saleilles revela-se mais avançado no que condiz ao fundamento da responsabilidade pré-contratual, assentando-o na boa-fé e na equidade. De acordo com o autor, "somente pelo simples fato de haver consentimento para as negociações, há necessidade, para cada uma das partes, de agir em

<sup>453</sup> DE CUPIS Adriano. *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 27.

<sup>454</sup> SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d'une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. pp. 697-751.

conformidade com a equidade comercial e a boa-fé<sup>455</sup>. Logo, o fundamento para imputar responsabilidade ao sujeito que causasse prejuízos à contraparte na fase de formação do contrato estaria na violação dos usos, e não na noção de culpa. Nesse sentido, afirma Saleilles:

Se queremos que exista culpa, é preciso dizer que a culpa é identificada com o fato de uma violação dos costumes impostos pela equidade comercial. É portanto essa violação, esse ataque ao costume, que é o fato principal, aquele que deve dar sua característica à responsabilidade que lhe servirá de fundamento jurídico. Será ele, e não a ideia de culpa, que vai lhe determinar as condições e a extensão<sup>456</sup>.

A responsabilidade pré-contratual passa, então, a estar vinculada a um padrão de comportamento usual imposto pela equidade comercial. Não haveria a necessidade de se analisar a culpa, configurando uma categoria de responsabilidade não submetida ao regime delitual. O referido argumento caminha no sentido de evitar as críticas – já sofridas por Jhering – de um alargado uso da noção de culpa.

No que concerne à indenização pelo dano pré-contratual, Saleilles acredita que o ressarcimento deverá ater-se ao interesse contratual negativo, abarcando, inclusive, os lucros cessantes resultantes do evento danoso<sup>457</sup>.

<sup>455</sup> No original: “Seulement, par le fait seul qu’il y a eu consentement aux négociations, il y a nécessité, pour chacune des deux parties, d’agir conformément à l’équité commerciale et à la bonne foi”. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 718. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 718.

<sup>456</sup> No original: “Si l’on veut qu’il y ait faute, il faut dire que la faute s’identifie avec le fait d’une violation des usages imposés par l’équité commerciale. C’est donc cette violation, cette atteinte à l’usage qui est le fait principal, celui que doit donner sa caractéristique à la responsabilité auquel il servira de fondement juridique. Ce sera lui, et non pas l’idée de faute, qui en déterminera les conditions et l’étendue”. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 742.

<sup>457</sup> Afirma Raymond Saleilles: “Não há mesmo identidade a estabelecer com o que Ihering chama “Negative Vertrags-interesse”, o qual corresponde ao dano causado pelo fato de ter contado com a formação de um contrato que não se celebrou; ele inclui, então, não apenas a compensação dos custos e despesas preparatórias, mas a reparação do dano resultante das oportunidades perdidas ou rejeitadas”. No original: “Il n’y a même pas d’identité à établir

Nesse ponto, percebe-se uma oposição à construção de Faggella, que previa a possibilidade de reparação apenas dos gastos efetivos (danos emergentes). Saleilles amplia, desse modo, a expectativa de compensação de todos os prejuízos sofridos, estivessem estes em despesas realizadas ou na perda de oportunidades negociais, em detrimento de uma intocável proteção da liberdade de contratar.

É preciso ter em consideração que, ainda hoje, em princípio, a interrupção das negociações preliminares configura uma conduta lícita, ou mesmo um direito das partes. Trata-se, na verdade, de um dos prismas de aplicação e verificação da autonomia contratual. A ausência de vinculação negocial permite à parte negociante exercitar as suas escolhas optando ou não por assumir um vínculo contratual. Mesmo os custos empreendidos nessa fase devem ser vistos, inicialmente, como elementos intrínsecos ao próprio processo de oferta e negociação. Esses custos tendem a equivar à probabilidade de fechamento do contrato e seriam suportados pelo preço final dado ao objeto da avença<sup>458</sup>.

A liberdade de iniciativa, princípio basilar de uma economia de mercado como a nossa, revela-se como uma baliza inafastável para a análise das questões que envolvam a ruptura de negociações preliminares. No entanto, os problemas vivenciados nessa primeira fase de formação do contrato devem ser ponderados em consonância com outros elementos protegidos

avec ce que Ihering appelle le Negative Vertrags-interesse, lequel correspond au dommage causé par le fait d'avoir compté sur la formation d'un contrat qui n'aboutit pas ; il comprend alors, non seulement la compensation des frais et dépenses préparatoires, mais la réparation du dommage résultant des occasions manquées ou rejetées". SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d'une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 722.

<sup>458</sup> Nesse sentido, Mario Bessone afirma: "Em linha de princípio, as despesas incorridas no curso da relação pré-contratual já são remuneradas pelo crescimento da probabilidade de conseguir uma vantagem que seria assegurada pela conclusão do negócio e, assim, em teoria, pode parecer que não existem razões para se transferir o custo para a economia de outros, In tanto mais se considerado que o recesso constitui um poder indiscutível". No original: "In linea di principio, le spese affrontate nel corso del rapporto precontrattuale sono remunerate già dall'accrescersi delle probabilità di conseguire un profitto che sarebbe assicurato dall'eventuale conclusione dell'affare e quindi, in teoria, può sembrare che non debbano esservi ragioni per trasferirne il costo sull'economia altrui, tanto più che il recesso costituisce esercizio di un potere indiscutibile". BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 963-964.

pelo ordenamento jurídico. Sobre a avaliação da possibilidade de indenização pela ruptura de negociações preliminares, assevera Mario Bessone:

O esgotamento das tratativas por recesso de uma parte determina sempre um prejuízo do interesse alheio. O interesse prejudicado, todavia, varia com o variar das circunstâncias. Algumas vezes, o insucesso da tratativa desilude somente a esperança de realizar um negócio vantajoso (e não há dano que possa ser apreciável). Mas, não raro, acontece que o início da tratativa leve uma parte a incorrer em despesas para favorecer a conclusão do contrato e, então, o recesso da outra parte demanda uma delicada operação de controle. Somente um controle atento aos eventos da tratativa pode, de fato, estabelecer se as despesas suportadas para chegar à conclusão do negócio devem onerar o patrimônio da parte que as sustentou – natural consequência de um risco assumido – ou se não são bons motivos para uma diferente distribuição de seu custo<sup>459</sup>.

Assim, a interrupção das negociações preliminares deve ser apreciada de maneira casuística, pois as consequências ligadas à divisão dos custos empreendidos pelas partes contratantes na referida fase contratual perpassam por uma análise das contingências em que se deu a referida ruptura. As motivações e a forma como as partes procederam devem ser tomadas em consideração e analisadas sob a perspectiva do princípio da boa-fé.

Em verdade, somente com um maior incremento da temática da boa-fé objetiva, fez-se possível o desenvolvimento de uma construção teórica que buscasse a proteção das partes que, por meio de um injustificado rompi-

<sup>459</sup> No original: "A veder bene, l'esaurirsi della trattativa per recesso di una parte determina sempre un pregiudizio dell'interesse altrui. L'interesse pregiudicato tuttavia varia con il variare delle circostanze. Talvolta l'insuccesso della trattativa delude solo la speranza di realizzare un affare vantaggioso (e non vi è danno che possa sembrare apprezzabile). Ma non di rado accade che l'avvio della trattativa muova una parte ad affrontare spese per favorire la conclusione del contratto ed allora il recesso dell'altra sollecita una delicata operazione di controllo. Soltanto un controllo attento alle vicende della trattativa può infatti stabilire se le spese sopportate per avviare a conclusione l'affare devono gravare sul patrimonio della parte che le ha sostenute – naturale conseguenza di un rischio assunto – o se non vi sono piuttosto buoni motivi per una diversa distribuzione del loro costo". BESSONE, Mario. *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 962-963.

mento das tratativas, se vissem prejudicadas. Por conseguinte, atualmente, é impossível desvincular o tema do rompimento das negociações preliminares da cláusula geral de boa-fé. As partes, mesmo no momento em que ainda não está materializada uma vinculação, devem agir em consonância com deveres acessórios de proteção e informação, não podendo, depois de gerar a confiança na contraparte, romper as negociações preliminares.

Quando analisadas as situações que levam a uma responsabilidade pré-contratual por rompimento das tratativas, a atenção do intérprete – aplicador da norma – não deve estar no ato em si, mas nas circunstâncias em que tal ato foi realizado. Confiança da contraparte, ausência de justa causa e surgimento de dano indenizável<sup>460</sup> são variantes circunstanciais que têm que ser configuradas para que se possa cogitar uma imputação de responsabilidade civil, com a consequente fixação de um *quantum* indenizatório. Essas variantes, por sua vez, estão diretamente ligadas à cláusula geral de boa-fé e é pautando-se nos deveres acessórios que deverá se realizar o exame do caso concreto.

A *confiança* inculcada na contraparte é o elemento vetor a justificar um ressarcimento pela ruptura das negociações, pois só haverá reparação se houver *dano* e, distintamente, a ausência da *justa causa* para ruptura não revela essencial importância, em decorrência do fato de que, *a priori*, qualquer das partes tem a possibilidade de exercer a sua liberdade de não contratar<sup>461</sup>. Somente haverá dever de indenizar, quando for gerada uma confiança tal que tenha levado a contraparte a vivenciar prejuízos, na hipótese de um rompimento das tratativas<sup>462</sup>.

<sup>460</sup> GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 305.

<sup>461</sup> Em sentido contrário, sustenta Enzo Roppo que “o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 107.

<sup>462</sup> Sobre a menor importância da justificativa, discorre Christian Sahb Batista Lopes: “Em regra, a presença ou ausência de justificativa para a ruptura das negociações é completamente irrelevante. Quando uma parte induz a outra a fazer despesas em confiança do contrato em perspectiva, está alterando a disciplina normal das negociações pela qual cada parte suporta o risco de seus próprios custos. A parte induz a outra a fazer despesas que não faria ordinariamente, sob esta disciplina normal. É justo, portanto, que suporte o risco de, por qualquer razão, as negociações não chegarem a bom termo”. LOPES, Christian Sahb Batista.

É possível observar uma carência de normas expressas, em variados ordenamentos jurídicos, sobre o tema da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preliminares. Em razão desse vácuo legislativo, verifica-se um paralelo incremento de construções doutrinárias e jurisprudenciais que procuram fornecer adequados contornos para a solução de problemas na mencionada fase de formação do contrato. Sobre a atuação dos tribunais franceses no controle da ruptura de negociações preliminares, discorrem Geneviève Viney e Patrice Jourdain:

É também e sobretudo quando o autor do dano decide colocar fim a uma situação que ele tenha voluntariamente criado e na manutenção da qual um terceiro está interessado que ele pode se ver acusado de agir com “leviandade”. Esta noção é de fato comumente usada pelos tribunais, tanto em relação à interrupção das negociações contratuais, quanto da resolução de contratos em curso de execução ou da ruptura de noivado ou concubinato. [...] Em todas estas hipóteses, a leviandade é deduzida de indícios que permitam identificar que aquele que põe fim à situação que seu parceiro desejaria manter não considerou os interesses deste. É então o excesso de egoísmo que é diretamente censurado pelo juiz civil. Em todo caso, não é raro que os tribunais se inspirem em diretivas morais para definir os deveres que se impõem aos sujeitos de direito sob o fundamento do artigo 1382 do Código Civil. Portanto, são certamente as considerações de ordem prática que desempenham, na matéria, o papel mais importante<sup>463</sup>.

**Responsabilidade pré-contratual:** subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 124.

<sup>463</sup> No original: “C’est aussi e surtout lorsque l’auteur du dommage décide de mettre fin à une situation qu’il a volontairement créée et au maintien de laquelle un tiers est intéressé qu’il peut se voir reprocher d’agir avec « légèreté », Cette notion est en effet couramment utilisée par les tribunaux tant à propos de l’interruption des pourparlers contractuels que de la résiliation de contrats en cours d’exécution ou de la rupture de fiançailles ou de concubinage. [...] Dans toutes ces hypothèses, la légèreté est déduite d’indices permettant d’établir que celui qui a mis fin à la situation que son partenaire souhaitait maintenir n’a tenu aucun compte de l’intérêt de celui-ci. C’est donc l’excès d’égoïsme que est directement censuré par le juge civil. En tous cas, il n’est pas rare que les tribunaux s’inspirent de directives morales pour définir les devoirs qu’ils imposent aux sujets de droit sur le fondement de l’article 1382 du Code civil. Pourtant, ce sont certainement les considération d’opportunité pratique qui jouent, en la matière, le rôle le plus important”. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice.

Pautando-se no ordenamento italiano, é possível identificar que não existem dispositivos no Código Civil que tratem especificamente do regime jurídico a ser aplicado às hipóteses de rompimento das tratativas. Também o Código Civil brasileiro de 2002 não possui em seu corpo uma norma específica que aponte as consequências jurídicas para o mesmo problema. Nesse contexto, as soluções apresentadas por doutrina e jurisprudência têm a sua origem em percursos argumentativos que, por sua vez, estão baseados em matizes principiológicos e cláusulas gerais encontrados no correlato ordenamento jurídico. Logo, normalmente, os problemas são solucionados tendo por base a confiança que se apresenta como uma manifestação da boa-fé e de seus correlatos deveres acessórios, que obrigam a um adequado comportamento das partes envolvidas no processo de formação do contrato.

A utilização da cláusula geral de boa-fé como válvula de controle dos comportamentos verificados na fase pré-contratual acabou por gerar algumas críticas por parte dos doutrinadores.

Uma primeira objeção centrava-se no fato de que o controle excessivo relativo à fase das negociações preliminares acabaria por levar a impossibilidade de exercício do direito de livre escolha que marca esse período de formação do contrato. Paolo Gallo chega a afirmar que a responsabilidade pré-contratual, como temia a doutrina majoritária do início do século XX, pode se transformar numa espécie de espada de Dâmocles<sup>464</sup> que paira sobre cada uma das negociações preliminares, com o risco de constituir um obstáculo excessivo ao exercício do direito de rompimento, que não deve ser esquecido<sup>465</sup>.

Outra crítica comumente colocada ao controle das tratativas refere-se a um hipotético e demasiado subjetivismo a caracterizar a atuação dos juízes, quando da análise de casos concretos. Para esses críticos, mesmo com a tentativa de criar parâmetros de controle – como os mencionados “rompi-

*Traité de droit civil*: les conditions de la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2006. p. 419.

<sup>464</sup> Trata-se de uma narrativa lendária, em que Dâmocles, um membro da corte de Siracusa, troca de lugar, por um dia, com o soberano Dionísio, acreditando estar diante de uma posição afortunada. No entanto, durante luxuoso jantar, Dâmocles percebe que tem sobre sua cabeça uma espada sustentada apenas por um fio de crina de cavalo, reconhecendo o constante estado de perigo em que se encontravam aqueles detentores de um grande domínio. A narrativa é habitualmente vista como uma alusão à precariedade vivenciada pelos sujeitos que detêm um grande poderio.

<sup>465</sup> GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 305.

mento injustificado” ou “criação de reais expectativas” –, ainda haveria uma margem grande para aplicação de subjetivismos, em razão de ser empreendida uma análise de comportamentos que têm a sua gênese em um agir psicológico. Justificativas para a ruptura das negociações e expectativas das partes envolvidas são elementos que só poderiam ser compreendidos a partir de uma análise de ordem subjetiva. Seria necessária a compreensão do querer do agente, algo que se demonstra inalcançável do ponto de vista da prática do direito civil.

Mario Bessone, ainda na década de 70, procurou afastar as críticas acima apresentadas. A partir de uma análise do desenvolvimento da utilização da técnica das cláusulas gerais em variados ordenamentos, o autor conclui que a aludida forma de controle do comportamento na fase pré-contratual é uma tendência verificada em outros países e que, apesar de demandar uma análise casuística, não está ligada a elementos de ordem subjetiva. De acordo com o autor:

Unindo a evolução de ordenamentos muito distantes entre si, esta remoção progressiva das diretivas acreditadas no passado indica uma linha de tendência muito significativa. Advertido o equívoco de uma *ratio decidendi* em termos de “confiança”, o juízo sobre o grau de consistência da tratativa termina, de fato, por se concentrar em uma análise das circunstâncias do caso particular, atenta à dinâmica dos específicos setores do mercado. Assim, uma vez evitados os inconvenientes indissociáveis de uma investigação sobre os motivos do recesso, o recurso ao modelo do operador “sério” e “leal” deixa de constituir uma operação perigosamente imaginativa e se concretiza no emprego de um sistema de índices de apreciação tão articulados quanto o são diversos processos de contratação (e tipos de negócio) prospectados da experiência. E, desse modo, as enunciações de princípio tendentes a privilegiar critérios de decisão rigorosamente objetivos contribuem para predispor os instrumentos necessários a traduzir a cláusula geral de boa-fé em um racional dispositivo de administração do negócio pré-contratual<sup>466</sup>.

<sup>466</sup> No original: “Accomunando l’evoluzione di ordinamento assai lontani tra loro, questa progressiva rimozione delle direttive accreditate in passato indica una linea di tendenza molto significativa. Avvertito l’equivoco di una *ratio decidendi* in parole di “affidamento”, il giudizio sul grado di consistenza della trattativa finisce infatti per concentrarsi in una analisi

Assim, as críticas à utilização da boa-fé como mecanismo de limitação da ruptura de negociações preliminares, não parecem se sustentar. Seja como princípio integrador – que impõe aos negociantes uma série de deveres acessórios, durante a fase das negociações preliminares –, seja como concretização de uma função controle – por meio da vedação do abuso do direito –, a boa-fé objetiva vem conferir conteúdo adequado ao exercício da liberdade no momento de negociação de uma avença<sup>467</sup>.

Importa, agora, apreciar o problema da quantificação dos valores indenizatórios, quando se está diante de uma situação de ruptura de tratativas com afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

Aprioristicamente, a indenização devida está condicionada aos limites do interesse contratual negativo, ou seja, objetiva reconstituir a situação em que a parte lesada estava antes de iniciar as negociações preliminares. De acordo com Cristiano Zanetti, os danos a serem reparados “consistem no interesse negativo, cabendo à tutela ressarcitória [...] o papel de colocar o candidato a contratante, na situação patrimonial que estaria caso não tivesse confiado na conclusão do contrato em decorrência do comportamento da outra parte, que, mais tarde, retrocede”<sup>468</sup>. Trata-se de uma habitual conclusão, encontrada em grande parte da doutrina<sup>469</sup>.

delle circostanze del caso singolo attenta alla dinamica dei singoli settori del mercato. Così, una volta evitati gli inconvenienti indissociabili da una indagine sui motivi del recesso, il ricorso al modello dell'operatore "serio" e "leale" cessa di costituire una operazione pericolosamente immaginosa e si concreta nell'impiego di un sistema di indici di apprezzamento tanto articolati quanto sono diversi i processi di contrattazione (e tipi di affare) prospettati dall'esperienza. E, in questo modo, le enunciazioni di principio intese a privilegiare criteri di decisione rigorosamente oggettivi concorrono a predisporre gli strumenti necessari per tradurre la clausula generale di buona fede in un razionale congegno di amministrazione del rapporto precontrattuale”. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 1026.

<sup>467</sup> Alguns casos, apresentados por Mario Bessone, ajudam a compreender o conteúdo prático envolvido na ruptura de negociações, em não conformidade com a boa-fé objetiva. Cf. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 1020.

<sup>468</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 157.

<sup>469</sup> Enzo Roppo também circunscreve o ressarcimento, nas hipóteses de ruptura das negociações, ao interesse contratual negativo: “Como se mede o ressarcimento devido à parte lesada pelo comportamento incorrecto da contraparte, durante as negociações? Aquela não

No entanto, é preciso destacar algumas situações em que a confiança é de tal monta, que chega a materializar verdadeira hipótese de dever de contratação. Mesmo que se esteja diante de hipóteses extraordinárias, é preciso ter atenção à possibilidade de as negociações preliminares alcançarem um determinado ponto, que a confiança da parte na contratação só poderá ser adequadamente ressarcida se lhe for conferida uma indenização que tenha por fundamento o interesse contratual positivo, ou seja, o interesse no cumprimento. Imagine que um produtor agrícola tenha direcionado toda a sua produção para uma empresa que se propunha comprá-los. O rompimento das tratativas ocorrido em momento muito próximo à colheita, não pode ser indenizado tendo por consonância o interesse negativo.

A referida situação exemplificada, na verdade, é identificada no conhecido caso dos tomates<sup>470</sup> – exemplo comumente trazido pela doutrina como um caso de responsabilidade contratual em razão da quebra dos deveres acessórios ligados à boa-fé objetiva. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>471</sup> não transparece uma solução pautada no interesse contratual negativo, mas, contrariamente, percebe-se que o acórdão caminhou no sentido de reconhecer a existência de uma responsabilidade pelo interesse contratual positivo, condenando a empresa CICA ao pagamento de toda a safra de tomates. Ou seja, a condenação acabou por materializar situação em que o que teve que ser pago a título de indenização equivalia ao próprio valor que seria ganho com o futuro contrato. Trata-se, portanto, de uma determinação judicial pautada no interesse positivo, uma vez que está ligada à própria ideia de adimplemento de um pacto prometido.

Vê-se, por consequência, que, em casos como esses, a parte rescindente deve cumprir o contrato ou indenizar a contraparte, tendo em consideração os ganhos que seriam auferidos com a conclusão daquela avença.

tem direito à soma equivalente ao interesse contratual positivo, (isto é aos exactos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito, sim, à indemnização do interesse contratual negativo, correspondente às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, depois injustificadamente interrompidas pela contraparte, ou celebrado um contrato inválido”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 108.

<sup>470</sup> O referido caso será aprofundado em ponto sobre a casuística no direito brasileiro.

<sup>471</sup> Apelação Cível n. 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 06.06.1991.

Sobre a referida questão, e pautando-se no direito português, discorre Paulo Mota Pinto:

Admitimos, porém, a existência de tais casos, muitos excepcionais, em que a indemnização se não limita ao interesse negativo, desde que a vinculação pré-contratual se tenha densificado já a ponto de ter surgido um verdadeiro dever de conclusão do contrato, de tal modo que o "evento que obriga à reparação" passa a ser, justamente, a não conclusão do contrato. Nesses casos, poderá, pois, existir uma indemnização em dinheiro, medida pelo interesse positivo na conclusão. Mas não se vê razão para não admitir também, por aplicação do artigo 566.<sup>o</sup>, a indemnização por reconstituição natural mediante a conclusão do contrato, aceitando-se, mesmo, um direito do lesado à celebração do contrato, susceptível de execução específica, por aplicação (análogica, considerando a admissão de um dever de conclusão) do regime do contrato-promessa, desde que aquela seja possível no caso concreto<sup>472</sup>.

Desse modo, a lesão aos deveres acessórios emanados da boa-fé objetiva, concretizada numa ruptura negocial, pode ter a sua salvaguarda atrelada ao interesse contratual negativo e, excepcionalmente, ao interesse contratual positivo. Tal realidade acaba por lançar por terra a tradicional concepção que compreende na *culpa in contrahendo* apenas a possibilidade de efetivação de um *quantum* indenizatório sopesado no interesse contratual negativo. Logo, em hipóteses como a apresentada, o ressarcimento dos danos objetiva atribuir à vítima do ilícito o equivalente aos ganhos que teriam sido obtidos com a própria execução do contrato.

Por fim, importa verificar a relação existente entre a culpa e a responsabilidade civil pelo rompimento das negociações preliminares. Neste ponto, duas questões devem ser levantadas, quais sejam: i) se há a necessidade de configuração da culpa, para imposição de responsabilidade por ruptura de tratativas, ou se trataria de um ilícito objetivo, dispensando a apreciação da culpabilidade; ii) se a culpa pode ou não interferir no *quantum* indenizatório a ser fixado pelo juiz diante das situações concretas.

<sup>472</sup> PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1347.

No que concerne à materialização da culpa, o referido elemento parece estar implícito à responsabilidade civil por ruptura das negociações, notadamente, em decorrência da relação existente com a boa-fé objetiva e com o não cumprimento de seus deveres acessórios. Como assinalado, a ruptura das negociações configura-se, *a priori*, como um direito subjetivo da parte. Por consequência, somente quando identificada a culpa, tem-se a quebra da confiança depositada, que, por sua vez, leva ao dever de reparação<sup>473</sup>. Importante destacar que, como afirmado por Antônio Chaves, “a culpa não consiste em entrar em negociações, e sim em abandoná-las, e o que é mais importante, não é qualquer retirada que dá margem à indenização, mas a retirada arbitrária, que só poderá assumir êsse colorido com a intervenção daquele fator”<sup>474</sup>.

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante se ater ao fato de que em razão da positivação do abuso de direito, no Código Civil de 2002, novos contornos com relação à culpa podem ser trabalhados. Como salientado o art. 187 da mencionada legislação, caracterizou a figura do abuso como hipótese especial de ilícito, prescindindo do elemento culpa em sua redação. Em consonância com o parágrafo único, do art. 927, estar-se-ia diante de um específico caso de responsabilidade objetiva, não apresentando relevância a análise do elemento culpabilidade.

Logo, se considerada a ruptura de negociações preliminares como integrante na categoria do abuso de direito, não haveria que se questionar a existência de culpa. Não obstante, Cristiano de Sousa Zanetti, autor que adota a fundamentação do referido tipo de responsabilidade pré-contratual no abuso de direito e na transgressão da boa-fé objetiva, conclui pela intrínseca relação entre a culpa e a ruptura das negociações:

O comportamento do candidato a contratante que viole os cânones da lealdade e da confiança é, no mínimo, negligente, não cor-

<sup>473</sup> Sobre a culpa, afirma Carlos Alberto da Mota Pinto que “a imposição do dever de reparar a uma parte, para tutela da confiança da outra, não pode deixar de exigir um comportamento fortemente culposo ao retratante, que nada mais faz do que exercer um direito, legitimado pela justiça e pelas conveniências pragmáticas”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Separata. XIV, 1963, pp. 197.

<sup>474</sup> CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 173.

respondendo ao modelo comportamental comumente observado na sociedade brasileira. Trata-se, a um só tempo, de uma conduta culposa e violadora da boa-fé objetiva, figuras que, no particular campo da ruptura das negociações, aparecem sempre juntas. Isso não significa, no entanto, que somente as condutas negligentes caracterizem a violação à boa-fé objetiva, pois os comportamentos imprudentes, imperitos ou dolosos também podem servir para configurar a responsabilidade pela ruptura das negociações<sup>475</sup>.

A culpa, assim, revela-se como elemento inerente à desobediência dos deveres impostos pela boa-fé. Mesmo não sendo elencada como elemento necessário pela legislação ordinária, a culpa acaba por ser sempre identificada, sob pena de não se estar diante de uma situação abusiva e, por consequência, ensejadora de reparação.

Apesar de não ser um elemento dotado de vital importância na constituição do rompimento das negociações preliminares, a culpa pode vir a ser relevante para a apuração de um adequado *quantum* indenizatório. Sobre essa questão, é imperioso ter atenção também para normas positivadas no Código Civil brasileiro, especificamente, nos seus art. 944<sup>476</sup> e art. 945<sup>477</sup>. Pelo primeiro dispositivo, consagra-se, excepcionalmente, a possibilidade de reduzir o valor indenizatório em razão da desproporção existente entre o grau de culpa e o dano causado. Em paralelo, o art. 945 conduz à redução da indenização se houver concorrência de culpas, isto é, se o lesado tiver contribuído para a ocorrência do dano. Partindo do pressuposto de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ruptura de tratativas configura um ilícito extracontratual (em decorrência do abuso), nas situações práticas, demonstra-se necessária a análise da culpa de ambas as partes, pois se permite sempre ao juiz uma adequação do valor indenizatório, tomando em consideração os graus de culpabilidade.

<sup>475</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 169.

<sup>476</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

<sup>477</sup> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Assim, de acordo com Zanetti, “resta claro que a culpa influi na determinação do *quantum* indenizatório, que, nos casos de culpa levíssima, leve ou concorrente pode levar a uma redução do ressarcimento – que nesse caso, deixa de ser integral”<sup>478</sup>. Logo, além de verificar se o ressarcimento levará em consonância o interesse negativo ou o interesse positivo, deve-se ter atenção ao elemento culpa que poderá, em caráter extraordinário, ter influência na fixação do valor a ser pago como indenização.

### 5.2.3 A recusa em contratar

Deve ser compreendida como parte do fenômeno responsabilidade pré-contratual a denominada recusa em contratar. É possível observar, do ponto de vista prático, que há grande probabilidade de se ocasionar danos a uma pessoa, em razão da negativa em se concretizar uma avença contratual. Trata-se de hipótese diferente da recusa em contratar decorrente da ruptura das negociações preliminares. Como regra, na situação em exame, nenhuma das partes é levada a confiar na contratação; a recusa é realizada sem que os negociantes atinjam um elevado grau de interatividade capaz de produzir uma eventual vinculação.

Essa recusa, no entanto, é vista como elemento que compõe a própria autonomia contratual, podendo ser enquadrada como exercício regular de um direito. Caio Mário da Silva Pereira apresenta o princípio da autonomia da vontade dividido em quatro momentos distintos. Primeiramente, as partes têm a opção de contratar ou não contratar. Em um segundo momento, os sujeitos têm a possibilidade de escolher com quem contratar. Em seguida, identifica-se a liberdade de escolha do conteúdo contratual. E, por fim, podem acionar o aparelho coator do Poder Judiciário para exigir que o contrato seja cumprido, uma vez que se converte em fonte do direito<sup>479</sup>. Sobre o primeiro momento, afirma o autor que “vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é o arbítrio de decidir, segundo

<sup>478</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 171.

<sup>479</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III – contratos. 17. ed. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 20-22.

os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual"<sup>480</sup>.

Assim, aprioristicamente, qualquer parte pode exercer a sua autonomia negocial que também é concretizada pela opção de não contratar. Como sustentado por Jean Carbonnier, "na formação do contrato, o indivíduo possui uma dupla liberdade: contratar ou não contratar (esta é a opção fundamental), mas também e, sobretudo, determinar a seu critério o conteúdo do contrato"<sup>481</sup>. Verifica-se, desse modo, que a autonomia da vontade é também composta por uma escolha prévia, em que as partes decidem se querem ou não uma vinculação pela via contratual, em razão de uma contraparte.

É necessário pontuar, entretanto, que é possível identificar limites para o exercício dessa liberdade de não contratação. Antônio Chaves, em uma das primeiras obras sobre a responsabilidade civil pré-contratual no Brasil, buscou enquadrar a recusa de contratar como uma das hipóteses de materialização de dano no momento da formação do contrato. Nesse contexto, o autor afirma:

Não será pela invocação de um mal interpretado princípio de salvaguarda à liberdade individual que um facultativo poderá recusar seus préstimos ao paciente que deles necessita, não será a pretexto que o motorista tem o direito de transportar quem bem entenda que poderá a seu alvedrio recusar condução<sup>482</sup>.

Desse modo, existem algumas situações em que a liberdade de não contratar – realizada na recusa – pode acabar prejudicando de maneira severa um sujeito de direito. Se, por exemplo, houver a negativa de contratação de um serviço prestado em regime de monopólio, não existe a possibilidade de a parte recorrer a outras pessoas, de modo a conseguir

<sup>480</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III – contratos. 17. ed. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 20.

<sup>481</sup> No original: "Dans la formation du contrat, l'individu a une double liberté : contracter ou ne pas contracter (c'est l'option fondamentale), mais encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat". CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Vol. 4 – les obligations. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1976. p. 35.

<sup>482</sup> CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 16.

os mesmos – ou similares – préstimos. Além disso, a recusa por parte de um concessionário ou de um permissionário de serviços públicos revela-se bastante custosa para a parte que pretende contratar, uma vez que se está diante de serviços essenciais.

É interessante observar que é prática habitual caminhar sempre no sentido de buscar consequências jurídicas para uma ação – conduta positiva – que cause um dano na esfera de titularidade de outra pessoa. No entanto, é preciso estar atento para as implicações jurídicas de uma abstenção, que podem ser idênticas – ou até piores – àquelas que nascem de um comportamento comissivo. Nesse sentido, a omissão, materializada na não concretização de um contrato, pode causar sérios prejuízos a um sujeito de direito.

De acordo com Antônio Chaves, o tema da recusa de contratar foi repetidamente analisado pela Ciência Jurídica e jurisprudência<sup>483</sup> francesas. Buscou-se discutir, na primeira metade do século XX, os limites para o exercício da liberdade de não contratar, havendo autores que defendessem a existência desses contornos de atuação e quem acreditasse não haver a possibilidade de ponderação negativa sobre a recusa de contratar<sup>484</sup>. Muitas das construções jurídicas desse período – notadamente por terem sido desenvolvidas na França – estavam baseadas na noção de abuso de direito, segundo o qual “a pessoa está livre de abster-se e não contratar, tornando-se essa abstenção culposa desde o momento em que a finalidade de prejudicar passe a constituir a base da abstenção. Não contratar é um direito, mas não contratar com o intuito de prejudicar é abuso”<sup>485</sup>.

Assim, contemporaneamente, o princípio da autonomia da vontade tem passado por uma releitura, não sendo mais visto como absoluto. Em verdade, o dirigismo contratual atua como fator de limitação da liberdade dos indivíduos, condicionando a concretização dos contratos à obediência

<sup>483</sup> Antônio Chaves descreve um interessante julgado do Tribunal de Tizi Ozou: “Fato semelhante ocorreu com relação ao único farmacêutico de Dellys, que recusou vender remédios a um doente sob alegação de que a receita tinha sido assinada por um médico contra o qual estava demandando. O tribunal de Tizi Ozou, repelindo a invocação da liberdade de comércio, condenou-o por sentença de 26-12-1923, declarando que havia abusado de seu direito”. CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 39.

<sup>484</sup> CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. pp. 16 e ss.

<sup>485</sup> CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 18.

a outros valores trazidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, por exemplo, o ordenamento jurídico consumerista veda a recusa a contratar em determinadas situações, conforme se pode depreender do art. 39, incisos II e IX, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

[...]

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.

Além da tutela expressa no âmbito do direito do consumidor, é preciso ter atenção ao exercício da liberdade de não contratar que consubstancie conduta discriminatória, notadamente se estiver pautada, por exemplo, em elementos como raça, cor, procedência, sexo, orientação sexual, acometimento por doenças, nacionalidade, credo ou religião. Atualmente, são várias as nuances relativas a uma pessoa que podem dar margem a uma conduta discriminatória. Como apontado por Daniele Maffeis, a relevância do fenômeno é ampliada em decorrência da difusão de novas formas de identidade da pessoa, muitas vezes favorecidas pelo progresso científico. Ainda segundo o autor, essa multiplicação de formas de identidade torna mais numerosas as ocasiões em que a pessoa pode ser percebida como diferente e, portanto, como uma contraparte contratual indesejável<sup>486</sup>.

O exercício da autonomia como pretexto para a concretização de conduta discriminatória não pode ser, portanto, albergado em nenhum ordenamento jurídico. Nesse sentido, assinala Gabriele Carapezza Figlia que a

<sup>486</sup> Nas palavras originais de Maffeis: "La rilevanza del fenomeno è ampliata dalla diffusione di forme di identità della persona, sempre nuove, spesso favorita dal progresso tecnico. La moltiplicazione delle forme di identità rende formidabilmente più numerose le occasione in cui l'altra persona può essere percepita come diversa e, pertanto, come una contraparte contrattuale sgradita". MAFFEIS, Daniele. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 7.

difusão do preconceito justifica a introdução da proibição da discriminação, pois esta comporta, potencialmente, o dano aos sujeitos que compartilham aquela qualidade pessoal, a exclusão do acesso a bens ou serviços negociados no mercado e uma conseguinte marginalização social<sup>487</sup>. Lado outro, deve ser observada a ponderação dos direitos fundamentais no momento de exercício da liberdade de não contratar. Essa ponderação, preteritamente, era realizada apenas na perspectiva da relação existente entre o Estado e os seus súditos, ou seja, a tutela de direito fundamentais era realizada entre as esferas pública e privada, pela qual o particular invocava a sua proteção contra atos ou ingerências de agentes estatais.

É certo que a liberdade de contratar é reconhecida enquanto norma pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. No entanto, cabe se perguntar se é possível um controle dessa liberdade, legalmente reconhecida, tendo por supedâneo o contraste com os direitos fundamentais. Revela-se imperioso, assim, que a proposição por trás de uma recusa em contratar não concretize um ato atentatório a outros direitos fundamentais, principalmente se conexo ao princípio da igualdade, impeditivo de qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais é, hoje, também apreciada em sua horizontalidade. Significa dizer que as relações entre os particulares também estão submetidas aos comandos que traduzam proteção aos direitos fundamentais. Não se trata mais de uma eficácia a depender da atuação do legislador, devendo ser reconhecida pela legislação diretamente ou amparada no uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, as relações jurídicas travadas entre particulares também está submetida aos efeitos emanados dos direitos fundamentais. O estatuto de uma associação, o contrato social de uma empresa, um testamento ou um contrato de compra e venda entre privados não pode conter em seu conteúdo qualquer disposição atentatória aos direitos fundamentais.

Relativamente ao direito de não contratar, a autonomia contratual, protegida pelo ordenamento jurídico, deve ser apreciada como campo suscetível de controle pelos direitos fundamentais. Desse modo, se for configurada

<sup>487</sup> No original: "La diffusione del preconcetto giustifica l'introduzione del divieto di discriminazione, poichè comporta, potenzialmente, a danno dei soggetti che condividono quella qualità personale, l'esclusione dall'accesso a beni o servizi scambiati sul mercato e una conseguente marginalizzazione sociale". FIGLIA, Gabriele Carapezza. *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 55.

qualquer conduta atentatória ao princípio da igualdade, levando a um tratamento disforme e discriminatório, cabe a intervenção do Poder Judiciário no sentido de adequar os comportamentos ao que se encontra previsto como norma fundamental em nosso ordenamento jurídico.

No âmbito da União Europeia, verificou-se um avanço no controle de condutas discriminatórias, por meio da aprovação de variadas diretivas que enfrentaram o tema direta ou indiretamente, como a Diretiva n. 2000/43/CE e a Diretiva n. 2004/113/CE. Gabriele Carapezza Figlia afirma que parte da doutrina alemã, defendeu que as diretivas antidiscriminatórias da Comunidade Europeia atentavam contra o texto constitucional, considerando a sua recepção, pelo ordenamento jurídico germânico, um ato de "vandalismo legislativo". De acordo com o autor:

Sustenta-se que, em uma sociedade liberal-democrática, deveria se distinguir entre eficácia vertical e horizontal da proibição de discriminar. Aplicar a proibição não apenas nas relações entre autoridade pública e cidadãos, mas também naquelas interprivados, traduzir-se-ia em uma lesão da liberdade de se auto-determinar, sob a forma de imposição por parte do Estado (transformado em ético) de uma «correta visão do mundo» ou de uma «moralidade pública». A proibição de discriminação introduziria um controle judicial sobre motivos que induzem os indivíduos a contratar, podendo contradizer aquilo que vem definido como «*the core element of the freedom of contract*»: a insindicabilidade das escolhas contratuais<sup>488</sup>.

No entanto, esses posicionamentos críticos, em favor de uma ampla liberdade de contratação – que seria o centro do direito contratual –, cedem espaço para o posicionamento de que os direitos fundamentais possuem

<sup>488</sup> No original: "Si sostiene che, in una società liberaldemocratica, dovrebbe distinguersi tra efficacia verticale e orizzontale della proibizione di discriminare. Applicare il divieto non soltanto nei rapporti tra pubbliche autorità e cittadini, ma anche in quelli interprivati, si tradurrebbe in una lesione della libertà di autodeterminarsi, sotto forma di imposizione da parte dello Stato (divenuto etico) di una «corretta visione del mondo» o di una «pubblica moralità». Il divieto di discriminazione introdurrebbe un controllo giudiziale sui motivi che inducono i singoli a contrattare, sí da contraddire quello che viene definito «*the core element of the freedom of contract*»: l'insidacabilità delle scelte contrattuali". FIGLIA, Gabriele Carapezza. **Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 125.

conteúdo constitucional, devendo ser observados também entre os particulares. Imagine um suposto locador que negue a concretização do contrato em decorrência do pretenso locatário ser negro, índio ou pardo. Tal fato seria completamente atentatório aos valores inseridos no texto constitucional, não podendo prevalecer em uma situação prática. Assim, o exercício de contratar ou não contratar ainda deve ser tomado como princípio basilar no direito contratual, porém, é importante lembrar que o referido possui perímetros que devem ser observados no controle dos casos práticos.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta importante consideração sobre os cuidados que devem ser seguidos quando verificado eventual confronto entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Discorre o autor:

[...] no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência da cada um<sup>489</sup>.

Deve ser precisado, portanto, que os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, estando as suas condutas submetidas ao controle desses. Além disso, a própria autonomia negocial pode ser vista como um direito fundamental, o que leva a um necessário cuidado no controle de eventual recusa na contratação. Do ponto de vista prático, deve ser buscado um equilíbrio coeso às nuances do caso concreto que permita um posicionamento mais consentâneo com o próprio texto constitucional.

<sup>489</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 383.

No que concerne à extensão do dano e a sua reparação, importa primeiramente verificar se, diante de uma recusa em contratar, caberia à parte lesada requerer o ressarcimento baseado no interesse negativo ou o cumprimento e a execução das obrigações contratuais, isto é, o interesse contratual positivo.

Ressalta-se, inicialmente, que existem algumas situações que concretizam verdadeiro dever de conclusão do contrato, como se dá nos contratos de consumo, por força do mencionado art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de hipóteses que têm em si verdadeiras imposições legais no sentido de contratar, cujo descumprimento não pode ser corrigido senão pela imposição do programa contratual que se pretendia efetivar. Assim, um estabelecimento comercial que recuse a venda de algum produto a qualquer pessoa que se apresente na loja como cliente, pode dar ensejo a um provimento jurisdicional que obrigue a realização do negócio jurídico, com as correlatas entrega do bem e aceitação do valor pago, se não houver uma justificativa plausível para a referida recusa.

Nesse ponto, é importante ressaltar que pode haver uma recusa em contratar baseada em características específicas da pessoa, desde que relevantes para a consecução dos propósitos daquele negócio jurídico. Assim, por exemplo, é permitido que alguns serviços bancários, como a tomada de empréstimos, a aplicação em determinadas carteiras de investimentos ou a disponibilização de cartões de crédito, sejam oferecidos a um grupo de clientes com renda ou patrimônio superiores a limites pré-estabelecidos pela instituição financeira. Há que se observar, nesses casos, a razoabilidade, de forma a identificar as situações que justifiquem uma oferta de produtos ou serviços estratificada. No entanto, excetuando situações como a exemplificada, é possível exigir em juízo o interesse contratual positivo, com a correspondente consecução do ajuste contratual.

De modo diverso, nas situações em que as partes estão em paridade e não se verifica uma imposição legal que as obrigue à concretização do contrato, não parece haver a possibilidade de requerer o cumprimento do acordo contratual que se pretendia realizar. Tal fato se dá, justamente, pela importância e pela posição central ocupada pelo princípio da autonomia da vontade em nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, mesmo apoiado em fundamentos de ordem discriminatória, não há como forçar um sujeito a alugar o seu imóvel para outrem, pois se demonstra inconce-

bível uma ingerência de tal monta no âmbito da esfera de um particular, obrigando-o a dispor do que não pretende.

Uma reparação por prejuízos materiais baseada no interesse contratual negativo não parece ser interessante no presente caso. Como salientado, a situação em apreço não se confunde com a não contratação em razão da ruptura de negociações preliminares. Nesta última hipótese, é possível identificar vínculos de confiança recíproca gerados entre as partes, que, na maioria das vezes, não se encontram na categoria em análise. Como consequência da não existência de confiança, as partes, em regra, não chegam nem mesmo a incidir em gastos ou a perder oportunidades, não suscitando, desse modo, quaisquer prejuízos de ordem material.

No entanto, partindo do pressuposto de que o interesse contratual negativo é composto também pelo ressarcimento dos prejuízos morais, pode vir a ser interessante a recomposição da situação anterior à negativa de contratação. A fixação de uma indenização por danos morais objetiva compensar um sujeito pelos sofrimentos perpassados, o que é facilmente verificável nas hipóteses em que a recusa em contratar opera-se em razão de elementos discriminatórios. Interessante observar que a referida questão já era posta, na França, no início do século XX, apesar de não se ver como configurável a materialização do interesse contratual positivo. Nesse sentido, por exemplo, posicionava-se René Lucien Morel:

No entanto, a supor que a recusa de contratar não produza nenhum dano material, ela pode, em certos casos, ser a causa de um prejuízo moral. É assim, por exemplo, nas situações em que a recusa de contratar for acompanhada de certa publicidade, que pode prejudicar a reputação da pessoa que ali está envolvida. O fato de recusar a uma pessoa a entrada em um teatro é, evidentemente, de natureza tal a causar prejuízos, em consideração disto. Não há dúvida, nesse caso, que uma reparação seja devida<sup>490</sup>.

<sup>490</sup> No original: "Cependant, à supposer que le refus de contracter ne produise aucun dommage matériel, il peut, dans certains cas, être la cause d'un préjudice moral. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le refus de contracter s'accompagne d'une certaine publicité, qui peut nuire à la réputation de celui qui en est l'objet. Le fait de refuser à une personne l'entrée d'un théâtre est évidemment de nature à porter atteinte à la considération de celle-ci. Il n'est pas douteux, en ce cas, qu'une réparation soit due". MOREL, René Lucien. Du refus de

Logo, se a recusa de contratar for realizada tendo por consideração algum elemento de ordem discriminatória, o dano moral poderá ser qualificado e deverá estar contido no valor a ser pago a título de indenização, compondo o interesse contratual negativo.

Vê-se, como conclusão, que nas hipóteses de recusa à contratação em que haja um óbice legislativo para tanto, a parte prejudicada terá direito ao interesse contratual positivo, ou seja, será possível exigir que o contrato seja concretizado e que produza os seus efeitos. Já nas situações em que a recusa se revela como fruto de um achaque a direitos fundamentais, é possível requerer um ressarcimento em consonância com o interesse contratual negativo, que se apresentará como significativo, especialmente, nas hipóteses em que a parte tenha vivenciado prejuízos de ordem moral.

#### 5.2.4 A impossibilidade de concluir o contrato em decorrência de culpa

Situação similar à do rompimento das negociações preliminares pode ser identificada na hipótese em que um contrato não se conclui em decorrência da ação culposa de uma das partes. Paolo Gallo apresenta uma síntese sobre a aludida realidade:

Um caso de certo modo similar ao recesso injustificado das tratativas, mas seguramente diferente, verifica-se quando, mesmo na ausência da vontade de ruptura, não se demonstra possível concluir o contrato por fato imputável ao outro contraente. Imagine-se, por exemplo, a destruição dolosa ou culposa dos bens objeto da tratativa; ou ainda, um famoso cantor de ópera lírica que ao último momento, depois que o empresário dispôs todas as coisas para o espetáculo, de modo culposamente (*forfait*), padece de uma bronquite devido à imprudência e a adversidades evitáveis com ordinária diligência<sup>491</sup>.

contracter opposé en raison de considérations personnelles. *Revue trimestrielle du droit civil*, Paris, Vol. VII, 1908, p. 310.

<sup>491</sup> No original: "Un caso in un certo senso simile al recesso ingiustificato dalle trattative, ma sicuramente diverso, si verifica quando, anche in assenza della volontà di recedere, non risulta comunque possibile concludere il contratto per fatto imputabile all'altro contraente. Si pensi per esempio alla distruzione dolosa o colposa dei beni oggetto di trattativa; o ancora ad un famoso cantante d'opera lirica che all'ultimo momento, dopo che l'impresario ha predisposto ogni cosa per lo spettacolo, da forfait in seguito ad una bronchite dovuta ad imprudenze e

Também podem ser identificadas situações práticas em que a culpa da não concretização do contrato não é conduzida a nenhum dos envolvidos na negociação, mas sim a um terceiro. A título de exemplo, uma oferta mais baixa, mas sem lastro, isto é, sem chances de ser efetivamente cumprida, pode ser realizada por um sujeito, objetivando unicamente encerrar a tratativas que já estejam em curso entre duas outras pessoas. Desse modo, um produto pode ser proposto a um preço muito abaixo do oferecido pelo negociante original, o que leva a parte a não contratar. Essa mesma parte descobre, posteriormente, que a proposta não era factível e se vê prejudicada por não ter seguido adiante com as negociações com o primeiro proponente, que agora não são mais passíveis de consecução<sup>492</sup>.

Trata-se de situações que transparecem uma indução à não conclusão do contrato. O terceiro – ou mesmo a contraparte – atua com culpa de modo a reduzir ou impedir a realização do contrato originalmente proposto. Nas duas hipóteses, não parece justa a fixação dos valores indenizatórios em consonância com o interesse contratual negativo, tendo em vista que, em ambas, o principal interesse do negociante reside na formação e na concretização de um programa contratual, que restou frustrado. O que se objetiva reconstituir, por meio da reparação civil, é a situação em que estaria o contratante, se não tivesse ocorrido o evento lesivo, ou seja, se não tivesse sido induzido a não concluir aquele contrato. Logo, havendo provas suficientes de que o negócio jurídico pretendido inicialmente teria se formado, faz-se adequada uma reparação em consonância com o interesse contratual positivo. Nesse sentido, posiciona-se Paulo Mota Pinto:

Ora, aplicando as regras gerais sobre a obrigação de indemnização, e desde que se prova efectivamente que o contrato teria sido concluído sem o evento que obriga à reparação, sendo o lucro resultante dessa celebração um dos “benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão” (art. 564.º, n.º 1), não há razão para excluir da indemnização esses lucros, e, portanto, para que aquela não corresponda ao interesse contratual positivo. A tanto não obsta, a nosso ver, a circunstância de não ter sido realmente celebrado o

strapazzi evitabili con l'ordinaria diligenza”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 309.

<sup>492</sup> Cf. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 309.

negócio, ou de não existir um dever (do lesante) ou um direito (do lesado) à sua celebração. É aqui decisiva, a nosso ver a consideração de que, na situação *hipotética*, em que o lesado estaria sem o evento lesivo, *teria sido concluído* o contrato em questão, conjugada com o argumento, já por várias vezes repetido, segundo o qual, como é sabido, a reparação dos lucros cessantes não depende da alegação de prova de um *direito à obtenção*, desses lucros, ou de qualquer dever de o lesante os proporcionar ao lesado, mas apenas de que teriam sido realmente auferidos, independentemente do direito a eles ou do dever de os proporcionar<sup>493</sup>.

É importante atentar para o fato de que a referida hipótese pode ocorrer também quando presente apenas a culpa em sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia –, não estando adstrita apenas às situações fáticas em que haja a intenção efetiva de fazer com que uma parte desista da contratação.

Nesse ponto, afiguram-se importantes algumas conjecturas sobre a responsabilidade civil existente na contratação pública. Apesar de o regime aplicável, ser consideravelmente diverso, as normas de direito civil têm grande relevância no âmbito da contratação pública. A título de exemplo, deve ser ponderado um *quantum* indenizatório para as hipóteses em que uma pessoa física ou jurídica participa de um processo licitatório que acaba por não ser contemplado pela adjudicação em razão da ocorrência de alguma fraude ou mesmo de um erro imputável à Administração Pública. Em ambas as situações apresentadas, é clara a materialização da culpa por parte do poder público que deverá indenizar aqueles que participaram do certame, principalmente, aqueles que venceriam a licitação.

Nessas hipóteses o que deve ser objeto de reflexão, também, são os parâmetros utilizados para a fixação do *quantum* indenizatório. O valor a ser pago a título de ressarcimento deveria corresponder ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo? De maneira habitual, pelo fato de estar configurado um problema na fase pré-contratual, alguns autores concluem pela limitação da indenização ao interesse contratual negativo. No entanto, atualmente, esse posicionamento tem sido questio-

<sup>493</sup> PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1320.

nado, principalmente, se for tomada em consideração a hipótese em que a pessoa teria vencido o certame se não tivesse ocorrido o evento culposo que resultou em seu afastamento da adjudicação. Em um trabalho que aborda a temática de maneira exclusiva, Rui Cardona Ferreira, tendo por base o ordenamento jurídico português, ataca as tradicionais concepções que levariam a uma indenização restrita ao interesse contratual negativo:

Do que antecede, resulta claramente infirmado o *preconceito*, tradicionalmente apregoado, da limitação apriorística do âmbito de indemnização ao interesse contratual negativo, na *culpa in contrahendo*. O critério determinante do âmbito da indemnização há-de residir, na verdade, na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência, com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indemnização. [...] Assim, mesmo que se considere que não está em causa uma verdadeira *promessa pública* e se funde tal dever apenas na boa fé, na lei ou numa difusa *auto-vinculação* da Administração, carece de fundamento uma limitação da indemnização devida ao concorrente ilicitamente preterido, excluindo *aprioristicamente* o ressarcimento do interesse contratual positivo<sup>494</sup>.

Dessa forma, mesmo no âmbito da contratação pública, revela-se salutar a ponderação de um valor indenizatório tendo por base os parâmetros de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Nesse ponto, o elemento basilar a definir qual será o *quantum* está na existência ou não de um dever de contratar que, se materializado, obriga a Administração Pública a indenizar o participante preterido na licitação pelo interesse contratual positivo.

### 5.2.5 Revogação da proposta e responsabilidade pré-contratual

Como já abordado, partindo da perspectiva de formação do contrato dividida em fases, tem-se, primeiramente, a fase das negociações preliminares, em seguida, há a proposta (ou oferta) e, por fim, ocorre a aceitação, concretizando a avença. Assim, utilizando-se dessa já tradicional visão da forma-

<sup>494</sup> FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance* (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 73-74.

ção do contrato, enquanto não ocorre a aceitação da proposta o contrato não é formado. Depois de analisadas as contingências que podem surgir em razão de interrupção das negociações preliminares, faz-se necessária uma análise de problemas relacionados à segunda fase da formação de um contrato, qual seja a fase da proposta.

De acordo com Adriano De Cupis, a tradição romanística é pela licitude da revogação da proposta, o que, inclusive, explica as dificuldades da teoria de Jhering, em razão da dificuldade de se conciliar a existência de culpa com o exercício de um direito<sup>495</sup>. Baseando-se nessa tradição, a proposta não se apresenta como uma ocorrência dotada de vinculação. Contrariamente, é lícita sua revogação a qualquer momento, compreendendo-se como um direito potestativo do proponente.

O ordenamento jurídico italiano segue a referida construção romanística, estabelecendo que a proposta pode ser revogada sempre que o contrato não tenha sido concluído. O *Codice Civile* possui um dispositivo específico que dá os referidos contornos à fase da proposta:

#### Art. 1328 Revogação da proposta e da aceitação

A proposta pode ser revogada até que o contrato não esteja concluso. Todavia, se o aceitante empreendeu de boa-fé a execução antes de ter notícia de sua revogação, o proponente é obrigado a indenizá-lo pelas despesas e pelas súbitas perdas, ocasionadas pelo início da execução do contrato.

A aceitação pode ser revogada, desde que a revogação chegue ao conhecimento do proponente antes da aceitação<sup>496</sup>.

Pela leitura do art. 1328, é possível perceber que a possibilidade de revogação da proposta é considerada como regra geral, porém, é interessante notar que o dispositivo prevê a responsabilidade do proponente pelas des-

<sup>495</sup> CUPIS Adriano. *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 33.

<sup>496</sup> Art. 1328 Revoca della proposta e dell'accettazione  
La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

pesas e perdas súbitas (danos emergentes), em que incorreu o oblato por ter iniciado a execução do contrato de boa-fé.

Primeiramente, é preciso destacar que é errônea interpretação a *contrario sensu*, de que não existiria uma responsabilidade civil na fase das tratativas, uma vez que também não existe na fase da proposta. Isso por que uma perfunctória análise poderia levar o intérprete do Código Civil italiano a concluir que como há um dispositivo específico para a tutela da confiança do oblato, na fase da proposta, não há que se conceder uma proteção pela quebra da confiança na fase das negociações preliminares. Essa interpretação, no entanto, não se sustenta.

Passando à análise dos fundamentos do próprio dispositivo, é possível identificar a existência de responsabilidade objetiva no caso de ocorrência de danos, sem que se tenha que cogitar de qualquer culpa por parte do proponente. O que importa é a materialização de danos na esfera de direito de alguém que acreditou no conteúdo presente na proposta. A hipótese, portanto, em razão da ausência de culpa, não estaria diretamente ligada à *culpa in contrahendo* ou a responsabilidade pré-contratual. Trata-se na verdade de situação em que há a imputação de uma indenização por prejuízos derivados de um ato lícito, qual seja a revogação da proposta. Paolo Gallo apresenta um interessante posicionamento sobre o dispositivo do *Codice*:

Em uma comum admissão, a hipótese em questão não integra um caso de responsabilidade pré-contratual, mas antes faz referência a um caso de dano lícito, conseguinte ao exercício de um direito. Basta, de fato, recordar que, em primeiro lugar, a norma prescinde completamente do elemento subjetivo da *fattispecie* – dolo ou culpa – e opera objetivamente em todos os casos. Em segundo lugar, como em todos os outros casos de atos lícitos danosos, o legislador não fala de ressarcimento, mas de indenização, nos limites apenas do dano emergente, vale dizer, das despesas e perdas sofridas pela iniciada execução do contrato; com exclusão, assim, do ressarcimento do lucro cessante relativo às perdas de outras oportunidades contratuais. Isso, porém, não impede que se, no caso concreto, a revogação da proposta assumir conotações de ilicitude, por violação de regras de comportamento fundadas na boa-fé, pode encontrar aplicação, igualmente, o disposto no art. 1337 do Código Civil italiano,

com a conseguinte responsabilidade estendida também ao lucro cessante<sup>497</sup>.

Portanto, em um primeiro momento, a aplicação do dispositivo não estaria alicerçada na existência de uma responsabilidade pré-contratual, mesmo porque é prescindível o elemento culpa. A limitação da indenização apenas aos danos emergentes torna a questão ainda mais clara, levando a materialização de hipótese de responsabilidade civil objetiva, derivada de um ato lícito, porém danoso. Isso, no entanto, não afastaria a existência de uma efetiva responsabilidade civil pré-contratual, por outros danos sofridos em razão da quebra dos deveres pré-contratuais baseados na cláusula geral da boa-fé objetiva. Assim, se a atuação do proponente se revelar desleal, por exemplo, pode lhe ser imputado o dever de indenizar os lucros cessantes em soma aos danos emergentes previstos pelo art. 1328. O que é importante observar é que o fundamento de imputação de responsabilidade civil é diverso em cada uma das hipóteses.

Diferentemente, é possível cogitar de uma efetiva responsabilidade pela contratação quando o proponente renuncia ao direito de revogação da proposta. Nesse caso, o que se verifica é a abdicação do exercício de um direito que tem a sua origem em uma manifestação de vontade. Quando ocorre a aludida renúncia, o proponente passa a estar obrigado a concluir o contrato. Não o fazendo está sujeito à execução específica ou a indenizar o oblato pelo interesse contratual positivo. Está-se diante de um perfeito vínculo negocial. Constata-se ser uma situação análoga às hipóteses

<sup>497</sup> No original: "Per comune ammissione, l'ipotesi in questione non integra un caso di responsabilità precontrattuale, ma piuttosto fa riferimento ad un caso di danno lecito, conseguente all'esercizio di un diritto. Basti infatti ricordare che la norma in primo luogo prescinde completamente dall'elemento soggettivo della fattispecie, dolo o culpa, ed opera oggettivamente in ogni caso. In secondo luogo, al pari che in tutti gli altri casi di atti leciti dannosi, il legislatore non parla di risarcimento, ma di indennizzo, nei limiti del solo danno emergente, vale a dire le spese e le perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto; con esclusione, quindi, del risarcimento del lucro cessante relativo alla perdita di altre opportunità contrattuali. Questo però non toglie che se, in concreto la revoca della proposta assume connotati di illiceità, per violazione di regole di correttezza fondate sulla buona fede, può trovare applicazione altresì il disposto dell'art. 1337 c.c., con conseguente responsabilità estesa anche al lucro cessante". GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 310.

de contrato preliminar, surgindo a obrigação do contratante de concluir o contrato principal<sup>498</sup>.

No que concerne à ausência de vinculação da proposta, é interessante observar que o próprio Jhering não reconhecia a revogação, aprioristicamente, como uma hipótese de *culpa in contrahendo*, uma vez que se estava diante de um exercício regular de um direito. Nas palavras do autor alemão:

O primeiro passo para o contrato é a proposta. A vinculação à *diligentia in contrahendo* começa logo com ela? Por certo. Simplesmente, enquanto a proposta não está aceita, não pode causar qualquer lesão; se, portanto, ela for revogada antes da aceitação, não se fundamenta uma indemnização, ainda que a outra parte tenha sofrido danos por tal razão. Estes danos foram causados por esta mesma contraparte a si própria. Quem é suficientemente imprudente para, com base numa proposta, em vez de a aceitar, actuar desde logo, tomar disposições para execução do contrato, seguidamente contratar com terceiros, etc., está por si próprio *in culpa*, pois tinha de contar com a possibilidade de revogação da proposta até ao momento da sua aceitação. Apenas com *este* momento é que está legitimado a actuar com base no contrato, seja real seja aparentemente concluído, apenas com ele é que, se as disposições que tomou com esse fim são frustradas por uma revogação da proposta, tempestiva (é certo) mas que não foi recebida a tempo, poderá transferir para a contraparte que o levou a realizar os seus actos os respectivos resultados desvantajosos<sup>499</sup>.

Vê-se, pois, que, concernentemente à proposta, só haveria *culpa in contrahendo* quando fosse realizada uma revogação, sem que essa fosse recebida a tempo pelo aceitante. Apenas nessas hipóteses, haveria o dever de indenizar, restituindo a parte à situação em que estava antes de acreditar que a sua aceitação havia produzido os efeitos de formação do contrato.

<sup>498</sup> Sobre esse específico ponto, Adriano De Cupis revela que o ressarcimento não se funda em uma injusta lesão da confiança na conclusão do contrato, ou mesmo no desapontamento relativo à razoável esperança na conclusão do contrato, mas deriva, sim, da assunção de um vínculo que equivale por eficácia àquele que produz o contrato concluso. CUPIS Adriano. *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 52.

<sup>499</sup> JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

O direito brasileiro, no entanto, trata do tema de uma maneira bastante diversa, não seguindo a referida tradição romanística de ausência de vinculação da proposta. O caminho escolhido pela codificação brasileira é exatamente o oposto, estabelecendo que a proposta obriga o proponente, não podendo o mesmo se negar a concluir o negócio pretendido. Assim, está previsto no art. 427 do Código Civil brasileiro: "a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". A regra geral no direito brasileiro estabelece, portanto, a existência de vinculação da proposta obrigando ao cumprimento das obrigações contratuais. Não se trata, no entanto, de uma vinculação que alcança a ambas as partes, mas, somente, a parte que elaborou a proposta, isto é, o polícitante.

São igualmente relevantes as exceções à regra da vinculação da proposta. As primeiras estão localizadas no próprio texto do dispositivo acima, ao estabelecer que haverá vinculação, "se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". Assim, a própria proposta pode carrear a ausência de obrigatoriedade na elaboração do contrato, concretizando situação em que o oblato, desde o início, conhece a incerteza contida na declaração de vontade do polícitante. Além disso, as circunstâncias e a natureza do caso podem redundar na mesma conclusão. Dentre as circunstâncias que levam à não consolidação da obrigatoriedade da proposta, destacam-se as hipóteses previstas no próprio Código Civil, em seu art. 428, que assim dispõe:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Verifica-se, pelo elenco de situações que retiram a obrigatoriedade da proposta, que haverá uma maior relevância das questões ligadas à vincu-

lação quando a formação do contrato é realizada entre pessoas que negociam à distância. Quando feita entre presentes, se a proposta não for aceita de imediato, não há vinculação do proponente. As demais situações estão ligadas à desobediência de prazos (especificados ou presumidos, também chamados de *prazos morais*) – ou à eventual retratação da proposta que chega ao conhecimento do oblato, antes mesmo, ou simultaneamente, à proposta.

Desse modo, não preenchendo nenhuma das aludidas exceções, previstas em nosso ordenamento, a proposta passa a ser dotada de vinculação, o que abre a possibilidade de a parte requerer a formação e a execução do contrato. Nesse cenário, não há que se cogitar de uma indenização pelo interesse contratual negativo, pois o oblato tem direito à contratação e não há um *status quo ante* a ser recomposto pela via indenizatória. Portanto, o que está em jogo, em situações como essa, é efetivamente o chamado interesse contratual positivo, podendo o oblato exigir em juízo a concretização da avença ou uma indenização consentânea com as vantagens que seriam auferidas com a própria realização do negócio jurídico contratual<sup>500</sup>. Destaca-se que a opção pela realização do contrato demonstra-se em maior conformidade com o atual Código de Processo Civil, que prevê, em seu art. 497, a primazia da execução específica da obrigação.

No ordenamento jurídico brasileiro, também, devem ser analisadas com atenção as previsões do Código de Defesa do Consumidor, com relação à oferta. Como visto, a oferta pública, quando apresenta os requisitos essenciais do contrato, materializa proposta<sup>501</sup>. A lei consumerista, no entanto, apresenta um rol de opções para o consumidor quando o fornecedor se recusar a contratar conforme ofertado. Dispõem o art. 35 do CDC:

<sup>500</sup> Sobre o referido ponto, Caio Mário da Silva Pereira assinala que “a maior parte da doutrina que examinou a extensão da obrigatoriedade da proposta do art. 1.080 do Código Civil de 1916, repetido *ipsis literis* no art. 427 do Código de 2002, se encaminhou no sentido de, nas hipóteses em que o polícitante não honra a proposta, conceder ao oblato apenas a via das perdas e danos, sem execução específica da obrigação de contratar. Essa orientação doutrinária e jurisprudencial, contudo, mudou, diante da tendência moderna de se dar preferencialmente execução específica às obrigações de fazer, conforme o princípio da preservação do conteúdo e objetivo contratuais”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 36.

<sup>501</sup> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Da leitura do referido dispositivo, é possível perceber que o consumidor terá três opções: i) o cumprimento forçado da obrigação; ii) a aceitação de outro produto ou serviço; ou, iii) a rescisão do contrato acompanhada da correlata indenização. É interessante observar que a primeira alternativa aberta ao consumidor consagra uma tutela baseada no interesse contratual positivo, tendo em vista a consagração da execução específica da obrigação. Deve ser apontado, assim, que o Código de Defesa do Consumidor revela maior avanço, se comparado com o Código Civil, pois é expresso com relação à possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da obrigação.

Portanto, diante de uma revogação da proposta, seja baseando-se no ordenamento consumerista seja no ordenamento civil, parece clara a necessidade de se abrir ao oblato a alternativa de requerer a execução específica da obrigação, qual seja a concretização do programa contratual, ou de ser indenizado pelo interesse contratual positivo, isto é, se a parte não concordar com a consecução do contrato, deverá arcar com um *quantum* indenizatório que equivalha aos ganhos que seriam auferidos com aquela contratação.

Por fim, outra questão relevante, que pode ser identificada nas situações em que o contrato forma-se à distância, encontra-se na aceitação que chega tardiamente, não levando à concretização do contrato<sup>502</sup>. Em hipóteses desse tipo, faz-se necessário notificar o aceitante sobre a não formação do contrato, sob pena de gerar o dever de indenizar para o proponente. No ordenamento jurídico brasileiro, o mencionado entendimento é, inclusive, positivado no Código Civil, em seu art. 430, que dispõe que "se a aceitação, por circuns-

<sup>502</sup> Como assinalado, o próprio Jhering reconhecia aqui uma hipótese de *culpa in contrahendo*. Cf. JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

tância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Como se depreende da norma em apreço, não há a possibilidade de se exigir a conclusão do contrato, em decorrência da falta de comunicação sobre o tardio recebimento da aceitação. Em virtude de a aceitação não ter chegado em momento oportuno, o contrato não se forma, restando, apenas, o recurso aos mecanismos de responsabilidade civil, se o fato não foi informado e a parte incorreu em prejuízos. Verifica-se que a indenização, nessa hipótese, deve equivaler ao interesse negativo, tendo em vista que, em sua essência, objetiva reconstruir um *status quo ante*, vale dizer, a situação em que estava o sujeito antes de acreditar que o contrato havia sido formado.

É interessante observar que o Código Civil alemão prevê consequência completamente diversa para a mesma situação. Assim, dispõe o § 149 do BGB:

#### § 149 (Aceitação atrasada)

Se uma declaração de aceitação, chegada com atraso ao proponente, foi enviada de tal modo que, numa expedição normal, havia de chegar em tempo útil, e deva o proponente reconhecer isto, terá ele, imediatamente depois do recebimento da declaração, de notificar o atraso ao aceitante, desde que isto não se tenha já anteriormente dado. Se retardar ele o envio da notificação, será considerada a aceitação como não atrasada<sup>503</sup>.

Da leitura do dispositivo do BGB, é possível verificar que, não sendo informado o recebimento da aceitação com atraso, será gerada presunção de que a proposta foi aceita regularmente. Apoiando-se nesse entendimento, revela-se possível, inclusive, requerer a execução do contrato antevisto pelas partes negociantes, isto é, está-se diante de hipótese de exigibilidade pautada no interesse contratual positivo.

#### 5.2.6 Quebra de deveres de informação em contratos válidos

Questionamento importante reside na possibilidade de aplicação de entendimentos sobre a fase pré-contratual a uma hipótese em que o contrato

<sup>503</sup> Código civil alemão. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 43.

tenha sido concluído, sem qualquer causa de invalidade. Trata-se de situações em que, em decorrência de uma não transmissão de informação, a parte acaba por realizar um contrato indesejado. Uma interpretação estrita conduziria a não admissibilidade de uso da disciplina voltada para a fase pré-contratual a uma avença que tenha superado esse momento de formação do contrato.

A referida questão apresenta maior relevância nas hipóteses em que uma das partes falta com o dever acessório da boa-fé objetiva de repassar as adequadas informações<sup>504</sup>. Imaginemos um contrato em que os elementos essenciais foram repassados, mas que, por outro lado, careceu de algumas informações secundárias, que não ensejariam a anulação por erro ou por dolo. Em situação como essa, ter-se-ia contrato válido, mas cujo conteúdo pode se revelar como indesejado por um dos contratantes. É o que ocorre quando se está diante do erro não essencial ou do dolo accidental. Como exemplo, tomemos um contrato de compra e venda de um objeto que apresente algum defeito que não lhe retira as características principais. Trata-se de negociação que, inicialmente, não se revela suscetível de invalidação, mas, se o contratante soubesse do aludido vício, poderia ter feito o negócio em melhores condições, requerendo, por exemplo, uma redução no valor pago ou uma ampliação do prazo para pagamento, isto é, o lesado poderia ter celebrado com a contraparte um negócio com conjunturas mais vantajosas.

Em situações como a apresentada, a verificação da não obediência aos deveres acessórios, impostos pela boa-fé objetiva, não pode levar à concretização de uma invalidade contratual, restando, somente, a possibilidade de reparação dos prejuízos sofridos. É preciso ter atenção para o fato de que as hipóteses de invalidade contratual são típicas, ou seja, estão sempre previstas em lei. E, baseando-se no ordenamento jurídico brasileiro, não se encontra dispositivo normativo a impor o regime da nulidade ou o regime da anulabilidade negocial aos casos de não submissão aos padrões de conduta ligados à boa-fé. Logo, a violação de deveres de informação não

<sup>504</sup> Nesse ponto, Jorge Sinde Monteiro esclarece que "para que um parceiro de negociações deva informar espontaneamente o outro, com isso defendendo ou curando de interesses alheios, é necessário que exista uma particular necessidade de protecção". MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 360.

poderá, por si só, conduzir à invalidade, devendo o eventual lesado se socorrer com os instrumentos de reparação civil, dispostos pela legislação<sup>505</sup>.

Para a solução de questões como a apresentada, Paolo Gallo assevera que é necessário fazer um confronto entre normas que tratam da validade e normas que tratam da reparação ou responsabilidade por atuação desconforme à boa-fé objetiva. Como exemplo de distinção entre os dois âmbitos, o autor trabalha o artigo 1440 do Código Civil italiano, que trata do dolo accidental, dispondo que “se as fraudes não forem tais a determinar o consenso, o contrato é válido, mesmo que sem elas tivesse sido concluído em condições diferentes; mas o contraente de má-fé responde pelos danos”<sup>506</sup>.

Pela leitura do dispositivo, resta clara a distinção entre validade e responsabilidade. Quando o dolo é accidental, ou seja, não tem a capacidade de alterar o consentimento da parte, mas, ainda assim, causa prejuízo à parte contratante, faz necessária a imputação de ressarcimento dos danos ocasionados. Nessa hipótese, o contrato é válido, mas gera prejuízos que merecem ser ressarcidos. Paolo Gallo conclui, assim, que, com base nessa situação, pode-se acreditar que as regras de responsabilidade do contrato possuem um campo de ação mais vasto relativamente àquelas de validade,

<sup>505</sup> Baseando-se no ordenamento jurídico italiano, Paolo Gallo chega às mesmas conclusões: “Um outro problema é se a violação dos deveres de comportamento fundados na boa-fé possa assumir relevância somente com os fins de ressarcimento do dano (art. 1337 do Código Civil italiano), ou também sob o perfil da validade e/ou invalidade do contrato; se, isto é, a violação das regras de comportamento do art. 1337 possa comportar, além do dever de ressarcir o dano, também a nulidade do contrato. Tendo em conta o fato de que as causas de invalidade são tendencialmente típicas, somente a violação das regras de boa-fé não deveria, por si só, ser idônea a determinar a invalidade do contrato, excetuando as situações em que se recai em uma das várias hipóteses de invalidade, nulidade e anulabilidade”. No original: “Un altro problema ancora è se la violazione dei doveri di correttezza fondati sulla buona fede possa assumere rilevanza solo ai fini del risarcimento del danno (art. 1337 c.c.), o anche sotto il profilo della validità e/o invalidità del contratto; se cioè la violazione di regole di correttezza di cui all’art. 1337 c.c. possa comportare, oltre che l’obbligo di risarcire il danno, anche nullità del contratto. Tenuto conto del fatto che le cause di invalidità del contratto sono tendenzialmente tipiche, la sola violazione della regola di buona fede non dovrebbe di per sé essere idonea a determinare l’invalidità del contratto, salvo che non si ricada in una delle varie ipotesi tipiche di invalidità, nullità ed annullabilità”. GALLO, Paolo. *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, 2004, Padova, p. 320.

<sup>506</sup> Art. 1440 Dolo incidente. Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni (2056).

com a conseguinte possibilidade de se querer, pelo menos, o ressarcimento do dano<sup>507</sup>.

A referida construção teórica poderia ser integralmente transposta para o ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da previsão da necessária submissão à boa-fé objetiva, contida no art. 422<sup>508</sup>, e a existência de similar disposição em torno do dolo, conforme se pode verificar da leitura do art. 146: "O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo". Assim, quando se está diante de uma quebra de dever de informação que concretize um dolo omissivo accidental, por exemplo, a parte deve se socorrer de um pleito indenizatório.

Demonstra-se, portanto, necessário refletir sobre as bases para a reparação dos prejuízos causados pela não submissão aos deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva. Não restam dúvidas de que uma situação em que a celebração do contrato foi válida e eficaz, mas em termos tais que o modo como foi celebrado gera danos para uma das partes, é merecedora de uma tutela reparatória. No entanto, esse tipo de situação não parece se enquadrar de maneira adequada na regra geral de ressarcimento pelo interesse contratual negativo, pois o contrato, por ser válido, traz consigo a correlata produção de efeitos. Por outro lado, o interesse contratual positivo não se apresenta como o caminho correto, por não haver um interesse no cumprimento do acordo, na forma como ele foi estruturado.

A referida hipótese poderia ser vista, desse modo, como ensejadora de uma indenização que tome por base a situação em que a parte estaria se o contrato imaginado por ela – em desconhecimento das informações sonegadas pela contraparte – fosse efetivamente cumprido. Trata-se de um *status ad quem* diverso do que corresponderia a conclusão do contrato.

<sup>507</sup> Nas palavras originais do autor: "Ecco quindi come in base a questa impostazione sia possibile ritenere: a) che le regole di responsabilità del contratto abbiano un campo d'azione più vasto rispetto a quelle di validità; b) con conseguente possibilità di chiedere per lo meno il risarcimento del danno (arg. ex art. 1440 c.c.). La più recente giurisprudenza sembra confermare questa impostazione. Vi sono infatti sentenze che hanno, senza alcuna possibilità di equivoco, concesso il rimedio risarcitorio ai sensi dell'art. 1337 c.c. anche in presenza di contratti validamente conclusi, e quindi come tali non suscettibili di impugnazione". GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 319.

<sup>508</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse ponto, são de grande valia as palavras de Paulo Mota Pinto ao elucidar as peculiaridades que envolvem a questão:

O evento lesivo reside nos referidos casos, na *criação da confiança* na correcção da informação. É certo que as consequências de tal evento lesivo – e a situação hipotética que existiria sem ele – não se caracterizam apenas por elementos negativos (a não celebração do negócio que foi efectivamente concluído), mas também por elementos positivos (a conclusão de um negócio de conteúdo diverso), e que o ressarcimento implica a recondução do lesado a uma situação diversa, quer do *status quo* ante, quer do *status ad quem* originalmente previsto – a uma situação, portanto, correspondente a um outro *status ad quem*, correspondente a um contrato de conteúdo diverso que teria sido celebrado<sup>509</sup>.

Verifica-se, pois, que, na presente hipótese, a aplicação das noções de interesse negativo e de interesse positivo esbarra no problema de se estabelecer qual situação deverá servir como base para a fixação de correto valor a título de indenização. Logo, as duas noções não se revelam aptas a conduzir a fixação dos valores indenizatórios, que, por sua vez, deverá estar permeada pelo princípio do ressarcimento integral dos danos sofridos, o que pode se dar, inclusive, por meio da redução do preço ou da modificação do conteúdo contratual<sup>510</sup>. Como assinalado por Ravazzoni, “é óbvio, então, que em hipóteses deste gênero, se esteja de frente a um ressarcimento do dano, com base nas regras normais, sem nenhuma referência ao interesse contratual negativo ou positivo”<sup>511</sup>. Essas regras normais levariam

<sup>509</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 885.

<sup>510</sup> Paulo Mota Pinto apresenta algumas interessantes hipóteses de modificação ou redução do preço: “Encontram-se, por exemplo, hipóteses de violação de deveres de informação sobre o volume de negócios de uma empresa ou sobre as dívidas sociais, sobre vícios jurídicos ou de facto, do imóvel (ou outra circunstância), sobre a necessidade de instalação de uma escada de incêndio diante da única janela do apartamento adquirido, ou, mesmo, de divergência entre o preço constante do contrato e o preço calculado como fora acordado nas negociações entre vendedor e comprador”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1414.

<sup>511</sup> No original: “È ovvio, quindi, che in ipotesi di questo genere, si sia di fronte ad un risarcimento del danno, sulla base delle regole normali, senza alcun riferimento all’interesse

o intérprete a buscar, nesses casos, uma reconstituição natural, pela adaptação do conteúdo negocial.

Contudo, deve ser assinalada a importância das provas para a solução desse tipo de contingência, principalmente, porque se está diante de uma ponderação de uma vontade hipotética, uma vez que se baseia numa possível mudança de curso da formação do contrato, em decorrência de uma informação. Assim, os valores indenizatórios deverão seguir os anseios da parte lesada, baseados na situação que se teria configurado se ela soubesse da informação que lhe foi negligenciada. As dificuldades para fazer provas das aludidas situações hipotéticas acaba por reduzir o âmbito de aplicação prática da categoria em exame.

#### 5.2.6.1 Responsabilidade por pareceres, conselhos e recomendações

Conjuntura muito próxima à narrada anteriormente reside na responsabilidade por conselhos e recomendações<sup>512</sup> elaborados por um terceiro e que levem a uma das partes a decidir pela contratação. Aqui, também, trata-se de hipótese em que o contrato é válido, porém não tem os resultados desejados em decorrência de uma informação incorreta repassada aos negociantes. No entanto, a sua peculiaridade está no fato de ser identificada a atuação de um terceiro, com poder de influência na tomada de decisão da parte que pretende contratar.

O Código Civil português apresenta norma expressa sobre esse tipo de responsabilidade. Assim, dispõe o art. 485.º:

#### Art. 485.º (Conselhos, recomendações ou informações)

contrattuale negativo o positivo". RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto*. Vol. II - le regole di comportamento. Milano: Giuffrè, 1974. p. 215.

<sup>512</sup> Sobre a caracterização de conselhos e recomendações, sustenta Sinde Monteiro: "[...] dar um conselho significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar [...]. A recomendação é apenas uma sub-espécie do conselho. Traduz-se na comunicação das boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo. Conselho e recomendação distinguem-se apenas pela intensidade: o conselho implica, face à recomendação, uma exortação mais forte ao seu seguimento". MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 14.

1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte.
2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando se tenha jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível.

É interessante notar que o referido dispositivo encontra-se na subsecção que trata da responsabilidade civil por fatos ilícitos, o que leva, preambularmente, a lidar com os problemas relacionados a conselhos, recomendações e informações – previstos na segunda parte do artigo – como se tivessem natureza jurídica delitual<sup>513</sup>. No que concerne às hipóteses de responsabilidade, é possível identificar três diferentes situações do enunciado acima. A primeira dá-se “quando se tenha assumido a responsabilidade”, isto é, quando a parte expressamente tenha se vinculado no sentido de arcar com ônus originados do seu repasse de informações. A segunda identifica-se com a conjuntura em que há um “dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação”, levando à necessidade de se imputar responsabilidade civil àqueles que descumprem uma obrigação concretizada no dever de bem informar. E, por fim, a terceira relaciona-se com condutas puníveis no âmbito criminal, quando, por exemplo, ocorra uma fraude que configure tipo penal.

Para a presente análise importa analisar casos que se enquadrem na segunda tipologia prevista pelo art. 485.º do Código Civil português. Situação que, particularmente, elucida esse tipo de responsabilidade refere-se à atuação de empresas de consultoria e auditoria, que, por meio de relatórios e pareceres, induzem algum investidor a realizar determinadas transações negociais. Fusões ou aquisições de empresas são, de maneira frequente, precedidas de estudos para verificar a viabilidade dos negócios.

<sup>513</sup> Para Carneiro da Frada, “os casos de relevância da informação para efeito de responsabilidade não têm todos natureza delitual”. O autor prossegue afirmando: “É pois discutível a inserção sistemática deste preceito que visava, afinal, estabelecer o quadro geral da solução do problema posto pelas informações. Se este se reflecte nas várias modalidades de responsabilidade civil admitidas, poderia ter sido escolhida outra sede sistemática de tratamento”. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

Se tais estudos omitem informações ou apresentam dados inverídicos, os investidores são conduzidos a negociações que frustrarão as suas legítimas expectativas. Sobre a referida situação, descreve Carneiro da Frada:

Mas há também vezes situações em que *terceiros*, em razão, por exemplo, da sua especialização técnica ou da sua situação profissional, se encontram numa situação de autonomia e, intervindo ao lado de uma das partes no processo de negociação e formação do contrato, determinam ou influenciam o desenrolar desse processo. É este justamente o recorte da intervenção de muitos peritos, consultores e auditores no processo de formação do negócio. O seu poder próprio de influência e determinação do decurso desse processo consentirá ao intérprete, ainda que porventura *in extremis* do ponto de vista semântico, considerá-los, na medida e no âmbito da autonomia do seu desempenho, *sujeitos autônomos da relação de negociações*<sup>514</sup>.

Observa-se, desse modo, que a decisão pela vinculação contratual é comumente tomada, tendo por subsídios as informações repassadas por *terceiros*. O âmbito de verificação dos referidos agentes é identificado com a fase das negociações preliminares, o que redundará em sua inserção dentro de uma das tipologias da responsabilidade pré-contratual.

É importante que o princípio da relatividade seja ponderado em conjunturas como essa, pois o que se percebe é a atuação de um sujeito – alheio à contratação – que interfere na formação do contrato pretendido. Logo, não havendo participação de uma das partes contratantes no repasse das informações, não há como requerer a invalidade do negócio jurídico, justamente, em razão da necessidade de se proteger a boa-fé dos envolvidos diretamente no entabulamento do contrato<sup>515</sup>.

<sup>514</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

<sup>515</sup> Se a parte envolvida na contratação souber da não veracidade ou da ausência de informações, poderia ser arguida a invalidade por dolo de terceiro, em consonância com o art. 148 do Código Civil brasileiro, que assim dispõe: "Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou".

Porém, percebem-se claros prejuízos de um dos negociantes, que, confiando na veracidade das informações repassadas em uma auditoria ou consultoria, realiza avença não almejada. Os referidos prejuízos, por sua vez, ensejam a busca por mecanismos de responsabilidade civil que viabilizem uma compensação pelo vivenciado. Como se trata de evento ocorrido no processo de formação do contrato, verifica-se a aplicação do regime pré-contratual, que, nesse ponto, tem o seu âmbito normativo ampliado. Segundo Carneiro da Frada, “o alargamento da eficácia subjectiva da *culpa in contrahendo* é uma consequência do reconhecimento da influência que outros sujeitos além das partes propriamente ditas podem ter no desenrolar do processo tendente à conclusão do negócio”<sup>516</sup>. Nesse contexto, também os terceiros, que interferem no processo de formação do contrato, estão subordinados aos deveres de conduta, impostos pela boa-fé objetiva e deverão responder civilmente pelos prejuízos causados<sup>517</sup>.

A confiança, nesse aspecto, deve ser ponderada, de modo a oferecer adequados contornos para a existência da responsabilidade civil. Nem todas as recomendações ou pareceres são capazes de gerar confiança na contraparte e, portanto, de ser a base para a tomada de decisão de contratar. Assim, a relação travada entre o terceiro e a parte negociante deve ser de natureza tal a gerar um vínculo singular entre as partes e fazer com que a informação seja tomada como fundamento para a decisão de contratar. Carneiro da Frada apresenta quatro pressupostos a serem enquadrados para o surgimento de uma tutela da confiança<sup>518</sup>:

Podem apontar-se quatro pressupostos da protecção da confiança:

- 1) Uma situação de confiança, pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem;
- 2) Uma justificação dessa

<sup>516</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 98.

<sup>517</sup> Manuel Carneiro da Frada apresenta interessante ilação sobre a ampliação do alcance da responsabilidade pré-contratual: “Se a *culpa in contrahendo* protege o período pré-negocial, não se vê razão para não conferir ao conceito de «negociações» o sentido mais abrangente que ele possa comportar por forma a potenciar a eficácia do instituto em ordem ao desempenho da sua função. Os terceiros poderão pois, nessa medida, ser abrangidos. Uma interpretação teleológica não deverá ignorar este ponto”. FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

<sup>518</sup> Sobre os referidos pressupostos, cf.: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 1248.

confiança, porquanto a imprudência e a incúria do confiante tornam injustificada a sua protecção; 3) Um investimento de confiança trazido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada; 4) A possibilidade de imputar confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança<sup>519</sup>.

Desse modo, preenchido esses pressupostos estaria configurada situação de confiança a ser tutelada por mecanismos de responsabilidade civil. Todavia deve se ter atenção, também, para o fato de que não é qualquer terceiro que pode suportar uma eventual sanção do ordenamento jurídico. Se estivermos diante de um parecer elaborado por uma consultoria ou por uma auditoria, deve ser ter em consideração que a parte prejudicada por confiar no parecer, "se incluía precisamente no círculo daqueles a quem o parecer aparecia como destinado"<sup>520</sup>. Não se pode, portanto, alegar prejuízos por informações recebidas, se não há uma expressa designação no sentido de o sujeito ser o remetente para o qual se dirigiam aqueles dados.

Qualificada a hipótese de responsabilidade pré-contratual, devem ser questionados os parâmetros indenizatórios adequados para o ressarcimento da parte lesada. Nesse ponto, a solução seguirá o exposto no item anterior, isto é, o ressarcimento será operado em consonância com a situação em que estaria o lesado se estivesse diante de uma recomendação ou de um parecer fidedignos ao contexto fático ao qual deveriam se referir. Novamente, está-se diante de um problema de conciliação entre o retorno a um *status quo ante*, acompanhado da eventual construção de um novo *status ad quem*. Diante da situação fática e probatória, deve ser questionado se a parte, perante informações autênticas, não teria realizado o contrato ou se o teria feito de uma maneira diversa. A indenização que deverá ser paga por esse terceiro deverá estar alicerçada em uma das duas conjunturas que se objetiva construir.

No ordenamento jurídico brasileiro, não se identifica norma com conteúdo similar ao § 485 do Código Civil português. Não obstante a ausência de regulação expressa, a referida situação pode ser pensada como hipó-

<sup>519</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil? Coimbra: Almedina, 1997. p. 103.

<sup>520</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil? Coimbra: Almedina, 1997. p. 107.

tese geradora de responsabilidade civil, baseando-se, principalmente, nos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva. Os parâmetros indenizatórios seguiriam as mesmas premissas colocadas pelo direito português, intentando a composição entre o retorno ao *status* anterior à contratação, influenciada pelo conselho ou recomendação, e, sendo necessário, buscando ressarcimento pela não consecução de uma determinada situação jurídica por parte do lesado.